

DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

Anno LXIII – n. 1-2 – *Gennaio-Giugno 2024*

Nuova serie de “Il diritto negli scambi internazionali”

Indice – Sommario

ARTICOLI

<i>Fausto Capelli - Considerazioni a margine del nuovo Regolamento (Ue) n. 2024/1143 sui regimi di qualità dei prodotti alimentari</i> <i>(Considerations on the Sidelines of the New Regulation (EU) No. 2024/1143 on Food Quality Schemes)</i>	Pag. 1
<i>Antonio Aresu - Il sostegno europeo alla bilancia dei pagamenti ucraina: dall’assistenza macrofinanziaria allo «Strumento per l’Ucraina»</i> <i>(The European Support for the Ukrainian Balance of Payments: from Macro-Financial Assistance to the «Facility for Ukraine»)</i>	» 25
<i>Lucio Lanucara - Lo sviluppo culturalmente sostenibile come modello per costruire il benessere economico-sociale delle comunità</i> <i>(Culturally Sustainable Development as A Model to Ensure the Socio-Economic Wellbeing of Communities)</i>	» 57
<i>Carlo Eugenio Baldi - L’individuazione del beneficiario di aiuti di Stato</i> <i>(The Identification of the Beneficiary of State Aid)</i>	» 81

COMMENTI

- Enrico Traversa* - Prima grande sentenza della Corte di giustizia Ue (causa n. C-281/22) avente ad oggetto l'interpretazione del Regolamento istitutivo della Procura europea (EPPO) Pag. 105
(*First Major Ruling by the Court of Justice of the EU (case no. C-281/22) Concerning the Interpretation of the Regulation Establishing the European Public Prosecutor's Office - EPPO*)
- Giannangelo Marchegiani* - Rilievi critici sulla sentenza della Corte di giustizia Ue concernente la legittimità dell'art. 49 del Codice della navigazione dal punto di vista del diritto europeo » 131
(*Critical Remarks on the Ruling of the EU Court of Justice Concerning the Legitimacy of Art. 49 of the Italian Shipping Code from the Point of View of the European Law*)
- Marco Casini* - La Corte di cassazione conferma i limiti della protezione della denominazione «Aceto balsamico di Modena IGP» » 177
(*The Italian Court of Cassation Confirms the Limits of the Protection of the Geographical Indication «Aceto balsamico di Modena PGI» («Balsamic Vinegar of Modena PGI»)*)
- Aurora Visentin* - Le responsabilità del committente francese e dell'appaltatore italiano nel distacco di lavoratori in Francia » 183
(*The Responsibilities of the French Principal and the Italian Contractor in the Posting of Workers to France*)
- Patrizia Quaia* - La direttiva n. 2022/2464/Ue e le scelte d'impresa ecosostenibili » 199
(*Directive n. 2022/2464/Eu and Eco-Sustainable Business Choices*)
- Alessandra Quarta* - I protocolli di cooperazione culturale negli Accordi preferenziali dell'Unione europea » 237
(*Cultural Cooperation Protocols in the Preferential Agreements of the European Union*)
- Gabriele Capecchi* - *Synthetic warranties*: un nuovo strumento di protezione nel contesto delle operazioni straordinarie » 281
(*Synthetic Warranties: A New Protection Tool in the Context of Extraordinary Transactions*)

- Giovanni Manno* - Le clausole di *best efforts* nell'ordinamento interno: stato dell'arte e spunti di riflessione per gli operatori giuridici Pag. 297
(*Best Efforts Clauses Within the Italian Legal Framework: State of the Art and Tips for Legal Practitioners*)

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

- Aurora Visentin* - La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali nel diritto francese » 313
(*Board Directors' Accountability in Limited Liability Companies Under French Law*)

RECENSIONI

- Antonio Leandro* - Circolazione ed estinzione dei crediti commerciali nei conflitti di legge dell'Unione europea. Il regolamento «Roma I» tra mercato interno e mercati dei capitali (*Edoardo Alberto Rossi*) » 333
- Luigi Troiani* (a cura di), *La sfida UE* (*Alessandra Quattrocchi*) » 336

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

- La Grande Sezione della Corte di giustizia interpreta gli artt. 31 e 32 del Regolamento (Ue) n. 2017/1939 e sul tema del controllo giurisdizionale delle misure investigative precisa integrazioni e limiti all'attività di indagini transfrontaliere tra procuratori europei delegati e Corti nazionali**
Sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 2023 in causa n. C-281/22
G.K., B.O.D. GmbH, S.L. con l'intervento di: *Österreichischer Delegierter Europäischer Staatsanwalt* » 103
(con commento di *Enrico Traversa*)

Concessioni balneari: la Corte di giustizia dell'Unione europea dichiara che l'art. 49 del Codice di navigazione italiano che prevede, a scadenza della concessione, l'acquisizione a titolo gratuito e senza indennizzo delle opere non amovibili realizzate dal concessionario non costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento, prevista dall'art. 49 TFUE

Sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 2024 in causa n. C-598/22

Società Italiana Imprese Balneari Srl c. Comune di Rosignano Marittimo, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Agenzia del demanio - Direzione regionale Toscana e Umbria, Regione Toscana

(con commento di *Giannangelo Marchegiani*)

Pag. 129

II. MASSIMARIO ANNOTATO

(a cura di *Enrica Adobati*)

I passeggeri hanno diritto alla compensazione pecuniaria in caso di negato imbarco comunicato anticipatamente

Sentenza della Corte di giustizia del 26 ottobre 2023 in causa n. C-238/22

FW c. LATAM Airlines Group SA

» 147

La Corte di giustizia dichiara proporzionata una sanzione pecuniaria pari al 50% della perdita di entrate derivanti dai dazi doganali

Sentenza della Corte di giustizia del 23 novembre 2023 in causa n. C-653/22

J.P. Mali Kerékpárgyártó és Forgalmazó Kft. c. Nemzeti Adó- és Vámhivatal Fellebbviteli Igazgatósága

» 149

Violenza contro le donne e protezione internazionale

Sentenza della Corte di giustizia del 16 gennaio 2024 in causa n. C-621/21

WS c. Intervyuirasht organ na Darzhavna agentsia za bezhantsite pri Ministerskia savet con l'intervento di Predstavitelstvo na Varhovnia komisar na Organizatsiyata na obedinenite natsii za bezhantsite v Bulgaria

» 150

<p>La Corte di giustizia si pronuncia sulle ferie annuali non godute dal lavoratore Sentenza della Corte di giustizia del 18 gennaio 2024 in causa n. C-218/22 <i>BU c. Comune di Copertino</i></p>	Pag. 152
<p>La legge professionale bulgara sugli onorari minimi viola la normativa comunitaria in materia di concorrenza e il giudice deve disapplicare la norma nazionale Sentenza della Corte di giustizia del 25 gennaio 2024 in causa n. C-438/22 <i>Em akaunt BG EOOD c. Zastrahovatelno aktsionerno druzhestvo Armeets AD</i></p>	» 154
<p>Poteri delle autorità nazionali di controllo in caso di trattamento illecito dei dati Sentenza della Corte di giustizia del 14 marzo 2024 in causa n. C-46/23 <i>Budapest Főváros IV. Kerület Újpest Önkormányzat Polgármesteri Hivatala c. Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság</i></p>	» 157
<p>Gestione dei diritti d'autore e restrizione alla libera prestazione di servizi se vengono escluse le società stabilite in un altro Paese UE Sentenza della Corte di giustizia del 21 marzo 2024 in causa n. C-10/22 <i>Liberi editori e autori (LEA) c. Jamendo SA</i></p>	» 158
<p>La normativa italiana che impone obblighi ulteriori alle società fornitrici di servizi <i>on line</i> viola la normativa comunitaria Sentenza della Corte di giustizia del 30 maggio 2024 in cause riunite n. C-662/22 e n. C-667/22 <i>Airbnb Ireland UC (causa n. C-662/22), Amazon Services Europe Sàrl (causa n. C-667/22) c. Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni</i></p>	» 160
<p>La Corte di giustizia interpreta la direttiva sui contratti a distanza Sentenza della Corte di giustizia del 30 maggio 2024 in causa n. C-400/22 <i>AVT, UR c. Conny GmbH</i></p>	» 161

La Corte di giustizia interpreta la direttiva sui biocidi specificando le modalità pubblicitarie

Sentenza della Corte di giustizia del 20 giugno 2024 in causa n. C-296/23

Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV c. dm-drogerie markt GmbH & Co. KG

Pag. 163

**GIURISPRUDENZA
ITALIANA E STRANIERA**

Limiti all'evocazione delle denominazioni protette: il caso dell'Aceto Balsamico di Modena

Ordinanza della Corte di cassazione del 17 aprile 2024 n. 10352

Consorzio tutela Aceto balsamico di Modena c. Acetificio Mengazzoli s.n.c. di Mengazzoli Giorgio C.

» 165

Ordinanza della Corte di cassazione del 17 aprile 2024 n. 10350

Consorzio tutela Aceto balsamico di Modena c. Acetaia del Balsamico Trentino di Bombardelli Gabriele & C. s.s.a.
(con nota di *Marco Casini*)

» 165

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

Le problematiche giuridiche connesse al distacco dei lavoratori che effettuano prestazioni di servizi all'interno dell'Unione europea

Direttiva n. 2014/67/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, concernente l'applicazione della direttiva n. 96/71/Ce relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi e recante modifica del Regolamento (Ue) n. 1024/2012 relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno («regolamento IMI»)

» 181

Direttiva (Ue) n. 2018/957 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 giugno 2018 recante modifica della diret-

tiva n. 96/71/Ce relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi
(con contributo di *Aurora Visentin*) Pag. 181

Impatto del principio di sostenibilità nella gestione delle imprese

Direttiva (Ue) n. 2022/2464 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 che modifica il regolamento (Ue) n. 537/2014, la direttiva 2004/109/Ce, la direttiva 2006/43/CE e la direttiva 2013/34/Ue per quanto riguarda la rendicontazione societaria di sostenibilità
(con commento di *Patrizia Quaia*) » 195

Gli accordi culturali conclusi dall'Unione europea

Decisione (Ue) n. 2023/413 del Consiglio del 21 febbraio 2023 relativa alla proroga del periodo di concessione del diritto per le coproduzioni audiovisive di cui all'art. 5 del protocollo sulla cooperazione culturale dell'accordo di libero scambio tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea, dall'altra
(con contributo di *Alessandra Quarta*) » 233

DOCUMENTAZIONE

Synthetic policy covering an indemnity agreement related to a share deal

Modello di polizza sintetica
(con commento di *Gabriele Capecchi*) » 273

Hanno collaborato a questo numero » 337

ARTICOLI

CONSIDERAZIONI A MARGINE DEL NUOVO REGOLAMENTO (UE) N. 2024/1143 SUI REGIMI DI QUALITÀ DEI PRODOTTI ALIMENTARI*

Sommario: **I. Osservazioni introduttive - 1. In generale - 2. La speciale disciplina europea dei prodotti vitivinicoli volta a tutelare la qualità dei prodotti e a valorizzare l'azione dei produttori e delle loro Associazioni - 3. La disciplina dei prodotti agroalimentari di qualità - II. Giurisprudenza e normativa in materia di caratteristiche qualitative dei prodotti agroalimentari: dal riconoscimento della qualità dei prodotti alla tutela giuridica delle relative denominazioni - 1. Premessa - 2. Evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia - III. La normativa in materia di indicazioni geografiche dei prodotti agroalimentari (DOP e IGP) - 1. Obiettivi e principi dei Regolamenti adottati - 2. Sviluppi ulteriori - IV. La collaborazione tra gli operatori del settore agroalimentare da sviluppare in attività di valorizzazione e promozione dei prodotti contrassegnati con una Denominazione di Origine Protetta (DOP) e con un'Indicazione Geografica Protetta (IGP) - 1. Premessa - 2. Le opportunità da sfruttare - V. Le disposizioni del Regolamento (Ue) n. 1151/2012 privilegiano le azioni svolte dagli operatori del settore delle denominazioni protette (DOP e IGP) dirette a valorizzare i prodotti agroalimentari di qualità - 1. In generale - 2. Portata ed efficacia dell'art. 45 del Regolamento (Ue) n. 1151/2012 - VI. Le integrazioni modificative apportate al Regolamento (Ue) n. 1151/2012 abrogato e sostituito dal nuovo Regolamento (Ue) n. 2024/1143 sui regimi di qualità - 1. In generale - 2. Le conseguenze dei cambiamenti e degli adattamenti più significativi.**

* Questo contributo, con minimi interventi redazionali, è apparso anche in L. TROIANI (a cura di), *La sfida UE*, Roma, Arcadia Edizioni, pp. 533-562.

I. Osservazioni introduttive

1. IN GENERALE

Il primo *considerando* del nuovo Regolamento sui regimi di qualità degli alimenti nell'Unione europea¹ afferma quanto segue: «*Nel corso degli anni, l'Unione ha istituito regimi di qualità per i prodotti con caratteristiche specifiche riconoscibili che contemplano le indicazioni geografiche di vini, bevande spiritose e prodotti agricoli compresi i prodotti alimentari, nonché le specialità tradizionali garantite e le indicazioni facoltative di qualità per i prodotti agricoli, compresi i prodotti alimentari*».

Indubbiamente quanto appena riportato nel *considerando* corrisponde a verità e bisogna riconoscere che, grazie alla normativa adottata in sede europea, è stato possibile realizzare un regime di qualità che ha consentito ai prodotti agroalimentari degli Stati membri e, in particolare, a quelli italiani, di ottenere un notevole successo sui mercati internazionali.

Ma chi ha seguito fin dall'inizio l'evoluzione della normativa europea in questo settore, deve anche riconoscere che le Istituzioni europee, con l'eccezione della Corte di giustizia, non sono mai state, per principio, favorevoli ad introdurre, tramite atti normativi vincolanti, un regime di qualità nel settore dei prodotti agroalimentari.

Dato che l'obiettivo di politica economica perseguito dai Trattati europei è sempre stato quello di realizzare uno sviluppo socio-economico equilibrato nel rispetto delle regole del mercato basate sulla libertà di concorrenza, si è cercato, sotto il profilo tecnico-giuridico, di conseguire tale obiettivo mediante l'applicazione, in tutti i settori economici con la sola eccezione di quello agricolo, di una normativa specifica posta a tutela della concorrenza (cfr. artt. 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea - TFUE - attualmente applicabili).

L'applicazione generalizzata delle predette regole di concorrenza è stata infatti, fin dagli inizi, esclusa, per quanto riguarda il settore dell'agricoltura in considerazione delle particolari condizioni in cui gli operatori di questo settore devono operare. Tali regole risultano infatti applicabili in agricoltura soltanto nella misura stabilita, da ultimo, nei provvedimenti del Parlamento europeo e del Consiglio dei Ministri (cfr. art. 42 TFUE).

¹ Regolamento (Ue) 2024/1143 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 aprile 2024 relativo alle indicazioni geografiche dei vini, delle bevande spiritose e dei prodotti agricoli, nonché alle specialità tradizionali garantite e alle indicazioni facoltative di qualità per i prodotti agricoli, che modifica i Regolamenti (Ue) n. 1308/2013, (Ue) 2019/787 e (Ue) 2019/1753 e che abroga il Regolamento (Ue) n. 1151/2012, in *Gu-Ue* serie L dell'11 aprile 2024, p. 1 ss.

L'applicazione delle regole di concorrenza al settore agricolo è stata in effetti esplicitamente esclusa fin dagli anni Sessanta del secolo scorso, sulla base del Regolamento del Consiglio (Cee) n. 26/62².

Nel *quarto considerando* del citato Regolamento (Cee) n. 26/62 tale esclusione è stata motivata dalla necessità di considerare «L'opportunità di riservare una particolare attenzione alla situazione delle associazioni di imprenditori agricoli».

Come si vede, ai produttori di prodotti agricoli e alle loro associazioni possono essere applicate regole diverse da quelle applicabili ai produttori (e alle loro associazioni) che operano in tutti gli altri settori dell'economia.

Seguendo l'indirizzo appena indicato, il Consiglio dei Ministri ha adottato il Regolamento (Cee) n. 1360/78³ che introduceva, per la prima volta, una disciplina specifica per le Associazioni di produttori agricoli applicabile a tutti i prodotti dell'agricoltura.

A seguito dell'opposizione dei Paesi del Nord-Europa, per motivi legati alle regole di concorrenza, l'applicazione del Regolamento (Cee) n. 1360/78 è stata però limitata all'Italia e alle zone meridionali della Francia.

Il Regolamento (Cee) n. 1360/78 è stato in seguito sostituito dal Regolamento (Cee) n. 952/92⁴ che ha trovato applicazione anche in Grecia, Spagna e Portogallo.

Il Regolamento n. (Cee) 952/92 seguiva lo stesso indirizzo in precedenza seguito dal Regolamento (Cee) n. 1360/78, prevedendo anche l'erogazione di aiuti a favore dei produttori agricoli e delle loro associazioni.

Da ultimo, il Regolamento (Cee) n. 952/92 è stato abrogato e sostituito dal Regolamento (Ce) n. 1257/1999⁵, nel quale si riconosceva (cfr. *con-*

² *Guce* n. 30 del 20 aprile 1962, p. 993. Cfr. J.-E. DE COCKBORNE, *Les règles communautaires de concurrence applicables aux entreprises dans le domaine agricole*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1988, 24/02, pp. 293-321; L. COSTATO, *Concorrenza e agricoltura: sentenze comunitarie e Reg. 26/62*, in *Riv. dir. agr.*, 2000, fasc. 3, pt. II, pp. 211-217.

³ *Guce* n. L 166 del 23 giugno 1978. Sul tema delle organizzazioni di produttori nel settore dell'agricoltura cfr. S. MANSERVISI, *Le organizzazioni dei produttori ortofrutticoli nelle leggi comunitarie del 1995/97 e del 1998*, in *Riv. dir. agr.*, 1999, fasc. 1, pt. I, pp. 112-131; F. CAPELLI, *Le organizzazioni di produttori e le organizzazioni interprofessionali operanti nei settori agricoli come strumento di sostegno dell'agricoltura italiana*, in questa *Rivista*, 2000, p. 205 ss.; L. RUSSO, *Organizzazioni interprofessionali, organizzazioni dei produttori agricoli e la filiera di prodotto*, in E. ROOK BASILE e A. GERMANO (a cura di), *Agricoltura e alimentazione tra diritto, comunicazione e mercato*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 225-243; A. JANNARELLI, *Organizzazioni di produttori ortofrutticoli e loro associazioni dopo la recente riforma comunitaria del 2007 - Prime riflessioni*, in *Riv. dir. agr.*, 2008, fasc. 1, pt. I, pp. 25-48; A. JANNARELLI, *Le organizzazioni riconosciute dei produttori agricoli tra PAC e concorrenza: osservazioni a proposito di Cour de cassation 8 dicembre 2015*, in *Riv. dir. agr.*, 2016, fasc. 1, pt. I, pp. 7-43.

⁴ *Guce* n. L 142 del 2 giugno 1992.

⁵ *Guce* n. L 160 del 26 giugno 1999. Il Regolamento (Ce) n. 1257/1999 è stato abrogato dal Regolamento (Ce) n. 1698/2005 il quale è stato da ultimo abrogato dal Regolamento (Ue) n. 1308/2013 ora vigente ed attualmente applicabile. Cfr. T. DEL GIUDICE - T. PANICO e S. PASCUCCI, *Are Rural Development Strategies Coherent At Regional Level? Empirical*

siderando n. 44) che ormai le azioni a favore dei produttori agricoli e delle loro Associazioni venivano previste nei singoli regolamenti europei di carattere orizzontale riguardanti gli specifici prodotti (cereali, carni, prodotti lattiero-caseari etc.), per cui non era più necessario adottare appositi regolamenti europei concernenti i prodotti agricoli in generale⁶.

Dalle considerazioni sopra svolte si deduce che, in sede europea, ai produttori di prodotti agricoli e alle loro Associazioni sono sempre state applicate regole particolari in materia di concorrenza e di aiuti di Stato. Si tratta di regole, ripetiamo, che non avrebbero potuto invece trovare applicazione in settori diversi da quello dell'agricoltura.

All'interno del settore dell'agricoltura, i prodotti assoggettati in sede europea in modo sistematico, fin dagli anni Ottanta del secolo scorso, a tali regole sono stati i prodotti vitivinicoli⁷, la cui disciplina, alla fine degli anni Novanta del secolo scorso, è stata modificata e riformulata in modo approfondito con il Regolamento (Ue) n. 1493/1999⁸ che costituirà la base di partenza delle considerazioni che verranno in seguito svolte con riferimento alla disciplina della qualità.

2. LA SPECIALE DISCIPLINA EUROPEA DEI PRODOTTI VITIVINICOLI VOLTA A TUTELARE LA QUALITÀ DEI PRODOTTI E A VALORIZZARE L'AZIONE DEI PRODUTTORI E DELLE LORO ASSOCIAZIONI

Nella relazione introduttiva del Regolamento (Ue) n. 1493/1999 appena citato, la Commissione europea riconosce apertamente l'importanza delle Associazioni dei produttori agricoli e delle Associazioni interprofessionali le cui attività vengono considerate decisive per promuovere il successo dei prodotti vitivinicoli sui mercati nazionali ed internazionali.

Evidence From Italy, in A. SORRENTINO - R. HENKE - S. SEVERINI (eds), *The Common Agricultural Policy after the Fischler Reform - National Implementations, Impact Assessment and the Agenda for Future Reforms*, Ashgate Publishing, 2011, pp. 369-396.

⁶ Su questa linea si mantiene la disciplina europea attualmente applicabile contenuta nel Regolamento (Ue) n. 1305/2013 (*Gu-Ue* n. L 347 del 20 dicembre 2015): v. art. 16 sui regimi di qualità dei prodotti agroalimentari e art. 27 sulla costituzione di associazioni e organizzazioni di produttori. A. GERMANÒ - G. STRAMBI, *Il programma di sviluppo rurale: l'applicazione italiana del Reg. (UE) n. 1305/2013*, in *Riv. dir. agr.*, 2017, fasc. 1, pt. I, pp. 206-234.

⁷ Cfr. Regolamenti (Cee) n. 822/87 e n. 823/87, entrambi in *Guce* n. L 84 del 27 marzo 1987. Cfr. G. OLMI, *Politique agricole commune*, Bruxelles, éditions de l'Université de Bruxelles, 1991.

⁸ *Guce* n. L 179 del 14 luglio 1999. Il Regolamento (Ue) n. 1493/1999 è stato abrogato prima dal Regolamento (Ue) n. 479/2008 e poi dal Regolamento (Ue) n. 491/2009. Cfr. A. GERMANÒ, *L'organizzazione comune del mercato del vino*, in *Riv. dir. agr.*, 2010, fasc. 3, pt. I, pp. 532-563 nonché A. GERMANÒ - N. LUCIFERO - E. ROOK, *L'organizzazione comune del mercato del vino*, in *Manuale di legislazione vitivinicola*, Torino, Giappichelli, 2017.

In particolare, secondo la Commissione europea, è proprio perché queste Associazioni «conoscono direttamente le esigenze del settore e del mercato» che il Regolamento (Ue) n. 1493/1999 «*formalizza il ruolo delle organizzazioni di produttori e delle altre organizzazioni (interprofessionali ed equivalenti) rappresentative del settore. Le organizzazioni dei produttori dovranno contribuire al buon andamento del settore orientando meglio l'offerta in funzione della domanda, riducendo i costi di produzione e incentivando l'uso di pratiche rispettose dell'ambiente. Le organizzazioni interprofessionali (o equivalenti) svolgeranno una serie di attività che contribuiranno all'efficienza dell'economia settoriale*».

Questi riconoscimenti, riservati alle Associazioni dei produttori e alle Associazioni interprofessionali, vengono specificamente ripresi nei *considerando* n. 45 e n. 46 del Regolamento (Ue) n. 1493/1999 e nel testo degli articoli da 39 a 41 dello stesso Regolamento.

Appare necessario insistere sull'importanza che in sede europea è stata attribuita alle Associazioni dei produttori e alle Associazioni interprofessionali (che comprendono, quindi, non solo i produttori ma anche i distributori) operanti sui mercati vitivinicoli, perché è nel settore vitivinicolo che è nata e si è sviluppata l'idea di associare il nome del prodotto (vino) a quello del luogo nel quale esso viene prodotto, per cui è stato da sempre ritenuto necessario coinvolgere tutti gli operatori (produttori, imbottiglieri e distributori) del territorio interessato per assicurare il successo del prodotto sul mercato.

Come è noto, è stato infatti inizialmente in Francia e in Italia, che si è diffusa la pratica di collegare il nome del vino a quello dell'area di origine e/o di provenienza del medesimo⁹.

3. LA DISCIPLINA DEI PRODOTTI AGROALIMENTARI DI QUALITÀ

Successivamente, sempre in Francia e in Italia, l'idea di collegare il nome del prodotto a quello del territorio di origine e/o di provenienza si è poi estesa dal settore vitivinicolo ai più diversi settori agroalimentari (pensiamo, ad esempio, ai formaggi, ai salumi, agli oli etc.).

Ma tale estensione relativa ai prodotti agroalimentari, diversa dai prodotti vitivinicoli, ha trovato attuazione in sede europea con grande difficoltà.

⁹ Questa regola, accettata fin dagli inizi in sede europea per quanto riguarda i vini, non è stata invece accettata in sede internazionale dall'U.I.V. (Ufficio Internazionale della vite e del vino) che tende essenzialmente a privilegiare il nome del vitigno, vale a dire della pianta che produce l'uva dalla quale si ricava il vino senza tener conto del territorio di produzione.

Infatti, al di fuori della Francia e dell'Italia, che avevano avuto la possibilità di acquisire importanti esperienze in materia, nessun altro Paese europeo (con poche eccezioni) aveva sviluppato sistemi analoghi.

L'estensione predetta è stata alla fine accolta in sede europea perché è stata ritenuta conveniente per lo sviluppo dell'agricoltura. Grazie all'interessamento delle organizzazioni politiche e alla pressione delle Associazioni degli operatori interessati che hanno sfruttato una giurisprudenza favorevole della Corte di giustizia europea, è stato in effetti possibile introdurre in Europa una disciplina relativa alla tutela delle indicazioni geografiche anche per quanto riguarda i prodotti agroalimentari diversi dai prodotti vitivinicoli.

In effetti, che l'impiego delle indicazioni geografiche protette costituisca un sostegno molto utile all'agricoltura, specialmente in Italia, è stato alla fine da tutti riconosciuto.

In particolare, il vantaggio dell'impiego delle denominazioni protette per il settore agricolo italiano appare evidente: ad esempio il 50% del latte italiano è utilizzato per produrre formaggi a pasta dura (Parmigiano Reggiano, Grana Padano, Asiago etc.), il 30% per formaggi a pasta molle (Gorgonzola, Mozzarella etc.), il 20% per latte da bere e altri usi.

Orbene, senza le denominazioni protette, il latte italiano non troverebbe grande impiego in Italia perché costa il 30% in più del latte di importazione. Grazie alle indicazioni geografiche deve invece essere obbligatoriamente utilizzato il latte italiano proveniente dalle aree protette.

Inoltre, le denominazioni protette sono anche strumenti utili per attrarre i turisti-consumatori sui luoghi di produzione, stimolando lo sviluppo rurale. Accanto ai prodotti agricoli delle aree protette si possono anche promuovere quelli artigianali/culturali mediante manifestazioni appositamente organizzate¹⁰. Tali manifestazioni potrebbero altresì essere organizzate negli stessi aeroporti e nei porti di attracco delle navi da crociera: punti di ingresso di milioni di turisti che ogni anno visitano l'Italia.

Tutte queste iniziative sono quindi, nel loro insieme, molto importanti per il rilancio in Italia dell'attività economica del nostro territorio.

È noto che la ricchezza e i tesori del nostro Paese risiedono nel territorio. È il nostro territorio che racchiude e conserva patrimoni straordinari

¹⁰ Queste iniziative potrebbero venire oggi agevolate e incentivate con maggiori possibilità di successo grazie all'entrata in vigore del recente Regolamento europeo che assicura la protezione anche alle indicazioni geografiche concernenti i prodotti artigianali: cfr. Regolamento (Ue) n. 2023/2411 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 ottobre 2023 relativo alla protezione delle indicazioni geografiche per i prodotti artigianali e industriali e che modifica i Regolamenti (Ue) n. 2017/1001 e (Ue) n. 2019/1753, in *Gu-Ue* n. L del 27 ottobre 2023.

formati da beni culturali eccezionali, da ambienti, paesaggi e siti stupendi e da una varietà incredibile di prodotti locali in grado di attrarre legioni di ammiratori e intenditori da tutto il mondo. Questi patrimoni necessitano, per essere adeguatamente valorizzati, anche del sostegno di un polmone finanziario che potrebbe essere costituito dalle Banche del territorio, in grado di occuparsi direttamente anche delle iniziative appena indicate.

II. Giurisprudenza e normativa in materia di caratteristiche qualitative dei prodotti agroalimentari: dal riconoscimento della qualità dei prodotti alla tutela giuridica delle relative denominazioni

1. PREMESSA

Come abbiamo accennato, il principio secondo cui appare giuridicamente corretto ed economicamente conveniente attribuire rilevanza al collegamento tra il nome del prodotto e quello del territorio dal quale lo stesso proviene, ha avuto difficoltà ad affermarsi in sede europea, per quanto riguarda i prodotti diversi da quelli vitivinicoli, soprattutto a causa dell'opposizione della Commissione europea.

La ragione di tale opposizione era dovuta al fatto che l'obiettivo fondamentale perseguito, fin dagli inizi, in sede europea era quello di assicurare la libera circolazione delle merci così come venivano prodotte nei vari Stati membri, senza curarsi delle caratteristiche qualitative dei singoli prodotti.

Secondo la Commissione europea, le caratteristiche qualitative potevano essere eventualmente di interesse per i consumatori, mentre la Comunità doveva soltanto preoccuparsi di disciplinare e controllare le indicazioni relative alla presentazione e alla pubblicità dei singoli prodotti sul mercato.

Questa posizione era sostenuta in modo deciso dalla direzione generale del mercato interno della Commissione europea, che aveva elaborato e fatto adottare nel 1979 la prima, fondamentale direttiva (Cee) n. 79/112¹¹ sull'etichettatura, la presentazione e la pubblicità dei prodotti alimentari.

La direttiva n. 79/112, è bene sottolinearlo, è stata adottata nel 1979, che è l'anno in cui la Corte di giustizia di Lussemburgo ha pronunciato la celebre sentenza sul *Cassis de Dijon*¹² che, come sappiamo, ha affermato il principio del mutuo riconoscimento in sede europea.

¹¹ *Guce* n. L 33 del 1979. Cfr. Università degli Studi di Parma - AEDA, *L'etichettatura dei prodotti alimentari*, Parma, Tecnografica snc, 1985, Atti del Convegno di Parma del 19 maggio 1984.

¹² Sentenza del 20 febbraio 1979 in causa n. 120/78, in *Raccolta*, 1979, p. 649, EU:C:1979:42. Cfr. A. MATTERA RICIGLIANO, *La sentenza Cassis de Dijon: un nuovo indirizzo programmatico per la realizzazione definitiva del mercato comune*, in questa *Rivista*, 1981, pp. 273-286

Questo principio sembrava in effetti confermare la fondatezza della tesi della Commissione europea, sopra menzionata, perché imponeva ad ogni Stato membro di accettare sul proprio territorio le merci legittimamente prodotte negli altri Stati membri che non violassero precetti o principi inderogabili, tra i quali non rientravano, però, le regole nazionali eventualmente poste a tutela della qualità dei prodotti in genere e, in particolare, della qualità dei prodotti agroalimentari.

La sentenza sul *Cassis de Dijon* sembrava quindi escludere, alla fine degli anni Settanta del secolo scorso, che fosse possibile introdurre nella Comunità europea una disciplina in grado di attribuire rilevanza alle caratteristiche qualitative dei prodotti agroalimentari allo scopo di tutelarle sotto il profilo giuridico.

2. EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

Nel corso degli anni successivi, la giurisprudenza della Corte di giustizia di Lussemburgo prende però un indirizzo del tutto diverso da quello seguito dalla Commissione europea, aprendo gradatamente l'ingresso nell'ordinamento europeo ad una disciplina specifica sulle indicazioni geografiche applicabili ai prodotti agroalimentari diversi da quelli vitivinicoli.

Questo nuovo indirizzo prende avvio con una sentenza della Corte di giustizia pronunciata nel 1984 che ha affrontato, per la prima volta, il problema della rilevanza e della tutela delle caratteristiche qualitative di un prodotto alimentare dal punto di vista giuridico.

In effetti, in questa sentenza, il principio della tutela della qualità dei prodotti alimentari è stato affermato dalla Corte di giustizia come principio che poteva essere imposto da uno Stato membro nei confronti dei soli prodotti e produttori dello stesso Stato membro.

Ciò è stato affermato nella sentenza *Jongeneel Kaas*¹³ emessa il 7 febbraio 1984, relativa ai formaggi olandesi, nella quale la Corte ha apertamente riconosciuto il diritto dello Stato olandese di incentivare la produzione nazionale di formaggi di qualità anche vietando la fabbricazione di formaggi ritenuti di qualità inferiore. Recita infatti il dispositivo n. 1 di tale sentenza che: «*Uno Stato membro può adottare unilateralmente, onde promuovere la vendita di formaggi e di prodotti a base di formaggio, una normativa concernente la qualità dei formaggi prodotti nel proprio terri-*

nonché F. CAPELLI, *I malintesi provocati dalla sentenza "Cassis de Dijon", vent'anni dopo*, in questa *Rivista*, 1996, pp. 673-695.

¹³ In causa n. 237/82, in *Raccolta*, 1984, p. 483, EU:C:1984:44. Cfr. F. CAPELLI, *Tutela della qualità dei prodotti agroalimentari sotto il profilo giuridico: riflessioni sulla riforma della disciplina dell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2011, p. 789 ss.

torio e che comprenda il divieto di produrre formaggi diversi da quelli tassativamente enumerati».

Gli stessi principi, con riferimento alla libera circolazione delle merci nella Comunità europea, vengono ugualmente ribaditi nel dispositivo n. 2 della stessa sentenza sui formaggi olandesi laddove la Corte afferma che: «Gli artt. 30 e 34 del Trattato Ce vanno interpretati nel senso che uno Stato membro può adottare unilateralmente, al fine di favorire la vendita di formaggio e di prodotti a base di formaggio, una normativa che, senza toccare i prodotti importati, abbia per obiettivo il miglioramento della qualità della produzione nazionale in modo da renderla più attraente per i consumatori, unitamente a norme sull'uso obbligatorio di marchi, contrassegni o documenti di controllo».

Come si può comprendere, la Corte di giustizia ha senz'altro ammesso come legittime le misure nazionali vincolanti volte a tutelare e a promuovere la qualità dei formaggi nazionali, escludendo però che tali misure potessero essere applicate ai formaggi, aventi caratteristiche qualitative diverse, provenienti dagli altri Paesi membri¹⁴.

Questa sentenza, pertanto, modificava l'indirizzo precedente per quanto riguarda il riconoscimento della rilevanza delle caratteristiche qualitative dei prodotti alimentari, ma non contestava il principio del «mutuo riconoscimento» affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza sul *Cassis de Dijon*, sopra esaminata.

Dovendo infatti rispettare tale principio, lo Stato olandese non avrebbe potuto imporre l'osservanza delle stesse caratteristiche qualitative, da esso imposte ai formaggi nazionali olandesi, anche ai formaggi provenienti da altri Paesi membri nei quali erano prodotti. Il principio del mutuo riconoscimento rendeva, in effetti, obbligatorio per lo Stato olandese di accettare i formaggi provenienti dagli altri Paesi membri così come risultavano in tali Paesi prodotti.

Ma quest'ultimo ostacolo, come è noto, è stato alla fine superato dalla stessa Corte di giustizia con una sentenza molto importante pronunciata nel 1988.

Più precisamente, la sentenza nella quale la Corte di giustizia ha compreso di non poter applicare *sic et simpliciter* il principio del mutuo rico-

¹⁴ Ciò significa, pertanto, che nei confronti dei produttori nazionali viene applicato il principio della «discriminazione alla rovescia». Su tale principio v. I. ZOPPI, *Le discriminazioni a rovescio*, in questa *Rivista*, 2006, p. 795; F. VISMARA, *La disciplina della discriminazione "al contrario" nella legge comunitaria 2008*, in questa *Rivista*, 2010, p. 141; G. SPENA, *Gli effetti indiretti del diritto dell'UE nell'ordinamento nazionale: le discriminazioni alla rovescia tra Corte di giustizia e Consiglio di Stato*, in questa *Rivista*, 2014, p. 589; cfr. pure F. CAPELLI, *E legittima la «discriminazione alla rovescia» imposta per tutelare la qualità della pasta alimentare italiana*, in questa *Rivista*, 1994, p. 421.

noscimento, ai prodotti alimentari aventi caratteristiche qualitative particolari, è quella emessa nella causa *Smanor* relativa allo yogurt¹⁵.

Nella sentenza *Smanor*, come sappiamo, la Corte ha riconosciuto che quando il prodotto, legalmente fabbricato in uno Stato membro e venduto in un altro Stato membro, si discosta in modo notevole, per quanto riguarda la sua composizione o le sue caratteristiche qualitative, da quello fabbricato in quest'ultimo Stato membro ed ivi commercializzato con una denominazione di vendita tipica divenuta tradizionale, i giudici di quest'ultimo Stato non devono applicare automaticamente il principio del mutuo riconoscimento ma possono pretendere che il prodotto proveniente dal primo Stato membro venga commercializzato, all'interno del territorio del secondo Stato membro, con una denominazione di vendita diversa da quella impiegata per la vendita del prodotto nazionale tradizionale.

Come già accennato, il caso preso in considerazione dalla Corte di giustizia nella causa *Smanor* riguardava la denominazione di vendita «yogurt» che in alcuni Paesi membri viene riservata al prodotto contenente una elevata quantità di fermenti lattici vivi (ad esempio Francia e Italia) mentre in altri Paesi può essere utilizzata anche se il prodotto risulta del tutto sprovvisto di tali fermenti lattici vivi (ad esempio Olanda).

A fronte di una siffatta diversità di composizione del prodotto e di così differenti caratteristiche qualitative, la Corte di giustizia non se l'è sentita di imporre al giudice francese, competente nel caso di specie, di applicare il principio del mutuo riconoscimento, con la conseguenza di accettare, come legittimo, un prodotto che risultava del tutto diverso da quello tradizionale francese, ma che veniva presentato sul mercato francese con la stessa denominazione di vendita («yogurt»).

Per questo la Corte di giustizia ha invitato il giudice francese a verificare se la differenza nella composizione o nelle caratteristiche qualitative del prodotto, nel caso di specie, fosse talmente importante da far ritenere che si trattasse di due prodotti sostanzialmente diversi, per cui doveva escludersi che il prodotto sprovvisto delle caratteristiche qualitative richieste (fermenti lattici vivi) potesse fregiarsi legittimamente della tradizionale denominazione di vendita («yogurt»).

Con la sentenza *Smanor*, quindi, la Corte di giustizia ha risolto il conflitto tra i due principi fondamentali di diritto comunitario, quello della libera circolazione delle merci, da un lato, e quello della tutela dei prodotti

¹⁵ Sentenza del 14 luglio 1988 in causa n. 298/87, in *Raccolta*, 1988, p. 4489, EU:C:1988:415, v. F. CAPELLI, *Yogurt francese e pasta italiana* in questa *Rivista*, 1988, p. 389; cfr. pure A. GERMANÒ - M. P. RAGIONIERI - E. ROOK BASILE, *Diritto agroalimentare: Le regole del mercato degli alimenti e dell'informazione alimentare*, Torino, Giappichelli, 2014; F. GENCARELLI, *La politica comunitaria di qualità alimentare: origine ed evoluzione*, in questa *Rivista*, 2006, p. 609.

di qualità, dall'altro lato, riconoscendo, per la prima volta, nel caso di specie, la prevalenza del secondo rispetto al primo.

Nella sentenza *Smanor*, la Corte di giustizia ha ammesso, pertanto, che le norme nazionali restrittive adottate per garantire le caratteristiche qualitative dello yogurt potessero essere applicate anche ai prodotti provenienti dagli altri Paesi membri, modificando così la sua giurisprudenza pronunciata nel caso dei formaggi olandesi che sopra abbiamo esaminato.

Questo è un punto fondamentale che bisogna tener ben presente se si vuol comprendere a fondo l'indirizzo seguito dalla Corte di giustizia.

Secondo la Corte di giustizia, il principio della libera circolazione delle merci è un principio cardine che può subire limitazioni per i soli motivi (eccezionali) indicati dal diritto comunitario (cfr. art. 36 TFUE: quelli normalmente ammessi erano, ad esempio, la tutela della salute e della sicurezza dei consumatori). Tra di essi non era però mai stato ricompreso quello della tutela della qualità dei prodotti alimentari. Ciò che è appunto avvenuto con la sentenza *Smanor*.

A partire dalla sentenza *Smanor* si è così delineato un nuovo indirizzo in sede comunitaria che ha posto addirittura in conflitto due Direzioni generali della Commissione europea, la Direzione Generale del mercato interno, chiaramente orientata, come sopra ricordato, a tutelare la libera circolazione delle merci nel mercato unico e la Direzione Generale dell'Agricoltura, interessata invece a valorizzare la qualità dei prodotti agro-alimentari promuovendone la diffusione attraverso marchi, attestati, denominazioni di origine, indicazioni geografiche di provenienza etc.

Quello sostenuto dalla Direzione Generale dell'Agricoltura, alla fine, è stato l'indirizzo vincente, sfociato nell'adozione dei regolamenti sulle indicazioni geografiche dei prodotti alimentari che saranno più avanti esaminati.

Questo cambiamento ha preso però un avvio lento, cominciando con una semplice variazione di rotta dell'indirizzo fino a quel momento seguito dalla stessa Commissione europea¹⁶.

In particolare nella Comunicazione del 15 ottobre 1991, citata in nota 16, la Commissione riconosce che gli Stati membri nei quali la denominazione di vendita «yogurt» è riservata a un prodotto contenente un'elevata qualità di fermenti lattici vivi, possono opporsi all'impiego della denominazione yogurt quando questa fosse utilizzata per designare un prodotto sprovvisto delle predette caratteristiche anche se proveniente da un altro

¹⁶ Cfr. risposta della Commissione ad una interrogazione parlamentare sul Formaggio Feta, in *Guce* n. C 9 del 15 gennaio 1990; v. pure Comunicazione della Commissione del 15 ottobre 1991, in *Guce* n. C 270 del 15 ottobre 1991, p. 2.

Paese membro nel quale fosse stato legalmente fabbricato e vi fosse legittimamente commercializzato.

Questo principio è stato in seguito trasfuso in un'esplicita norma giuridica e precisamente nell'art. 1, par. 3, lett. c., della direttiva (Cee) n. 97/4 che ha modificato l'art. 5 della citata direttiva (Cee) n. 79/112 sulla etichettatura dei prodotti alimentari¹⁷ in precedenza citata.

Sulla base di queste premesse, viene successivamente adottato il Regolamento (Cee) n. 2081/92¹⁸ sulle denominazioni di origine protetta e sulle indicazioni geografiche protette.

III. La normativa in materia di indicazioni geografiche dei prodotti agroalimentari (DOP e IGP)

1. OBIETTIVI E PRINCIPI DEI REGOLAMENTI ADOTTATI

Il Regolamento (Cee) n. 2081/92 concernente le denominazioni di origine e le indicazioni geografiche protette, è stato ritenuto completo nella sua struttura, presentando una ragionevole ed equilibrata corrispondenza tra gli obiettivi perseguiti e gli strumenti impiegati per realizzarli.

Tale Regolamento ha inteso espressamente favorire lo sviluppo delle zone rurali e delle popolazioni che vivono in tali zone esercitando attività legate all'agricoltura e alla trasformazione dei prodotti agricoli.

Esso intendeva agevolare il raggiungimento di tali obiettivi stimolando specifiche produzioni in zone determinate e geograficamente delimitate, proprio allo scopo di favorire le zone rurali nelle quali si esercitano le attività tradizionali volte a produrre i prodotti di qualità che dovrebbero essere tutelati mediante le denominazioni di origine e le indicazioni geografiche protette.

Le finalità del Regolamento (Cee) n. 2081/92, nel senso sopra indicato, risultano chiaramente dai suoi *considerando*. Basta infatti leggere il secondo *considerando* del Regolamento (Cee) n. 2081/92 per convincersene, laddove veniva precisato: «che la promozione di prodotti di qualità aventi determinate caratteristiche può rappresentare una carta vincente per il mondo

¹⁷ Pubblicata in *Guce* n. L 43 del 14 febbraio 1997, p. 21 ss. Attualmente la norma è contenuta nell'art. 17, par. 3, del Regolamento (Ue) n. 1169/2011 attualmente in vigore.

¹⁸ *Guce* n. L 208 del 24 luglio 1992. Cfr. B. UBERTAZZI - E. MUÑIZ ESPADA, *Le indicazioni di qualità degli alimenti. Diritto internazionale ed europeo*, Milano, Giuffrè, 2009; F. CAPELLI, *Tutela della qualità dei prodotti agroalimentari sotto il profilo giuridico: riflessioni sulla riforma della disciplina dell'Unione europea*, cit. supra, nota 13; F. CAPELLI, *Registrazione di denominazioni geografiche in base al regolamento n. 2081/92 e suoi effetti sui produttori che hanno utilizzato legittimamente nel passato denominazioni geografiche uguali o simili*, in questa *Rivista*, 2004, p. 589.

rurale, in particolare nelle zone svantaggiate o periferiche, in quanto garantirebbe, da un lato, il miglioramento dei redditi degli agricoltori e favorirebbe, dall'altro lato, la permanenza della popolazione rurale nelle zone suddette».

Inoltre, il terzo e il quarto *considerando* aggiungevano: «*che nel corso degli ultimi anni si è constatato che i consumatori tendono a privilegiare, nella loro alimentazione, la qualità anziché la quantità; che questa ricerca di prodotti specifici comporta, tra l'altro, una domanda sempre più consistente di prodotti agricoli o di prodotti alimentari aventi un'origine geografica determinata; che data la diversità dei prodotti immessi sul mercato e il numero elevato di informazioni fornite al riguardo, il consumatore deve disporre, per operare una scelta ottimale, di informazioni chiare e sintetiche che forniscano esattamente l'origine del prodotto».*

Da quanto fin qui esposto, discende che l'obiettivo perseguito dalla Comunità europea, con l'adozione del Regolamento (Cee) n. 2081/92 è stato essenzialmente quello di valorizzare la qualità dei prodotti provenienti da zone geografiche determinate allo scopo di favorire le popolazioni che in tali zone svolgono la loro attività.

Da qui la necessità di registrare ufficialmente soltanto denominazioni legate in modo specifico a tali zone con la conseguenza che le denominazioni suddette devono dispiegare un'efficacia limitata ad una cerchia ristretta di produttori con effetti preclusivi nei confronti di qualunque prodotto che non soddisfi le condizioni fissate nel Regolamento medesimo.

Lo strumento giuridico, per rendere possibile il raggiungimento dell'obiettivo, consiste quindi nel vietare a qualsiasi altro produttore che non possiede i requisiti voluti dal Regolamento (Cee) n. 2081/92, nella commercializzazione dei suoi prodotti, non solo di utilizzare ma anche semplicemente di imitare o di evocare la denominazione registrata e protetta.

2. SVILUPPI ULTERIORI

Il Regolamento (Cee) n. 2081/92 è stato successivamente abrogato e sostituito, come è noto, dal Regolamento (Ce) n. 510/2006 che, a sua volta, è stato abrogato e sostituito dal Regolamento (Ue) n. 1151/2012¹⁹, da ultimo abrogato e sostituito dal Regolamento (Ue) n. 2024/1143²⁰.

¹⁹ A. GERMANÒ - G. STRAMBI (a cura di), *Il nuovo diritto agrario dell'Unione europea: i regolamenti 1169/2011 e 1151/2012 sull'informazione e sui regimi di qualità degli alimenti e i regolamenti del 17 dicembre 2013 sulla PAC*, atti dei seminari, Firenze, 12 settembre 2013-28 maggio, 6 e 13 giugno 2014, Milano, Giuffrè, 2014; M. GRAGNANI, *Le specialità tradizionali garantite (STG) secondo il Regolamento (Ue) n. 1151/2012*, in questa Rivista, 2013, p. 207. Sul Regolamento (Ue) n. 1151/2012 cfr. pure F. CAPELLI, *Il Regolamento Ue n. 1151/2012 sui regimi di qualità dei prodotti agroalimentari, luci ed ombre*, in questa Rivista, 2013, p. 515.

²⁰ *Cit. supra*, nota 1.

Nei Regolamenti appena citati, gli obiettivi perseguiti risultano essere, in sostanza, gli stessi indicati dal Regolamento (Cee) n. 2081/92 in precedenza esaminati e commentati.

Volendo, quindi, trarre alcune conclusioni di carattere generale sulla portata dei Regolamenti europei in materia di tutela delle indicazioni geografiche con riferimento alla situazione italiana, possiamo osservare quanto segue.

La necessità di tutelare le denominazioni dei prodotti alimentari italiani e le loro caratteristiche qualitative appare evidente.

La riduzione della protezione accordata in sede europea ai prodotti agroalimentari per effetto dell'applicazione delle regole dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, ha determinato una notevole accentuazione della competitività internazionale anche nel settore agroalimentare.

Di conseguenza, se vogliono cercare di sviluppare la propria attività nel settore agroalimentare, i produttori italiani dovranno soprattutto puntare in modo deciso sulla qualità dei loro prodotti, valorizzandoli mediante le denominazioni tutelate da diffondere su tutti i mercati.

Per questo occorrerebbe condurre un'azione mirata su tutti i fronti, non solo per difendere giuridicamente le denominazioni geografiche protette, in sede comunitaria e internazionale, ma anche per promuoverne la diffusione sui mercati, ricorrendo ad iniziative commerciali intelligenti e proficue per tutti gli operatori coinvolti.

IV. La collaborazione tra gli operatori del settore agroalimentare da sviluppare in attività di valorizzazione e promozione dei prodotti contrassegnati con una Denominazione di Origine Protetta (DOP) e con un'Indicazione Geografica Protetta (IGP)

1. PREMESSA

Dalle considerazioni in precedenza svolte si deduce che l'indirizzo seguito in sede europea è sempre stato quello di riservare agli operatori del settore agricolo una disciplina diversa da quella applicata negli altri settori economici.

La possibilità di limitare l'applicazione delle regole sulla concorrenza nel settore agricolo, come abbiamo visto, è la prova che le particolarità presenti in tale settore non sono riscontrabili in alcun altro settore economico.

Come abbiamo pure visto, per valorizzare i prodotti agricoli e i prodotti alimentari da essi derivati, è stata adottata in sede europea una specifica disciplina sulle indicazioni geografiche relative ai prodotti agroalimentari.

A partire dalla metà degli anni Novanta del secolo scorso, i prodotti agroalimentari italiani, assoggettati alle disposizioni dei Regolamenti di volta in volta applicabili (Regolamento (Cee) n. 2081/92, Regolamento n. (Ce) 510/2006 e Regolamento (Ue) n. 1151/2012), hanno avuto un costante sviluppo ottenendo, negli ultimi tempi, notevoli riconoscimenti nel mondo intero.

2. LE OPPORTUNITÀ DA SFRUTTARE

Una sorprendente attestazione del successo che stanno ottenendo all'estero e, in particolare, negli Stati Uniti d'America i prodotti italiani contrassegnati con DOP e IGP (già segnalata in altre sedi ed occasioni), è stata fornita dai responsabili del *Google Innovation Lab for Food Experience*, dipartimento specializzato della Google, i quali hanno riconosciuto, come riferisce l'Editoriale apparso sul numero 3/2017 di *Agranews*, che: «*gli italiani negli ultimi anni sono riusciti ad affermare nel mondo i prodotti della loro tradizione gastronomica*» perché sono stati capaci di trasformarli da prodotti alimentari, «*anche in prodotti culturali, associandoli al territorio, alle tradizioni, al "savoir-faire" dei produttori*».

Questa è stata dunque l'idea vincente, nata in Francia e in Italia come sopra ricordato, di associare il nome dei prodotti vitivinicoli a quello dei territori di provenienza, che abbiamo in precedenza descritto.

È proprio l'idea che, in particolare, le autorità degli Stati di lingua inglese posti al di là dell'Atlantico (Canada, Stati Uniti di America e Australia), hanno sempre rifiutato di recepire nelle loro legislazioni interne, mediante le quali, come è noto, viene unicamente considerato e protetto il marchio commerciale dell'azienda produttrice.

Ciò che importa tutelare, con tali legislazioni, è il marchio commerciale del prodotto come, ad esempio, quello della Coca-Cola, che indica la stessa bevanda con le medesime caratteristiche, fabbricata allo stesso modo in tutti i Paesi del mondo²¹.

Orbene, se le autorità degli Stati sopra menzionati hanno sempre rifiutato di recepire ufficialmente, nelle loro leggi, l'idea di associare il nome dei prodotti a quello dei territori di provenienza, tale idea sta invece ricevendo un consenso sempre più ampio da parte dei consumatori di tali Paesi.

Può forse trattarsi di una reazione negativa ad abitudini di lunga durata o all'osservanza di regole imposte dalla società di massa, oppure può

²¹ È noto però che, negli ultimi tempi, anche nei Paesi sopra indicati, l'indirizzo "europeo" di collegare il nome del prodotto a quello dell'area di produzione da cui provengono viene imitato e in alcuni casi si sta affermando.

anche trattarsi del desiderio di individualizzare le proprie scelte: il fatto è che i gusti e gli interessi dei consumatori cambiano e chi produce prodotti di qualità deve imparare ad intercettare per tempo questi cambiamenti.

È la qualità che fa premio su tutto il resto e i Consorzi dei produttori debbono essere rigorosi nel pretendere il rispetto della qualità.

Come è stato detto, un formaggio o un prosciutto di qualità che prende il nome da un territorio nel quale è prodotto, nobilita il nome del territorio da cui proviene con un elemento di pregio, legato alla qualità, che rimane impresso nella mente del consumatore al di là degli aspetti puramente gastronomici, estendendosi all'intero territorio e alle sue peculiarità, come pure ad altri prodotti dello stesso territorio.

La scoperta che è stata riferita dai responsabili di Google, sopra segnalata, costituisce probabilmente la conferma del fenomeno appena descritto.

Il consumatore, non importa di quale nazionalità, scoprendo un prodotto di qualità che trova interessante e gradevole in un territorio italiano, porta con sé questo ricordo una volta tornato in patria.

Con i mezzi di trasporto e distribuzione dei prodotti che oggi giorno possono essere utilizzati, anche il consumatore di un paese lontano può acquistare il prodotto rinnovando ancora il piacere avuto al momento della sua scoperta.

Quanto appena riferito dovrebbe far comprendere le opportunità di cui avrebbero la possibilità di avvantaggiarsi tutti gli operatori che si occupano dei prodotti alimentari con indicazioni geografiche protette (DOP e IGP).

D'altra parte, che si tratti di prodotti suscettibili di subire sviluppi economicamente interessanti può essere provato dagli investimenti che i fondi esteri stanno effettuando nel settore delle DOP e IGP, come regolarmente ricorda *Il Sole 24 Ore*.

È quindi importante favorire la collaborazione tra tutti gli operatori del settore delle DOP e IGP, dai produttori ai distributori, per valorizzare i prodotti relativi, promuovendone la diffusione.

V. Le disposizioni del Regolamento (Ue) n. 1151/2012 privilegiano le azioni svolte dagli operatori del settore delle denominazioni protette (DOP e IGP) dirette a valorizzare i prodotti agroalimentari di qualità

1. IN GENERALE

Come più volte ricordato, la disciplina in materia di indicazioni geografiche (DOP e IGP) applicabili ai prodotti agroalimentari, contiene alcu-

ne disposizioni specifiche che costituiscono, in sostanza, la codificazione normativa dell'indirizzo politico in precedenza seguito e più sopra esaminato e commentato.

Già nella parte introduttiva del Regolamento (Ue) n. 1151/2012 si accenna all'opportunità di favorire la valorizzazione e la promozione dei prodotti dallo stesso Regolamento contemplati.

Ma la disposizione specifica che, come si potrebbe dire, codifica in modo preciso l'indirizzo politico sopra riferito, è contenuta nell'art. 45 del Regolamento (Ue) n. 1151/2012.

L'art. 45 fa, in apertura, un esplicito riferimento al Regolamento (Ce) n. 1234/2007²² (sostituito dal Regolamento (Ue) n. 1305/2013²³), che poneva in risalto la necessità di valorizzare e promuovere sui mercati i prodotti con denominazione protetta, facendo ricorso alla collaborazione di tutti gli operatori del settore, per il tramite delle loro associazioni, vale a dire delle organizzazioni dei produttori e delle organizzazioni interprofessionali.

In effetti, delle organizzazioni interprofessionali fanno parte operatori (e rispettive associazioni) che si trovano fra loro in concorrenza perché portatori di interessi diversi.

Ad esempio, nel settore dei prodotti di origine animale con indicazioni geografiche protette (DOP, IGP) (prosciutti, salumi etc.) sono coinvolti operatori che svolgono le più diverse attività: allevatori, macellatori, elaboratori, stagionatori e distributori.

Orbene, esclusivamente nel settore dei prodotti con denominazione protetta (DOP e IGP), la normativa europea non solo consente la collaborazione, tramite accordi ufficiali, tra le categorie di operatori in concorrenza tra loro, ma addirittura sostiene la necessità di potenziarla proprio allo scopo di valorizzare al massimo i prodotti con denominazione protetta al fine di promuoverne la diffusione.

Questo dà la misura dell'importanza che in sede europea viene attribuita ai prodotti di qualità con indicazione geografica protetta (DOP e IGP) per sostenere lo sviluppo dell'agricoltura. A maggior ragione, pertanto, l'Italia deve sostenere la politica europea, in questo settore, perché è proprio l'Italia che vanta, in Europa, il maggior numero di prodotti con indicazioni geografiche protette (DOP e IGP).

²² Regolamento (Ce) n. 1234/2007 del Consiglio, del 22 ottobre 2007, recante organizzazione comune dei mercati agricoli e disposizioni specifiche per taluni prodotti agricoli (regolamento unico OCM), in *Gu-Ue* n. L 299 del 16 novembre 2007, p. 1 ss. Cfr. N. FERRUCCI - G. STRAMBI, *Nota sul regolamento unico sull'organizzazione comune dei mercati agricoli - Organizzazioni di produttori, organizzazioni interprofessionali e organizzazioni di operatori*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, n. 1, 1° gennaio 2009, p. 133.

²³ *Cit. supra*, nota 6.

2. PORTATA ED EFFICACIA DELL'ART. 45 DEL REGOLAMENTO (UE) N. 1151/2012

Prendendo ora in esame l'art. 45 del Regolamento (Ue) n. 1151/2012, ci rendiamo subito conto degli eccezionali strumenti che la normativa europea consente agli operatori del settore di utilizzare per valorizzare, promuovere e difendere i prodotti di qualità con indicazioni geografiche protette (DOP e IGP).

Innanzitutto, considerando il testo dell'art. 45 nella sua globalità, si comprende immediatamente che, nella promozione e nella difesa dei prodotti DOP e IGP, vengono coinvolte non solo le associazioni degli operatori del settore, ma anche le autorità nazionali e la stessa Commissione europea. Tale coinvolgimento riguarda, in particolare, lo scambio di informazioni e di dati utili, nonché le prestazioni di assistenza.

In secondo luogo, leggendo le disposizioni contenute nelle lett. *a.*, *b.*, *c.*, *d.*, *e.*, nonché nella prima parte della lett. *f.* del par. 1 dell'art. 45, si arriva a comprendere l'ampiezza delle facoltà, delle competenze e dei poteri di cui gli operatori dei settori considerati possono avvalersi nella gestione, nella promozione e nella difesa dei prodotti di loro interesse.

In effetti, l'ampiezza dei poteri accordati alle associazioni degli operatori del settore dei prodotti con denominazione protetta (DOP e IGP) è veramente notevole.

Solo nel settore dei prodotti con denominazione protetta (DOP e IGP) si ammette infatti l'imposizione di limiti alle dinamiche del mercato, consentendo alle associazioni degli operatori, ad esempio, di ridurre legittimamente l'offerta dei prodotti in rapporto alla domanda, in deroga alle disposizioni in materia di concorrenza.

Alla base di tale deroga, come in precedenza ricordato, vi è la necessità di mantenere il livello qualitativo dei prodotti DOP e IGP, che gli operatori avrebbero difficoltà ad osservare se le dinamiche del mercato fossero lasciate completamente libere.

Ma la disposizione di rilevante portata, che soprattutto colpisce, è contenuta nella seconda parte della lett. *f.* nello stesso par. 1 dell'art. 45, che riconosce alle associazioni competenti degli operatori del settore qui considerato, il potere di «*adottare provvedimenti volti ad impedire o contrastare misure che sono o rischiano di essere svalORIZZANTI per l'immagine dei prodotti*».

Non credo che in un altro atto normativo europeo (o nazionale) si trovi una disposizione avente la forza e la portata vantate da quella sopra trascritta.

Giuridicamente, questa disposizione conferisce alle associazioni degli operatori qui considerati, non solo il potere di difendere i prodotti da azio-

ni o iniziative suscettibili di danneggiarli, ma attribuisce addirittura a queste associazioni il potere di «adottare provvedimenti volti ad impedire o contrastare misure che sono o rischiano di essere svalorizzanti per l'immagine dei prodotti».

Ciò significa, pertanto, che le associazioni predette (in sostanza i Consorzi di tutela), non solo hanno il diritto di agire davanti all'Autorità giudiziaria per contrastare e far annullare le misure che danneggiano i loro prodotti o rischiano di svalorizzarne l'immagine, ma hanno addirittura il potere di adottare provvedimenti che impediscano alle citate misure di essere portate a compimento, costringendo così gli autori di tali misure pregiudizievoli a ricorrere essi stessi davanti all'Autorità giudiziaria per poterle difendere.

Come si vede, la posizione delle parti viene completamente invertita: gli autori delle misure ritenute pregiudizievoli devono essi stessi difendersi da provvedimenti adottati dalle associazioni sulla base della disposizione dell'art. 45, primo comma, seconda parte lett. *f.*, sopra riportata²⁴.

Si tratta, in effetti, di una disposizione veramente dirompente perché, al di fuori dei settori economici che riguardano i prodotti con denominazione protetta DOP e IGP, i produttori possono invece tutelare i propri prodotti e la relativa immagine ricorrendo unicamente ai giudici in caso di violazione di norme legislative precise (ad esempio, in caso di violazione degli artt. 2598 ss. del codice civile sulla concorrenza sleale), ma non sono autorizzati ad adottare essi stessi provvedimenti nei confronti degli autori dei comportamenti e delle misure che li danneggiano.

In ogni caso, le misure o pratiche commerciali che si rivelano dannose per i prodotti con indicazioni geografiche protette (DOP e IGP) sono in realtà idonee a recare pregiudizio non solo alla loro immagine ma anche, se perduranti nel tempo, allo stesso processo produttivo, con conseguenti effetti negativi per il settore considerato.

Per portare un esempio significativo di pratiche commerciali dannose possiamo riferirci alle aste elettroniche con il doppio ribasso che possono avere effetti molto pregiudizievoli per i produttori di prodotti DOP e IGP.

Come è noto, mediante queste aste un distributore, dopo aver sollecitato i suoi fornitori a comunicare un primo prezzo di offerta per un determinato

²⁴ La disposizione dell'art. 45, par. 1, lett. *f.*, del Regolamento (Ue) n. 1151/2012 è stata ripresa nell'art. 32, par. 4, lett. *g.*, che così recita: «*adottare misure per la valorizzazione dei prodotti e, se necessario, adottare provvedimenti volti a impedire o contrastare misure o pratiche commerciali che pregiudicano o rischiano di pregiudicare l'immagine e il valore dei rispettivi prodotti, compresi le pratiche commerciali che svalutano il prodotto e l'abbassamento dei prezzi*». Va però ricordato che nel testo della proposta della Commissione del nuovo Regolamento (cfr. COM(2022)134 final, art. 32) il potere delle Associazioni di adottare provvedimenti nel senso sopra indicato nel testo era stato soppresso. È stato necessario un notevole colpo d'ala per ripristinarlo nella forma originaria.

prodotto, utilizza il prezzo dell'offerta più bassa come base di riferimento per una seconda asta nella quale i suoi fornitori sono invitati ad effettuare, in concorrenza tra loro, una seconda offerta, ovviamente al ribasso.

Orbene, questo sistema può rivelarsi veramente devastante per i produttori di prodotti DOP e IGP i quali, essendo nella stragrande maggioranza di piccole dimensioni, debbono impegnarsi allo stremo nel contenimento dei costi per immettere sul mercato, a prezzi ragionevoli, i loro prodotti che devono possedere le caratteristiche qualitative obbligatoriamente imposte.

Con pratiche commerciali siffatte potrebbero quindi crearsi le condizioni per annullare i vantaggi che in sede europea si era ritenuto di poter conseguire con l'adozione della normativa in precedenza esaminata.

L'impatto dirompente di queste aste è stato, in verità, da tutti riconosciuto. Ne è prova il Codice etico nell'acquisto di prodotti agricoli e agroalimentari, approvato dal MIPAAF, dalla Federdistribuzione e da Conad, nel quale le parti si impegnano a non far ricorso alle aste elettroniche volte al doppio ribasso per l'acquisto di prodotti agricoli e di prodotti agroalimentari.

Il Codice etico, sopra citato, privilegia quindi l'economia sociale di mercato, in linea con l'indirizzo di politica economica seguito dal Trattato di Lisbona.

Come è noto, con l'entrata in vigore, il 1° dicembre 2009, del Trattato sull'Unione europea (TUE) e del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE), tra gli obiettivi fondamentali perseguiti dall'Unione europea è stato introdotto, come principio fondamentale, dal par. 3 dell'art. 3 TUE, al posto di quello della concorrenza, *«lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente»*.

VI. Le integrazioni modificative apportate al Regolamento (Ue) n. 1151/2012 abrogato e sostituito dal Regolamento (Ue) n. 2024/1143 sui regimi di qualità

1. IN GENERALE

L'integrazione modificativa più vistosa, dal punto di vista della forma ma non della sostanza, apportata al Regolamento (Ue) n. 1151/2012 dal Regolamento (Ue) n. 2024/1143, consiste nell'accorpamento dei tre regimi di qualità riguardanti, rispettivamente, i prodotti agroalimentari, i vini e le bevande alcoliche, all'interno dello stesso Regolamento.

Come è noto, il regime di qualità (e l'etichettatura) riguardante i vini e, analogamente, quello riguardante le bevande alcoliche sono sempre state assoggettate a regole specifiche che, attualmente, sono contenute nel Regolamento (Ue) n. 1308/2013 per quanto riguarda i vini e nel Regolamento (Ue) n. 2019/787 per quanto riguarda le bevande alcoliche.

Il nuovo Regolamento si limiterà quindi ad unificare, dal punto di vista formale, le tre procedure di registrazione per i tre diversi prodotti (agroalimentari, vini e bevande alcoliche) garantendo ad essi la stessa protezione sotto il profilo giuridico, ma, nella sostanza, le regole tecniche e sull'etichettatura applicabili per i vini rimangono quelle contenute nel Regolamento (Ue) n. 1308/2013 (con opportune modifiche) e le regole analogamente applicabili per le bevande alcoliche continuano ad essere quelle contenute nel Regolamento (Ue) n. 2019/787 (con opportune modifiche).

Per quanto riguarda invece i prodotti agroalimentari, il nuovo Regolamento mantiene l'impianto giuridico del Regolamento (Ue) n. 1151/2012 con l'apporto di specifici adattamenti e cambiamenti.

2. LE CONSEGUENZE DEI CAMBIAMENTI E DEGLI ADATTAMENTI PIÙ SIGNIFICATIVI

I cambiamenti e gli adattamenti più significativi apportati dal nuovo Regolamento riguardano essenzialmente:

(a) il potenziamento del ruolo e l'incremento dei poteri dei Consorzi di tutela delle indicazioni geografiche protette;

(b) il rafforzamento e l'ampliamento della protezione esercitata dalle indicazioni geografiche;

(c) il miglioramento e la sostenibilità degli effetti conseguenti all'applicazione del nuovo Regolamento.

I potenziamenti e i miglioramenti che il nuovo Regolamento ha introdotto dovrebbero in particolare favorire i prodotti italiani perché assicurano ed aumentano la protezione delle indicazioni geografiche nei confronti delle imitazioni e delle contraffazioni come pure nei confronti delle pratiche commerciali sleali anche con interventi diretti e immediati, ad esempio, contro le pratiche ingannevoli e dannose dei "domini" e contro altre pratiche che danneggiano e svalutano le caratteristiche qualitative dei nostri prodotti.

In ogni caso, le considerazioni in precedenza svolte fanno comprendere gli straordinari risultati che potrebbero essere ottenuti sui mercati europei ed internazionali se tutti gli operatori italiani puntassero decisamente sulla valorizzazione delle caratteristiche qualitative dei prodotti con denominazione protetta DOP e IGP.

L'Italia, che può vantare in Europa il numero più elevato di prodotti con denominazione protetta DOP e IGP, è il Paese maggiormente interessato al potenziamento di una politica di valorizzazione delle caratteristiche qualitative di tali prodotti. In questa prospettiva occorre che le Associazioni e i Consorzi interessati facciano tutto quanto è in loro potere per promuovere, in modo corretto, la valorizzazione dei prodotti tipici, al fine di garantire, migliorandole, le caratteristiche qualitative predette.

Orbene, poiché la nuova normativa europea applicabile nel settore dei prodotti con denominazione protetta DOP e IGP consentirà, come si può comprendere, la più ampia collaborazione tra gli operatori dei settori qui considerati, occorre che gli operatori rafforzino tale collaborazione, sfruttando le condizioni favorevoli che attualmente agevolano la diffusione dei prodotti Made in Italy in Italia, in Europa e sui mercati di tutto il mondo, come segnalato nel citato rapporto di Google.

Per quanto riguarda, in particolare, il mercato italiano, dovrebbe essere pertanto evidente l'opportunità di coinvolgere tutti gli operatori del settore per potenziare le attività volte alla valorizzazione e alla promozione di prodotti con denominazione protetta.

Tali attività potrebbero consistere nell'organizzazione di azioni concordate tra i Consorzi dei produttori, le Associazioni agricole e le catene di distribuzione per promuovere, di volta in volta, i prodotti prescelti.

Le parti interessate potrebbero di comune accordo trovare le forme più idonee che non necessariamente escluderebbero, ad esempio, le campagne promozionali con vendite sottocosto, purché realizzate con modalità tali da far comprendere al consumatore l'obiettivo perseguito, che non è quello di "svendergli" un prodotto, bensì quello di avvantaggiarlo offrendogli la possibilità di apprezzarne la qualità a prezzi di estremo favore.

In ogni caso, come si può comprendere, le parti interessate potrebbero trovare di comune accordo le forme per esse più adeguate e vantaggiose tutelando, nello stesso tempo, gli interessi dei consumatori.

Un'azione coordinata posta in essere in modo efficace dagli operatori potrebbe rafforzare la penetrazione dei prodotti italiani anche nei mercati internazionali.

Per quanto riguarda, in effetti, i mercati internazionali, è noto che nei paesi più lontani (Asia, Australia, America del Nord e del Sud) vengono immessi sul mercato prodotti agroalimentari fabbricati in tali Paesi che portano nomi uguali o simili a quelli italiani (*Italian Sounding*).

Orbene, anche l'utilizzo di nomi di prodotti italiani, noti al grande pubblico, per agevolare l'immissione nel mercato di prodotti fabbricati altrove, può comunque essere una forma di pubblicità, perché rende sempre più familiari ai consumatori locali i nomi dei prodotti italiani.

Un'operazione intelligente, da parte italiana, potrebbe essere quindi

quella di coalizzare le forze, per affrontare, in modo coordinato, una questione così importante.

Un suggerimento potrebbe essere, ad esempio, quello di coinvolgere tutte le istituzioni pubbliche (Ambasciate, Consolati, ICE, Istituti italiani all'estero) e tutti gli organismi privati (Federazioni, Consorzi, Organismi e Associazioni di operatori), per effettuare un censimento sui mercati internazionali dove i consumatori locali hanno potuto acquisire, sui loro mercati, una significativa familiarità con i nomi dei prodotti italiani.

Una volta individuati tali mercati, si tratterà di verificare in quali di essi possa essere conveniente procedere ad un'immissione di prodotti originali di effettiva provenienza italiana.

Se i risultati dell'indagine di mercato fossero positivi e in grado di offrire favorevoli prospettive di sviluppo, si potrebbero organizzare adeguate campagne pubblicitarie cominciando dai mercati più promettenti. Sarebbe quindi possibile, con tali iniziative, potenziare ulteriormente la diffusione di tutti i prodotti italiani di qualità sui mercati internazionali e non solo di quelli con denominazione protetta.

Fausto Capelli

SINTESI

Nel presente articolo, l'Autore pone in evidenza l'evoluzione della normativa europea sui regimi di qualità dei prodotti agroalimentari. Nell'articolo viene sottolineato il contrasto tra l'indirizzo seguito dalla Commissione europea, poco favorevole alla tutela della qualità, e quello seguito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che, alla fine, ha prevalso e si è definitivamente imposto nell'ordinamento europeo.

L'Autore mette anche in luce le posizioni di contrasto tra la Commissione europea e il Parlamento europeo intervenute nel corso dell'*iter* di approvazione del nuovo Regolamento.

ABSTRACT

In this article, the Author highlights the evolution of European legislation on quality schemes for agri-food products. The article underlines the contrast between the approach followed by the European Commission, which is not very favourable to the protection of quality, and that followed by the jurisprudence of the Court of Justice which, in the end, prevailed and definitively imposed itself in the European legal system.

The Author also highlights the contrasting positions between the European Commission and the European Parliament that occurred during the approval process of the new Regulation.

IL SOSTEGNO EUROPEO ALLA BILANCIA DEI PAGAMENTI UCRAINA: DALL'ASSISTENZA MACROFINANZIARIA ALLO «STRUMENTO PER L'UCRAINA»

Sommario: **A.** *Introduzione: come sostenere il bilancio di un Paese in guerra* - **B.** *L'assistenza macrofinanziaria e le sue caratteristiche* - **a.** *Inquadramento generale* - **b.** *Scelta della base giuridica* - **c.** *Un'iniziativa sfortunata* - **d.** *Funzionamento concreto* - **C.** *Il caso ucraino* - **a.** *Paese in pace* - **b.** *Paese quasi in guerra* - **c.** *Paese in guerra* - **D.** *Lo «Strumento per l'Ucraina»* - **a.** *Alla ricerca di un nuovo metodo di finanziamento* - **b.** *Lo «Strumento per l'Ucraina» e le sue caratteristiche* - **c.** *Considerazioni finali.*

A. Introduzione: come sostenere il bilancio di un Paese in guerra

1. Nel quadro delle complesse vicende che portarono alla dissoluzione dell'Unione delle repubbliche socialiste sovietiche (URSS), il 24 agosto 1991 il Parlamento ucraino (la «*Verkhovna Rada*») dichiarò solennemente l'indipendenza completa (sancita poi con il *referendum* popolare del 21 dicembre dello stesso anno) dell'Ucraina, già repubblica federata dell'Unione sovietica¹. Nasceva in tal modo una nuova realtà politica le cui turbino-

¹ Sul punto si veda, da ultimo, l'accurata ricostruzione di G. CELLA, *Storia e geopolitica della crisi ucraina*, Roma, Carocci, 2021, pp. 251-255. Di fatto il Parlamento ucraino aveva proclamato già il 16 luglio 1990 la piena sovranità della Repubblica ucraina. Occorre al riguardo ricordare che, nel quadro istituzionale dell'URSS, l'Ucraina – pur non essendo uno Stato indipendente – disponeva sin dal dopoguerra di un seggio presso l'Organizzazione delle Nazioni unite (ONU), che ovviamente venne conservato senza problemi al momento della dichiarazione della sua piena indipendenza. I riconoscimenti internazionali si sono rapidamente susseguiti nel corso del mese di dicembre 1991, a partire dalla Polonia, dal Canada e dalla Russia (2 dicembre 1991). Il Governo italiano ha ufficialmente riconosciuto l'indipendenza dell'Ucraina il 28 dicembre 1991.

se vicende, dapprima relegate a simbolo del presunto rinnovamento democratico dei frammenti dell'ex impero sovietico, hanno assunto un'imprevedibile rilevanza internazionale in seguito all'«operazione speciale» delle forze armate russe del 24 febbraio 2022, che innescava un conflitto la cui durata è a tutt'oggi imprevedibile.

2. Sin dall'inizio della crisi l'atteggiamento dell'Unione europea e della totalità dei suoi Stati membri si è sviluppato nel senso di offrire un aiuto incondizionato all'Ucraina, considerata Paese aggredito in spregio al diritto internazionale, e di condannare e sanzionare² la Federazione russa, ritenuta colpevole di aggressione ingiustificata e di perturbazione della pace mondiale. In tale contesto, e nell'immediatezza del momento, tale aiuto si è manifestato nella forma di un supporto di tipo militare, grazie soprattutto alle risorse dello Strumento europeo per la pace («*European Peace Facility*»)³. In effetti, il 28 febbraio 2022 l'Unione europea ha promosso l'adozione di «*misure di assistenza*», miranti a rafforzare le capacità e la resilienza delle forze armate ucraine al fine di difendere l'integrità territoriale e la sovranità del Paese, nonché di proteggere la popolazione civile dall'azione militare in corso⁴: esse erano destinate a finanziare l'invio di attrezzature e forniture alle forze armate ucraine, comprese, per la prima volta, attrezzature letali («*lethal equipment*»), ossia armi o sistemi d'arma la cui destinazione naturale è l'offesa alla persona.

² Con ben quattordici – a tutt'oggi – pacchetti di sanzioni di vario genere, sulle quali non è necessario soffermarsi nell'ambito del presente articolo.

³ Decisione (PESC) n. 2021/509 del Consiglio del 22 marzo 2021 che istituisce uno strumento europeo per la pace, e abroga la decisione (PESC) n. 2015/528, in *Gu-Ue* n. L 102 del 24 marzo 2021, p. 14. Tale decisione è stata emendata – ad oggi – con decisioni del Consiglio (PESC) n. 2023/577 del 13 marzo 2023, in *Gu-Ue* n. L 75 del 14 marzo 2023, p. 23; n. 2023/994 del 22 maggio 2023, in *Gu-Ue* n. L 135 del 23 maggio 2023, p. 120; n. 2023/1304 del 26 giugno 2023, in *Gu-Ue* n. L 161 del 27 giugno 2023, p. 66 e, da ultimo, n. 2024/890 del 18 marzo 2024, in *Gu-Ue* n. L del 19 marzo 2024 (di seguito, la «decisione n. 2024/890»). Quest'ultima decisione ha destinato un importo aggiuntivo di 5 miliardi di euro (definito come «importo destinato») allo scopo specifico di fornire un sostegno supplementare all'Ucraina. Sulla materia in questione mi permetto di rinviare ai miei due articoli: «*Dall'Africa all'Ucraina: lo Strumento europeo per la pace*», in questa *Rivista*, 2021, 3-4, pp. 593-614, e «*L'Unione europea mostra i muscoli: rifinanziato e potenziato lo Strumento europeo per la pace*», sempre in questa *Rivista*, 2022, 4, pp. 627-633.

⁴ La prima è la decisione (PESC) n. 2022/338 del Consiglio del 28 febbraio 2022 relativa a una misura di assistenza nell'ambito dello Strumento europeo per la pace per la fornitura alle forze armate ucraine di materiale e piattaforme militari concepiti per l'uso letale della forza, in *Gu-Ue* n. L 60 del 28 febbraio 2022, p. 1, più volte modificata ed aggiornata. La seconda è la decisione (PESC) n. 2022/339 del Consiglio del 28 febbraio 2022 relativa a una misura di assistenza nell'ambito dello Strumento europeo per la pace per sostenere le forze armate ucraine, in *Gu-Ue* n. L 61 del 28 febbraio 2022, p. 1, anch'essa più volte modificata ed aggiornata. Occorre, inoltre, ricordare che la decisione (PESC) n. 2022/1968 del Consiglio, del 17 ottobre 2022, relativa a una missione di assistenza militare dell'Unione europea a sostegno dell'Ucraina (EUMAM Ucraina), in *Gu-Ue* n. L 270 del 18 ottobre 2022, p. 85, ha istituito una missione di assistenza militare per l'Ucraina, nel cui ambito sono previsti 100 milioni di euro per i costi comuni.

3. Ma ad essere compromesse dall'attacco russo non erano soltanto le difese e le strutture militari dell'Ucraina, ma anche e specialmente le sue finanze, già deboli prima del conflitto ed ora messe a rischio a causa delle enormi spese belliche per l'esercito e dei costi per la salvaguardia della popolazione e delle infrastrutture. Ora, se appare già complesso sostenere il bilancio di un Paese in pace, decisamente più difficile risulta sostenere il bilancio di un Paese in guerra: la sfida è enorme, sia perché la durata del conflitto in atto sembra al momento attuale imprevedibile, sia in ragione dell'ammontare ancora indeterminato dei costi della ricostruzione. Nonostante tutto l'Unione europea ha accettato di confrontarsi con l'Ucraina anche su tale versante, dimostrando una certa flessibilità nella scelta degli strumenti d'intervento a sua disposizione.

4. Occorre all'uopo ricordare qual è la posizione istituzionale dell'Ucraina rispetto all'Unione europea. Si tratta com'è ovvio di un Paese terzo, col quale peraltro l'Unione ha sviluppato relazioni speciali di amicizia e di cooperazione, culminate nell'Accordo di associazione concluso a Bruxelles il 21 marzo 2014 ed entrato in vigore nel 2017⁵. In quanto Paese terzo, quindi, l'Ucraina non potrebbe utilizzare alcuno dei rimedi finanziari previsti per il sostegno alle economie degli Stati membri, sia di quelli che hanno adottato l'euro⁶ sia di quelli «con deroga»⁷. In compenso, la Repubblica ucraina, in quanto Paese del «vicinato» («*Neighbourhood*»), ha titolo a beneficiare degli strumenti ordinari di intervento di cui al Regolamento «Europa globale» (NDICI)⁸, che – innovando rispetto alla pletora

⁵ 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, in *Gu-Ue* n. L 161 del 29 maggio 2014, p. 3. Tale accordo, che sostituiva un precedente accordo di partenariato e di cooperazione entrato in vigore il 1° marzo 1998, rappresentava il punto d'arrivo di un complesso e lungo negoziato che, sviluppatosi con fasi alterne dal 2007 al 2011, sfociava in un testo siglato dalle parti nel 2012, ma subiva un brusco arresto nel 2013 con l'arrivo al potere in Ucraina del presidente filorusso Yanukovich, per poi venire rilanciato nel 2014 in seguito alla rivoluzione – o colpo di Stato, a seconda dei punti di vista – che portava all'elezione del presidente Poroshenko prima e del presidente Zelensky poi, nonché alla successiva reazione della Federazione russa che determinava la dichiarazione d'indipendenza della Crimea e di alcune province orientali dell'Ucraina.

⁶ Per i quali vige ormai il Meccanismo europeo di stabilità, di cui al Trattato che istituisce il meccanismo europeo di stabilità, firmato in una prima versione l'11 luglio 2011, poi concluso nella sua forma definitiva a Bruxelles il 2 febbraio 2012 e finalmente entrato in vigore il 27 settembre 2012.

⁷ Ossia gli «Stati membri riguardo ai quali il Consiglio non ha deciso che soddisfano alle condizioni necessarie per l'adozione dell'euro»: art. 139, par. 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (di seguito, il «TFUE»). Per essi vale ancora il «concorso reciproco» di cui all'art. 143 TFUE.

⁸ Regolamento (Ue) n. 2021/947 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 giugno 2021 che istituisce lo strumento di vicinato, cooperazione allo sviluppo e cooperazione internazionale – Europa globale, che modifica e abroga la decisione n. 466/2014/UE e abroga il Regolamento (Ue) n. 2017/1601 e il Regolamento (Ce, Euratom) n. 480/2009 del Consiglio, in *Gu-Ue* n. L 209 del 14 giugno 2021, p. 1 (di seguito, il «Regolamento NDICI»). In paralle-

di strumenti finanziari precedenti – ha recentemente riordinato l'intero assetto dell'assistenza europea ai Paesi terzi, fra i quali figurano, con disposizioni *ad hoc*, anche i Paesi del «vicinato»⁹. Inoltre, essa è, dal 2022, un Paese candidato all'adesione¹⁰, per cui potrebbe utilizzare anche le risorse dello strumento di assistenza preadesione di cui al Regolamento «IPA III»¹¹, una volta che quest'ultimo verrà aggiornato all'Ucraina.

5. Il punto debole di questi strumenti finanziari risiede nel fatto che presuppongono interventi mirati ad obiettivi specifici, attraverso misure e metodi di attuazione che rientrano in un quadro di programmazione ben definito. Quindi essi non si prestano affatto al sostegno del bilancio di un Paese come l'Ucraina, il cui *deficit* implica rimedi strutturali e non singole azioni di cooperazione settoriale. In tale ottica, solo un supporto macrofinanziario contiene le potenzialità di risanamento che servirebbero a ridare fiato al bilancio di un Paese in guerra¹². In effetti, tale supporto esiste già nel diritto dell'Unione europea, ed è stato sperimentato con successo in diverse occasioni: occorre quindi esaminarne i contenuti e verificare come sia stato possibile adattarlo al caso di specie.

B. L'assistenza macrofinanziaria e le sue caratteristiche

a. Inquadramento generale

6. In generale, per assistenza macrofinanziaria («*Macro-Financial Assistance*» - MFA) si intende un insieme di misure miranti ad offrire un aiuto finanziario di emergenza alla bilancia dei pagamenti¹³ dei Paesi terzi

lo, anche la Banca europea degli investimenti concede prestiti finalizzati allo sviluppo dei paesi del «vicinato».

⁹ Elencati nell'allegato I al Regolamento NDICI, fra i quali figura l'Ucraina.

¹⁰ In effetti, il Consiglio europeo, nelle sue conclusioni del 23-24 giugno 2022 (documento EUCO n. 24/22 del 25 giugno 2022, punto III.10), ha deciso di concedere lo *status* di paese candidato all'Ucraina.

¹¹ Regolamento (Ue) n. 2021/1529 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 settembre 2021 che istituisce uno strumento di assistenza preadesione (IPA III), in *Gu-Ue* n. L 330 del 20 settembre 2021, p. 1.

¹² Sul punto, in generale, si veda l'articolo di F. FABBRINI, *Funding the War in Ukraine: The European Peace Facility, the Macro-Financial Assistance Instrument, and the Slow Rise of an EU Fiscal Capacity*, in *Politics and Governance*, Cogitatio Press, 2023, vol. 11(4), pp. 52-61.

¹³ In generale, la bilancia dei pagamenti è uno schema contabile che registra le transazioni tra i residenti in un'economia e i non residenti, in un dato periodo di tempo. Una transazione è un'interazione tra due entità istituzionali che avviene per mutuo consenso o per legge e comporta, tipicamente, uno scambio di valori (beni, servizi, diritti, attività finanziarie) o, in alcuni casi, il loro trasferimento senza contropartita. Nonostante la denominazione, frutto della tradizione, la bilancia dei pagamenti ha quindi per oggetto le transazioni e non i pagamenti, in quanto le prime possono verificarsi senza un corrispettivo in denaro; l'elemento rilevante per

che sono sul piano geografico, economico e politico più vicini all'Unione europea, per contribuire alla stabilizzazione delle loro economie in caso di crisi. L'assistenza viene di solito concessa sotto forma di prestiti a condizioni molto favorevoli e tassi agevolati («*Loans*»), oppure mediante sovvenzioni a titolo gratuito («*Grants*»)¹⁴. Come si vedrà nel prosieguo, i Paesi che beneficiano dell'assistenza europea devono firmare un programma di finanziamento con il Fondo monetario internazionale (FMI), rispettare un certo numero di condizioni (in special modo legate al rispetto dei diritti umani ed alla lotta contro la corruzione) ed attuare riforme strutturali dirette a rafforzare il sistema democratico e lo Stato di diritto, la stabilità economica e la buona *governance*. Per finanziare l'elargizione di prestiti nell'ambito di questo tipo di assistenza di solito la Commissione ricorre al mercato dei capitali per ottenere i fondi necessari, per poi prestarli a sua volta al Paese beneficiario.

7. Tracciare le linee fondamentali dell'assistenza macrofinanziaria che l'Unione europea presta ai Paesi terzi non risulta difficile, e questo per tre motivi: anzitutto, in ragione della (relativa) abbondanza di interventi in materia, che rende possibile tracciare un quadro di riferimento efficace e realistico dell'insieme delle misure adottate; in secondo luogo, per gli interessanti addentellati giuridici relativi ai Trattati, nell'ambito dei quali è dato cogliere un'evoluzione diretta verso basi legali chiare ed esplicite; in terzo ed ultimo luogo, in funzione degli sviluppi normativi (non sempre coronati da successo) miranti ad un migliore inquadramento giuridico e finanziario dell'intera tematica, in modo da razionalizzare le procedure d'intervento e la scelta delle misure di sostegno.

8. Tecnicamente, l'assistenza macrofinanziaria può essere definita come un'azione di cooperazione basata su strumenti finanziari che assicurino un adeguato supporto alla bilancia dei pagamenti di quei Paesi terzi con i quali l'Unione europea abbia un qualsivoglia legame di partenariato

la registrazione è il cambio di proprietà. Si veda al riguardo il documento/manuale della Banca d'Italia «*Bilancia dei pagamenti e posizione patrimoniale sull'estero*», del 12 giugno 2018, https://www.bancaditalia.it/statistiche/tematiche/rapporti-estero/bilancia-pagamenti/index.html?dot_cache=refresh.

¹⁴ Per un primo approccio, di ordine generale, sull'argomento si veda il volume di R. T. MCGEE, *Applied Financial Macroeconomics and Investment Strategy: A Practitioner's Guide to Tactical Asset Allocation*, Londra, Palgrave Macmillan, 2015. Si vedano, inoltre, la breve sintesi di S. PLEEK e M. GAVAS, *A Lifeline for Developing Countries: The Untapped Potential of EU Macro-Financial Assistance*, in *Center for Global Development*, blog post, 30 giugno 2023, e l'articolo di M. REHM, *Shocks and Time: The Development of the European Financial Assistance Regime*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 60/2, 11/2022, p. 1645. Occorre precisare che in questa sede si prescinderà completamente dalle valutazioni politiche ed economiche circa l'opportunità o meno della concessione dell'assistenza, ma si terrà conto solo della realtà effettuale degli interventi e della loro valutazione giuridica.

o vicinato. Nella pratica corrente, come si è visto, essa prende la forma di un prestito a medio o lungo termine (con risorse ottenute sul mercato dei capitali e successivamente girate al Paese beneficiario), o di una sovvenzione (con fondi tratti dal bilancio dell'Unione), o di una combinazione di entrambi, in vista del completamento da parte europea del quadro finanziario di assistenza fornito al Paese interessato dal FMI nel contesto di un programma specifico di riforme strutturali. Si esamineranno nel prosieguo le basi giuridiche e gli strumenti finanziari che rendono possibile l'assistenza: per il momento conviene soffermarsi più in dettaglio sui *caratteri fondamentali* di tale istituto.

9. In primo luogo, l'assistenza macrofinanziaria presenta un tratto tipico che potrebbe definirsi in termini di *globalità*. In altre parole, le somme versate al Paese beneficiario a titolo di supporto non sono vincolate ad una destinazione specifica, né devono necessariamente allocarsi ad un impiego determinato. Al contrario, come regola generale esse mirano a coprire l'insieme delle esigenze finanziarie del Paese interessato, ed ogni decisione circa la loro destinazione finale (creazione di riserve valutarie, sostegno diretto al bilancio, interventi sul mercato dei cambi, od altro) è lasciata alle sue autorità politiche e monetarie, che in tal modo mantengono inalterati ed impregiudicati i loro poteri in merito alla gestione della bilancia dei pagamenti. Non vi è, quindi alcuna volontà politica dell'Unione europea di sostituirsi, anche provvisoriamente, alle competenti autorità del Paese assistito, né tantomeno di stabilire *a priori* il *modus operandi* da percorrere per risanare il bilancio affaticato di quest'ultimo: l'intervento non intende *colonizzare* il Paese terzo, ma solo assisterlo nei suoi bisogni finanziari, assecondandone le scelte con un'oculata serie di misure finanziarie appositamente predisposte.

10. Assecondare le scelte del Paese assistito non significa tuttavia disinteressarsi delle politiche che tale Paese dovrà porre in essere per stabilizzare la propria situazione: l'assistenza macrofinanziaria, pertanto, presenta il requisito della *condizionalità*, che ne costituisce il secondo carattere distintivo. Con tale termine, mutuato dalla terminologia del FMI, si intende l'interrelazione fra il sostegno finanziario fornito al Paese beneficiario e l'impegno di quest'ultimo a seguire e rispettare un preciso e dettagliato programma di progressivo risanamento delle sue finanze, concordato in via preliminare con la Commissione, recepito in un apposito documento giuridico di accompagnamento («*Memorandum of Understanding*» - MoU) e monitorato in corso d'opera secondo uno scadenziario all'uopo predisposto¹⁵. Non deve suscitare meraviglia che tale requisito sia sempre

¹⁵ Del resto, tale requisito vale anche per gli strumenti di assistenza agli Stati membri, come risulta chiaramente dagli artt. 136, par. 3, e 143, par. 2, TFUE.

più stringente e vincolante, dal momento che la condizionalità svolge un ruolo essenziale sia per l'Unione europea sia per il Paese interessato: per l'Unione, in quanto garantisce la possibilità di un rimborso puntuale dei prestiti accordati al Paese terzo; per quest'ultimo, in quanto rappresenta la possibile via d'uscita dalla crisi che lo attanaglia. Si vedrà in seguito come si perviene a definire il quadro condizionale, e con quali strumenti se ne stabilisce l'attuazione.

11. Ulteriore elemento distintivo dell'assistenza macrofinanziaria è la *straordinarietà*: essa vale solo in circostanze eccezionali di grave crisi finanziaria del Paese assistito, ed in nessun caso dovrebbe rappresentare una forma di supporto stabile a quest'ultimo. Se ne comprende la ragione se si pensa che, altrimenti, il Paese in questione rischierebbe di diventare un Paese *sotto tutela* a carico dell'Unione europea e delle altre istituzioni finanziarie internazionali, e come tale privo degli stimoli necessari ad uscire definitivamente dalla crisi che ne compromette le funzionalità economiche. Certo, il sostegno può essere prorogato o ripetuto, a seconda delle specifiche necessità concrete da valutarsi caso per caso; ma gli interventi di proroga e/o di reiterazione dell'assistenza devono anch'essi muovere da una logica di eccezionalità ed essere pertanto adeguatamente motivati.

12. Inoltre, l'assistenza macrofinanziaria dell'Unione europea presenta il carattere della *complementarità* rispetto al supporto prestato al Paese beneficiario dal FMI, nell'ambito di programmi di aggiustamento strutturale («*Structural Adjustment Programmes*» - SAP) adottati da quest'ultimo¹⁶. In linea di principio, infatti, è il FMI che prende l'iniziativa, analizzando in profondità la situazione ed i bisogni del Paese interessato, tracciando le grandi linee degli impegni condizionali da imporre a quest'ultimo ed infine modulando l'intervento finanziario complessivo¹⁷. L'azione dell'Unione europea completa l'opera, nel senso che aggiunge – ove possibile – le risorse necessarie per chiudere il cerchio del sostegno, ponendosi nel solco dei programmi definiti dal FMI, sia pure con una connotazione più marcatamente *sociale* rispetto alla logica prettamente *liberistica* di questi ultimi¹⁸.

¹⁶ Nella stessa linea di conto sussiste anche la «*Enhanced Structural Adjustment Facility*» (ESAF), creata dal FMI nel 1987 per supportare le finanze dei Paesi più poveri.

¹⁷ Sul FMI e la sua azione la letteratura è vastissima. Per uno sguardo d'insieme si veda il sempre valido testo di S. HORIE, *The International Monetary Fund*, Londra, St. Martin's Press, 1964, e le più recenti opere di J. E. SANFORD - M. A. WEISS, *International Monetary Fund: Organization, Functions, and Role in the International Economy*, New York, Scholar's Choice Edition, 2015, e di C. PAYER, *The Debt Trap: The International Monetary Fund and the Third World*, Londra, Penguin Books, 1974.

¹⁸ Sul punto va richiamata l'annosa polemica fra gli economisti del FMI, in prevalenza neoliberisti, ed i sostenitori delle politiche neokeynesiane. Si veda, a solo titolo di esempio, J.

13. Per concludere, deve sottolinearsi il fatto, ugualmente distintivo di questo tipo di sostegno, che per raccogliere i capitali necessari per la concessione di prestiti in sede di assistenza macrofinanziaria l'Unione europea si rivolge di regola ai mercati finanziari, senza impegnare direttamente le risorse del proprio bilancio generale (che invece vengono utilizzate nel caso di sovvenzioni al Paese assistito). Pertanto, le attività in questione formano sistematicamente oggetto di una *contabilità extra bilancio*, attraverso una gestione esterna separata cui provvedono direttamente i servizi della Commissione. In tal modo si ottengono due vantaggi: in primo luogo, l'Unione si impegna solo ed esclusivamente nella misura in cui trova sui mercati le risorse necessarie per gli esborsi ai paesi terzi; in secondo luogo, l'accesso ai mercati stessi viene facilitato grazie all'elevatissimo *rating* di cui dispone l'Unione¹⁹, che le consente di spuntare condizioni molto favorevoli che poi vengono ripercosse sul Paese beneficiario. Per meglio tutelare gli interessi finanziari dell'Unione vengono inoltre predisposti speciali strumenti di garanzia in caso di mancata o tardiva restituzione dei prestiti, su cui ci si soffermerà più oltre.

14. Bastano queste caratteristiche generali per dimostrare che la portata delle forme di assistenza appena descritte risulta assai diversa da quella dei tradizionali meccanismi d'intervento settoriale. Viene infatti presa in considerazione la situazione economica generale di un intero sistema-Paese, e si applicano soluzioni che non mirano più alla realizzazione di progetti o al risanamento di un settore specifico, bensì al compimento di un obiettivo molto più ambizioso: la stabilizzazione della bilancia dei pagamenti del Paese stesso, attraverso la definizione di riforme strutturali che conducano, se ben attuate, all'arresto del *trend* negativo, al consolidamento dei conti pubblici ed al rilancio delle potenzialità economiche del Paese beneficiario del sostegno. In tale ottica, sembra proprio la *condizionalità* l'elemento tipicizzante dell'assistenza macrofinanziaria, nel senso che non potrebbe nemmeno ipotizzarsi un intervento macrofinanziario che facesse astrazione da precise condizioni di sviluppo alle quali il destinatario del supporto deve attenersi, salvo che non si vogliano buttare al vento ingenti finanziamenti. Semmai, il problema consiste nel modulare adeguatamente l'insieme delle condizioni cui l'assistenza è subordinata: se la *cura da cavallo* tanto cara agli economisti del FMI non appare più politicamente corretta nel momento attuale, almeno il ricorso ad una *via virtuosa*

STIGLITZ, *Globalisation and its Discontents* (trad. it. «La globalizzazione e i suoi oppositori»), Torino, Einaudi, 2002, pp. 89 ss.

¹⁹ Attualmente, per esempio, il *rating* dell'Unione è AAA secondo Moody's e Fitch, e AA+ secondo Standard & Poor's.

non potrebbe essere trascurato, nell'interesse tanto del beneficiante quanto del beneficiato²⁰.

b. *Scelta della base giuridica*

15. L'inquadramento giuridico dell'assistenza macrofinanziaria solleva non poche perplessità d'ordine sia esegetico sia pratico. In effetti, fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1° dicembre 2009), l'unico supporto normativo per l'adozione di misure di assistenza di questo tipo era costituito dall'art. 235 – diventato poi l'art. 308 – del Trattato istitutivo della Comunità europea (di seguito, il «TCE») (ora art. 352 TFUE), la c.d. *clausola di flessibilità*, non esistendo nel Trattato TCE altre disposizioni più specifiche che potessero adoperarsi al riguardo. Certo, si sarebbe potuto far riferimento all'allora art. 181-A TCE (ora art. 212 TFUE, con modificazioni), che parlava in generale di «cooperazione economica, finanziaria e tecnica» con i paesi terzi e sembrava quindi potersi utilizzare anche *in subjecta materia*: ma gli interventi in questione erano stati giudicati troppo specifici per poter essere inclusi nella sfera d'applicazione di tale disposizione, tanto più che la dichiarazione n. 10 al Trattato di Nizza ne escludeva espressamente l'utilizzazione per il caso di specie (anche per riservare agli Stati membri il potere di veto, dato che l'art. 308 TCE richiedeva l'unanimità dei voti del Consiglio)²¹. Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il testo del vecchio art. 181-A TCE è stato profondamente rimaneggiato, formando l'oggetto del nuovo art. 212 TFUE, cui è stata aggiunta una nuova disposizione, ossia l'art. 213 TFUE. Nell'insieme, i due articoli precitati sono raggruppati nel capo 2 («Cooperazione economica, finanziaria e tecnica con i paesi terzi») del titolo III («Cooperazione con i paesi terzi e aiuto umanitario») del TFUE, e si prestano ad un esame dettagliato quanto ai loro contenuti ed agli aspetti procedurali ad essi pertinenti.

16. Sul piano contenutistico, l'art. 212 si può senza ombra di dubbio considerare la nuova base giuridica per l'assistenza macrofinanziaria ai Paesi terzi. Il par. 1 di tale articolo, infatti, si riferisce espressamente ad «azioni di assistenza specialmente in campo finanziario», che si aggiungono alle preesistenti azioni di cooperazione economica, finanziaria e tecnica

²⁰ Anche su tali aspetti le polemiche non mancano. Per uno sguardo d'insieme alla relativa problematica si veda, per tutti, R. DORNBUSCH, *Stabilisation, debt and reform: policy analysis for developing countries*, Londra, Prentice Hall, 1993.

²¹ Sul punto si vedano le considerazioni di F.-X. PIOLLAUD e D. SIRITZKY, *Le Traité de Lisbonne*, Parigi, La documentation française, 2008, p. 311.

e ne completano la gamma²². Del resto, tale disposizione viene ormai utilizzata nella prassi operativa delle Istituzioni coinvolte nel processo di adozione delle pertinenti misure applicative²³.

17. Va peraltro sottolineato come l'art. 212 TFUE trovi applicazione solamente ai «paesi terzi diversi dai paesi in via di sviluppo», il che pone il problema della linea di demarcazione fra paesi terzi in via di sviluppo e paesi terzi *diversi*. Per risolvere tale problema si fa abitualmente riferimento all'elenco predisposto dal Comitato di aiuto allo sviluppo dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economici (OCSE/DAC), che distingue i paesi beneficiari di aiuti pubblici allo sviluppo (APS) a seconda del loro reddito nazionale lordo (RNL) per abitante²⁴: infatti, tale elenco viene ripreso in vari strumenti finanziari dell'Unione europea²⁵. Ciò peraltro non toglie che la categoria dei paesi in via di sviluppo sia «dinamica, nel senso che tende a variare in funzione di eventi scarsamente prevedibili»²⁶, il che rende problematico stabilire una linea di demarcazione precisa e duratura rispetto ai paesi che in via di sviluppo non sono²⁷.

18. Sempre sul piano contenutistico, l'art. 212 TFUE rinforza il ruolo del Parlamento europeo, estendendo la procedura legislativa ordinaria alle misure (regolamenti o decisioni) che devono essere adottate per l'attuazione degli interventi previsti in tale articolo, compresa ovviamente l'assistenza macrofinanziaria²⁸. Tale innovazione, se da un lato indubbiamente riduce il *deficit* democratico in materia, dall'altro complica ed allunga il processo decisionale, che rischia così di non essere adeguato all'urgenza dell'intervento che caratterizza il settore. Certo, la clausola d'urgenza di cui all'art. 213 TFUE consente, come si vedrà in seguito, di provvedere

²² Con tale nuova formulazione deve quindi considerarsi ormai obsoleto il precitato protocollo n. 10 al Trattato di Nizza.

²³ A partire dalla decisione n. 388/2010/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 luglio 2010, relativa alla concessione di assistenza macrofinanziaria a favore dell'Ucraina, in *Gu-UE* n. L 179 del 14 luglio 2010, p. 1 (di seguito, la «decisione n. 388/2010»), ove peraltro il riferimento all'art. 212 è stato inserito in corso d'opera, dal momento che la proposta della Commissione era anteriore all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

²⁴ Per la lista in vigore si consulti il sito www.oecd.org/cad/stats. L'elenco riprende anche i dati in proposito elaborati dalle Nazioni Unite e dalla Banca Mondiale.

²⁵ A titolo d'esempio si veda l'art. 3, par. 4, del Regolamento NDICI.

²⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 6 novembre 2008 in causa n. C-155/07, *Parlamento europeo c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 8103, punto 52.

²⁷ Occorre sottolineare che l'eventuale applicazione dell'aiuto macrofinanziario ai paesi in via di sviluppo avviene di solito ricorrendo ad un'altra disposizione, ossia l'art. 209 TFUE, che regola in via generale l'adozione delle misure necessarie per l'attuazione della politica di cooperazione allo sviluppo.

²⁸ L'art. 181-A TCE prevedeva che le misure ivi previste fossero adottate dal Consiglio, su semplice consultazione del Parlamento europeo. Anche l'art. 308 TCE, precedente base giuridica dell'assistenza macrofinanziaria, e l'attuale art. 352 TFUE prevedono la competenza del solo Consiglio, che delibera all'unanimità.

urgentemente con semplice decisione del Consiglio, ma il ricorso – rarissimo²⁹ – a tale procedura solleva delicati problemi di equilibrio istituzionale e comunque non risolve la questione di fondo, legata al fatto indiscutibile che l'assistenza macrofinanziaria è *intrinsecamente urgente*, in quanto connessa ad eventi improvvisi ed impreveduti che richiedono una risposta rapida ed in più complementare rispetto ad altre forme di assistenza già predisposte dal FMI ed in attesa di completamento.

19. Dal canto suo, l'art. 213 TFUE è una disposizione nuova, che si basa su un presupposto restrittivo d'applicazione e prevede una procedura decisionale semplificata. Il presupposto applicativo richiede che la situazione in un Paese terzo esiga «un'assistenza finanziaria urgente da parte dell'Unione», il che deve essere debitamente giustificato in sede di motivazione, attraverso la dimostrazione, da un lato, dell'*urgenza imperiosa* dovuta a ragioni imprevedibili e comunque non ascrivibili al Paese beneficiario e, dall'altro, dell'*impossibilità pratica* di utilizzare la procedura legislativa ordinaria a motivo sia della tempistica necessaria sia della relazione con l'attività di sostegno svolta dal FMI. La procedura semplificata, poi, consente al solo Consiglio di adottare le decisioni appropriate, su semplice proposta della Commissione e senza consultazione del Parlamento europeo: non c'è dubbio che una siffatta modalità procedurale rischia di provocare conflitti fra Consiglio e Parlamento, specialmente se la giustificazione del carattere urgente dell'assistenza finanziaria non viene esposta in maniera convincente in sede di proposta della Commissione.

c. *Un'iniziativa sfortunata*

20. Per cercare di ovviare agli inconvenienti legati alle caratteristiche problematiche delle due basi giuridiche appena esaminate, la Commissione decideva nel 2011 di proporre – in modo alquanto avventato e senza essersi adeguatamente informata sugli umori degli Stati membri – una forma di inquadramento giuridico dell'assistenza macrofinanziaria ai paesi terzi. A tale proposito, veniva presentata una proposta di Regolamento-quadro destinata a stabilire disposizioni generali sull'assistenza macrofinanziaria ai paesi terzi³⁰, basata sugli artt. 209 e 212 TFUE³¹. A parte la codificazio-

²⁹ Solo nel quadro dell'assistenza all'Ucraina, come si vedrà, ed una sola volta.

³⁰ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce le disposizioni generali relative all'assistenza macrofinanziaria ai paesi terzi: documento Com(2011)396 fin. del 4 luglio 2011 (di seguito, la «proposta MFA»). Tale proposta era accompagnata da un «*Commission Staff Working Paper*» che faceva il punto della situazione: documento Sec(2011)865 del 4 luglio 2011.

ne dei caratteri generali dell'assistenza e delle condizioni per la sua concessione, la proposta conteneva una soluzione molto audace che, secondo la Commissione, avrebbe risolto una volta per tutte le difficoltà attuative insite nella disciplina vigente a livello dei Trattati: in poche parole, l'adozione delle decisioni specifiche di attribuzione del sostegno europeo ai paesi terzi veniva affidata alla Commissione stessa, che non soltanto si vedeva concesso il pieno potere decisorio, ma doveva pure provvedere alla definizione della condizionalità, alla firma dei relativi protocolli d'intesa, alle procedure di esecuzione e di esborso, ai controlli in corso d'opera ed alle verifiche finali³². Conoscendo l'estrema suscettibilità del Parlamento europeo e del Consiglio in tema di concessioni finanziarie ai paesi terzi, non si comprendono le ragioni che hanno spinto la Commissione ad una mossa tanto maldestra, che seppure mirava – in buona fede – ad affinare ed accelerare il procedimento di assistenza, nondimeno prevaricava le prerogative sia del Parlamento europeo sia del Consiglio, in quanto co-decisore ma pure in quanto decisore unico nell'ambito dell'art. 213 TFUE, la cui portata veniva di fatto azzerata³³.

21. A titolo di giustificazione la Commissione si riferiva³⁴ ad una risoluzione del Parlamento europeo sull'attuazione dell'assistenza macrofinanziaria ai paesi terzi, adottata il 3 giugno 2003³⁵, nella quale si riconosceva l'inadeguatezza delle procedure in atto e si invitava la Commissione stessa, quale istituzione dotata del diritto di proporre lo strumento giuridico appropriato nel settore in questione, a prevedere la presentazione di una proposta legislativa che tenesse conto della necessità di razionalizzare la

³¹ Le ragioni della scelta della duplice base giuridica sono esplicitate nella relazione di accompagnamento alla proposta di Regolamento: «L'articolo 212 costituisce la base giuridica delle decisioni di AMF adottate dall'entrata in vigore del trattato di Lisbona. Tuttavia, se il paese beneficiario dell'AMF è un paese in via di sviluppo, la decisione si fonda sull'articolo 209 del TFUE, che riguarda la cooperazione allo sviluppo dell'UE. Considerato che il regolamento costituisce il quadro decisionale per le future operazioni di AMF nei paesi terzi colpiti da crisi, esso presenta la medesima base giuridica delle decisioni di AMF post-Lisbona specifiche per paese, ossia gli articoli 209 e 212 del TFUE», documento Com(2011)396 def., punto 3.1, p. 6.

³² Proposta MFA, artt. 7-12, *cit. supra*, nota 30. Se pure le decisioni dovevano essere prese dalla Commissione nel contesto della consultazione di un apposito comitato, rimaneva il fatto che la rilevante informazione al Parlamento europeo ed al Consiglio veniva fornita solo *ex post*, attraverso semplici note informative (art. 7, par. 6, della proposta MFA) e dei rapporti annuali (art. 13 della proposta MFA).

³³ Infatti la procedura d'urgenza di cui all'art. 213 TFUE sarebbe stata – paradossalmente – più pesante di quella ordinaria, basata su semplici decisioni della Commissione. E questo nonostante le assicurazioni, piuttosto formalistiche, contenute al *considerando* n. 5 della proposta MFA, *loc. cit.*

³⁴ Al *considerando* n. 4 della proposta MFA, *loc. ult. cit.*

³⁵ Risoluzione del Parlamento europeo sull'attuazione dell'assistenza macrofinanziaria ai paesi terzi, documento PE 2002/2265(INI), in *Gu-Ue* n. C 68 E del 18 marzo 2004, p. 86.

situazione normativa vigente. Ma tale risoluzione era stata presa prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, quando ancora le decisioni in tema di assistenza macrofinanziaria venivano adottate con la pesantissima procedura di cui all'art. 308 TCE, e non erano ancora state introdotte disposizioni *ad hoc* per meglio gestire l'assistenza stessa: si comprende quindi la preoccupazione del Parlamento europeo e la sua volontà di migliorare una situazione che, all'epoca, non era facilmente gestibile. Ora, la proposta della Commissione risale al 2011, quando già il Trattato di Lisbona era pienamente operativo e, quindi, la risoluzione parlamentare doveva ormai considerarsi obsoleta. Non era revocabile in dubbio il fatto che tale iniziativa avrebbe avuto vita difficile.

22. Infatti, dopo un travagliato *iter* procedurale che vedeva sia il Parlamento europeo sia il Consiglio reagire con virulenza all'iniziativa della Commissione, quest'ultima decideva l'8 maggio 2013 di ritirare la propria proposta³⁶, temendone la denaturazione a causa degli emendamenti eversivi depositati dalle altre due Istituzioni³⁷.

23. La lunga vicenda aveva inoltre uno strascico velenoso, dal momento che il Consiglio, ritenendo ingiustificata la decisione di ritiro della proposta, decideva di impugnarla dinnanzi alla Corte di giustizia chiedendone l'annullamento. Ne derivava un aspro contenzioso, deciso dalla Corte con la sentenza del 14 aprile 2015 in causa n. C-409/13, *Consiglio c. Commissione*³⁸, che, nel precisare le condizioni dell'esercizio del potere di ritirare le proposte legislative in corso di esame, dava pienamente ragione alla Commissione e rigettava la tesi del Consiglio. In effetti, per la Com-

³⁶ Più in dettaglio, con lettera dell'8 maggio 2013, il vice-presidente della Commissione, O. Rehn, informava il presidente del Parlamento europeo ed il presidente del Consiglio che, durante la sua 2045^a riunione, il Collegio dei commissari aveva deciso, in conformità all'art. 293, par. 2, TFUE, di ritirare la proposta di Regolamento quadro.

³⁷ In questo caso si è trattato di un ritiro di tipo politico. In estrema sintesi, il Parlamento europeo propendeva per l'attribuzione alla Commissione del potere di adottare atti delegati ai sensi dell'art. 290 TFUE, e non atti di esecuzione come nella proposta MFA, *cit. supra*, nota 30. Il Consiglio invece preferiva che nel Regolamento quadro fossero mantenute le prerogative del Parlamento europeo e del Consiglio, cui sarebbe spettato il compito di adottare le decisioni finali di assistenza. Secondo la Commissione, queste impostazioni avrebbero denaturato il contenuto sostanziale della proposta originaria, svianandone le finalità ed introducendo soluzioni che contraddicevano la portata politica della proposta stessa.

³⁸ In *Raccolta*, EU:C:2015:217 (di seguito, la «sentenza MFA»). Con tale sentenza la Corte si è pronunciata per la prima volta sulla natura e sulle condizioni di esercizio del potere di ritiro, desunto implicitamente dall'art. 293, par. 2, TFUE, secondo cui «Fintantoché il Consiglio non ha deliberato, la Commissione può modificare la propria proposta in ogni fase delle procedure che portano all'adozione di un atto dell'Unione». Sul punto, che non giova trattare ulteriormente in questa sede, si è sviluppato un ampio dibattito dottrinale: a titolo d'esempio si vedano A. LANG, *Sul potere della Commissione di ritirare una proposta di atto legislativo*, in *Eurojus Rivista*, 20 aprile 2015 e M. STARITA, *Sul potere della Commissione europea di ritirare una proposta legislativa e sui suoi riflessi sugli equilibri istituzionali nel diritto dell'Unione europea*, in *federalismi.it*, n. 17, 16 settembre 2015.

missione il nodo fondamentale della proposta consisteva nell'attribuzione ad essa del potere decisionale, mentre per il Consiglio il centro di gravità cadeva nell'inquadramento giuridico dell'assistenza macrofinanziaria: ma, secondo la Corte, gli emendamenti che il Parlamento europeo ed il Consiglio intendevano apportare alla proposta avrebbero «snaturato un elemento essenziale della proposta di regolamento quadro in maniera inconciliabile con l'obiettivo perseguito da tale proposta, che consisteva nel potenziare l'efficacia della politica dell'Unione in materia di AMF. Infatti, un emendamento di tal sorta avrebbe implicato il mantenimento del procedimento di concessione, caso per caso, da parte del Parlamento e del Consiglio nell'ambito della procedura legislativa ordinaria, mentre l'obiettivo principale della proposta di regolamento quadro consisteva precisamente nel mettere fine a tale processo decisionale, attraverso la previsione di un quadro legislativo delle condizioni di attuazione della politica dell'Unione in materia di AMF, al fine di accelerare l'adozione delle decisioni e di migliorare così l'efficacia di tale politica»³⁹.

d. *Funzionamento concreto*

24. Sul piano del funzionamento concreto, l'assistenza macrofinanziaria europea prevede in linea di principio due fasi ben distinte, la prima delle quali ha carattere *ascendente* (nel senso che comporta una progressione di atti verso l'adozione dello strumento decisivo finale), mentre la seconda possiede una natura *discendente* (nel senso che implica l'attuazione e la messa in opera dello strumento appena adottato).

25. La *fase ascendente* comprende anzitutto un atto formale d'impulso, ossia la richiesta di finanziamento del Paese terzo in difficoltà⁴⁰. A tale iniziativa consegue una complessa trattativa, a livello sia politico sia finanziario, condotta dai competenti servizi della Commissione con quest'ultimo e mirante ad evidenziare le reali necessità del potenziale beneficiario e la scelta delle possibili opzioni d'intervento (prestiti a tasso agevolato e/o sovvenzioni) nonché del loro ammontare, il tutto in stretto contatto col FMI che nel frattempo dovrebbe avere già elaborato un piano d'intervento appropriato con la corrispondente definizione delle condizioni (politiche e finanziarie) di assistenza. Conclusa tale trattativa e chiarita la natura e la portata del sostegno europeo, la Commissione presenta al Parlamento europeo ed al Consiglio una proposta di decisione (o più raramente di Rego-

³⁹ Sentenza MFA, *cit. supra*, nota 38, punti 90 e 91.

⁴⁰ Tale requisito, che non viene menzionato nelle singole decisioni di finanziamento, è previsto come obbligatorio dall'art. 7, par. 1, della proposta MFA, *cit. supra*, nota 30.

lamento), che segue l'ordinaria procedura decisionale prevista dall'art. 294 TFUE.

26. La successiva *fase discendente* implica dal canto suo due differenti percorsi, che si svolgono in parallelo. Da un lato inizia un percorso di tipo finanziario, che consente ai servizi della Commissione di avere un'adeguata base giuridica per reperire sui mercati finanziari le risorse necessarie per concedere i prestiti allo Stato beneficiario (si parla allora di azioni extrabilancio)⁴¹ o per disporre stanziamenti di bilancio occorrenti per attribuire ad esso le eventuali sovvenzioni (in tal caso si tratterà di azioni intrabilancio)⁴²; l'elaborazione di appositi accordi di tipo tecnico («*Loan or Grant Agreements*») con il Paese beneficiario (e più precisamente con la sua banca centrale) miranti ad esporre in dettaglio i termini finanziari dell'assistenza conclude tale percorso. Dall'altro lato viene condotto un percorso di carattere politico, assai più delicato, volto a qualificare la condizionalità che deve necessariamente accompagnare l'assistenza macrofinanziaria: esso confluisce in un documento politico-finanziario stipulato fra la Commissione ed i responsabili del Paese beneficiario («*Memorandum of Understanding*»), al cui rispetto è condizionata la concessione sia dei prestiti sia delle sovvenzioni⁴³.

27. Con riguardo alla condizionalità occorre distinguere fra i prerequisiti, richiesti sin dall'origine per l'accesso al sostegno, e le condizioni specifiche negoziate con il Paese beneficiario dalla Commissione. Per quanto concerne i primi, si fa di solito riferimento ai c.d. criteri di Genval, elaborati già nel 1993⁴⁴ e riformulati nel 2002 dal Consiglio per accompagnare

⁴¹ La Direzione generale per gli affari economici e finanziari (ECFIN) della Commissione dispone di una propria tesoreria e di strumenti adeguati per svolgere tale compito, che viene attuato con l'assistenza di un *pool* di banche incaricate di reperire materialmente le somme necessarie.

⁴² In tal caso gli stanziamenti devono comunque essere inquadrati nel quadro finanziario pluriennale e basati sugli appropriati strumenti finanziari generali di intervento per l'assistenza ai paesi terzi: si veda l'art. 4, par. 1, della proposta MFA, *cit. supra*, nota 30. L'assistenza mediante sovvenzioni ha carattere sporadico, in quanto implica che l'economia del paese beneficiario sia veramente allo stremo: solitamente in tal caso si propone un *mix* di prestiti e sovvenzioni. Per esempio, per quanto riguarda la Georgia si è passati da un'assistenza basata su sole sovvenzioni, con la decisione del Consiglio n. 2009/889/Ce del 30 novembre 2009 relativa alla concessione di assistenza macrofinanziaria a favore della Georgia, in *Gu-Ue* n. L 320 del 5 dicembre 2009, p. 1, ad una più recente assistenza di tipo misto (prestiti + sovvenzioni), da ultimo con la decisione (Ue) n. 2018/598 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 aprile 2018 relativa alla concessione di ulteriore assistenza macrofinanziaria alla Georgia, in *Gu-Ue* n. L 103 del 23 aprile 2018, p. 8.

⁴³ Tale rapporto, evidenziato in ogni decisione di assistenza, è previsto in termini generali dall'art. 6 della proposta MFA, *cit. supra*, nota 30.

⁴⁴ Nel corso di un Consiglio ECOFIN informale svoltosi il 9 ottobre 1993 a Genval, amena località a qualche chilometro da Bruxelles.

le operazioni di assistenza macrofinanziaria europea⁴⁵: essi sono imperniati sul concetto di rispetto da parte del Paese terzo degli effettivi meccanismi democratici, che includono il mantenimento di un sistema parlamentare basato sul multipartitismo, lo Stato di diritto e la garanzia dei diritti dell'uomo. Le condizioni specifiche, invece, vengono negoziate dalla Commissione in funzione della realizzazione da parte del Paese terzo di una serie di misure di risanamento chiaramente identificate e focalizzate su riforme strutturali, inclusi il rafforzamento dell'efficienza e la trasparenza dei sistemi di finanza pubblica, l'apertura dei mercati e lo sviluppo del commercio⁴⁶. Sia i prerequisiti sia le condizioni specifiche vengono monitorati attraverso un complesso sistema di verifiche e controlli in corso d'opera da parte della Commissione, che riferisce regolarmente al Parlamento europeo ed al Consiglio sullo stato di avanzamento delle riforme e delle altre misure di risanamento attuate dal Paese beneficiario del sostegno.

28. Infine, per uno sguardo d'insieme all'attuale assetto dell'assistenza macrofinanziaria europea, occorre consultare l'ultima relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione dell'assistenza macrofinanziaria ai paesi terzi nel 2022⁴⁷, che contiene i dati aggiornati sulla distribuzione del sostegno ai singoli paesi terzi.

C. Il caso ucraino

a. *Paese in pace*

29. Bisogna sottolineare anzitutto come l'Ucraina, in quanto Paese indipendente dal 1991, non venisse qualificato tecnicamente un Paese in via di sviluppo, in quanto considerato appartenente alla fascia di reddito intermedia nella classificazione OCSE/DAC⁴⁸. Dunque tale Paese risultava sin dall'inizio perfettamente eleggibile per ricevere dall'Unione europea il sostegno di tipo macrofinanziario.

30. La sequenza degli episodi di assistenza macrofinanziaria alla Repubblica ucraina comincia già nel 1994, quando il Consiglio, con decisio-

⁴⁵ Documento del Consiglio 12592/02 dell'8 ottobre 2002, p. 10. Ad essi si riferisce anche il *considerando* n. 7 della proposta MFA, *cit. supra*, nota 30.

⁴⁶ Si veda l'art. 6, par. 3, della proposta MFA, *cit. supra*, nota 30.

⁴⁷ Documento Com(2023)409 fin. dell'11 luglio 2023.

⁴⁸ Nel 2022, il paese era situato nella fascia di reddito nazionale lordo per abitante compresa fra 1.136 USD e 4.465 USD. Ovviamente i relativi valori sono suscettibili di subire variazioni anche importanti a causa della guerra in corso.

ne del 22 dicembre di quell'anno⁴⁹, decise – per la prima volta – la concessione a tale Paese di un prestito a medio termine per un importo massimo di 85 milioni di ecu (aventi allora lo stesso valore del futuro euro) in conto capitale, per una durata massima di dieci anni, «al fine di garantire la sostenibilità della bilancia dei pagamenti e rafforzare la situazione sotto il profilo delle riserve»⁵⁰. A tal fine, la Commissione era abilitata ad assumere prestiti sul mercato dei capitali per raccogliere i fondi necessari, da trasferire poi all'Ucraina (più precisamente, alla Banca nazionale d'Ucraina) attraverso la concessione di un prestito subordinato ad una rigida condizionalità (condizioni di politica economica negoziate dalla Commissione) ed ai termini degli accordi paralleli conclusi con il FMI. Tale sostegno venne poi incrementato con decisioni del Consiglio del 1995⁵¹, mediante un prestito supplementare di 200 milioni di ecu, del 1998⁵², con un ulteriore prestito di 150 milioni di ecu, e del 2002⁵³, attraverso un prestito aggiuntivo di 110 milioni di euro.

31. Nel 2010 si ebbe un rilancio dell'assistenza, attraverso una nuova decisione adottata, con la procedura di cui all'art. 212 TFUE, dal Parlamento europeo e dal Consiglio⁵⁴, che non soltanto concesse all'Ucraina un prestito di ben 500 milioni di euro per una durata di 15 anni «al fine di sostenere la stabilizzazione economica dell'Ucraina e di alleggerire il fabbisogno della bilancia dei pagamenti e del bilancio individuati nel programma in corso dell'FMI»⁵⁵, ma modificò pure la condizionalità del sostegno, basata ora su una nuova procedura di negoziazione nella quale, in parallelo con quanto operato dal FMI, la Commissione stabilisce in un *memorandum* d'intesa le condizioni di politica economica cui è subordinata l'assistenza, condizioni ispirate ai principi ed agli obiettivi fondamentali di riforma economica fissati nell'agenda di associazione Ue-Ucraina e miranti

⁴⁹ Decisione del Consiglio n. 94/940/Ce del 22 dicembre 1994 relativa alla concessione di assistenza macrofinanziaria a favore dell'Ucraina, in *Gu-Ue* n. L 366 del 31 dicembre 1994, p. 32 (di seguito, la «decisione n. 94/940»). Si noti che tale decisione, come le tre seguenti, aveva come base giuridica l'art. 235 TCE, poi divenuto art. 308 TCE.

⁵⁰ Decisione n. 94/940, art. 1, par. 1, *loc. cit.*

⁵¹ Decisione del Consiglio n. 95/442/Ce del 23 ottobre 1995 relativa alla concessione di ulteriore assistenza macrofinanziaria a favore dell'Ucraina, in *Gu-Ue* n. L 258 del 28 ottobre 1995, p. 63.

⁵² Decisione del Consiglio n. 98/592/Ce del 15 ottobre 1998 relativa alla concessione di ulteriore assistenza macrofinanziaria a favore dell'Ucraina, in *Gu-Ue* n. L 284 del 22 ottobre 1998, p. 45.

⁵³ Decisione del Consiglio n. 2002/639/Ce del 12 luglio 2002 relativa alla concessione di ulteriore assistenza macrofinanziaria a favore dell'Ucraina, in *Gu-Ue* n. L 209 del 6 agosto 2002, p. 22.

⁵⁴ Decisione n. 388/2010/Ue, *cit. supra*, nota 23.

⁵⁵ *Ibidem*, art. 1, par. 1.

a «rafforzare l'efficienza, la trasparenza e la documentabilità dell'assistenza, in particolare i sistemi di gestione delle finanze pubbliche in Ucraina»⁵⁶. Si noti come l'incremento sostanziale del sostegno vada di pari passo con il rafforzamento delle verifiche sui progressi del processo di stabilizzazione e di riforma dell'apparato statale, condotte dalla Commissione in stretto contatto con il FMI, la Banca mondiale ed il Comitato economico e finanziario⁵⁷: un modo come un altro per controllare l'andamento della politica economica ucraina, foraggiata e nel contempo tenuta al guinzaglio dai gestori della finanza internazionale.

b. *Paese quasi in guerra*

32. Il nuovo piano di sostegno, tuttavia, non era sufficiente a contrastare la gravissima crisi politica dell'Ucraina, sconvolta nel 2014 dalle manifestazioni popolari⁵⁸ e dalla conseguente rivoluzione (o colpo di Stato) che metteva fine all'orientamento filorusso del Governo Yanukovich ed apriva la strada alle presidenze filo-europee Poroshenko prima e Zelensky poi, e nel contempo dalle spinte separatiste – favorite ed appoggiate dalla Federazione russa – che sfociavano nelle dichiarazioni di indipendenza della Crimea e di alcune provincie orientali (Donetsk e Lugansk) della Repubblica. Tale crisi aveva infatti effetti devastanti sulla già precaria stabilità economica e finanziaria dell'Ucraina, con una bilancia dei pagamenti ed una posizione di bilancio estremamente deboli e in rapido peggioramento, ed un'economia che precipitava nella recessione. Era quindi necessario un ulteriore, cospicuo intervento di supporto, di cui si incaricava il solo Consiglio utilizzando all'uopo la procedura d'urgenza di cui all'art. 213 TFUE: in effetti, con decisione del 14 aprile 2014⁵⁹ veniva concessa all'Ucraina un'assistenza macrofinanziaria per un importo massimo di 1 miliardo di euro, al fine di sostenere la stabilizzazione economica e le riforme del Paese, nonché a «coprire il fabbisogno urgente di sostegno alla bilancia dei pagamenti dell'Ucraina individuato nel programma economico governativo finanziato dall'FMI»⁶⁰. Ovviamente, nel testo del-

⁵⁶ Decisione n. 388/2010/Ue, *cit. supra*, nota 23, art. 2, par. 1.

⁵⁷ Di cui all'allora art. 114 TCE, ora art. 134 TFUE.

⁵⁸ Definite dalla stampa col nome collettivo di «Euromaidan», ed apertamente favorite dagli Stati Uniti e dall'Unione europea.

⁵⁹ Decisione del Consiglio n. 2014/215/Ue del 14 aprile 2014 relativa alla concessione di assistenza macrofinanziaria a favore dell'Ucraina, in *Gu-Ue* n. L 111 del 15 aprile 2014, p. 85 (di seguito, la «decisione n. 2014/215»). Va sottolineato come l'assistenza venne accordata solo dopo la conclusione dell'Accordo di associazione, il 21 marzo 2014, quando cioè la svolta «filo-occidentale» dell'Ucraina era cosa fatta.

⁶⁰ Decisione n. 2014/215, *loc. cit.*, art. 1, par. 1.

la decisione venivano riportate le formule abituali di questo tipo di sostegno: la concessione dell'assistenza era «subordinata al rispetto, da parte dell'Ucraina, di meccanismi democratici effettivi, compresi il pluralismo parlamentare, lo Stato di diritto e il rispetto dei diritti umani»⁶¹, ma soprattutto sottoposta a rigide condizioni di politica economica e finanziaria, incentrate sulle riforme strutturali e sulla solidità delle finanze pubbliche, da stabilire in un protocollo di intesa comprensivo di un calendario per il loro soddisfacimento. In pratica, si offrivano soldi in cambio di una decisa svolta filoeuropea (e quindi filoamericana) della linea politica ucraina.

33. Ma i soldi non bastano mai, specialmente quando un Paese debole quale deve considerarsi l'Ucraina si trovi a doversi confrontare con una superpotenza come è pur sempre la Federazione russa. Ecco dunque che, con decisioni adottate dal Parlamento europeo e dal Consiglio nel 2015⁶² e nel 2018⁶³, una nuova fase di assistenza venne concessa all'Ucraina, sotto forma di prestiti dell'ordine di 1,8 miliardi di euro (2015) e di un miliardo di euro (2018), con la stessa rigida condizionalità delle volte precedenti.

34. Alla crisi in atto, poi, subentrò un'altra crisi, questa volta globale: la diffusione della pandemia di Covid-19. Era giocoforza intervenire nuovamente per sostenere adeguatamente non solo le finanze degli Stati membri, ma anche quelle dei paesi *partner* dell'allargamento e del vicinato, fra cui quelle dell'Ucraina. A tal fine il Parlamento europeo ed il Consiglio adottarono nel 2020 una decisione⁶⁴, sempre basata sull'art. 212 TFUE, che concedeva ai paesi *partner* un'assistenza macrofinanziaria dell'ordine complessivo di 3 miliardi di euro, una torta la cui fetta maggiore (1,2 miliardi di euro) spettava all'Ucraina⁶⁵. Non è difficile immaginare come tale trattamento di favore fosse dovuto non solo alle preoccupazioni di carattere sanitario per un Paese vasto e popoloso come l'Ucraina, ma

⁶¹ Decisione n. 2014/215, *cit. supra*, nota 59, art. 2, primo comma.

⁶² Decisione (Ue) n. 2015/601 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 aprile 2015 relativa alla concessione di assistenza macrofinanziaria a favore dell'Ucraina, in *Gu-Ue* n. L 100 del 17 aprile 2015, p. 1.

⁶³ Decisione (Ue) n. 2018/947 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2018, relativa alla concessione di ulteriore assistenza macrofinanziaria all'Ucraina, in *Gu-Ue* n. L 171 del 6 luglio 2018, p. 11.

⁶⁴ Decisione (Ue) n. 2020/701 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 maggio 2020 sulla fornitura di assistenza macrofinanziaria ai paesi *partner* dell'allargamento e del vicinato nel contesto della pandemia di Covid-19, in *Gu-Ue* n. L 165 del 27 maggio 2020, p. 31 (di seguito, la «decisione n. 2020/701»). In relazione alle specifiche problematiche di questo tipo di assistenza si vedano in particolare gli articoli di B. ŠTANICEK, *Macro-financial assistance to enlargement and neighbourhood partners in the coronavirus crisis*, European Parliament, DG EPRS / Members' Research Service, 2020, e di T. ADRIAN - F. M. NATALUCCI e M. S. QURESHI, *Macro-Financial Stability in the COVID-19 Crisis: Some Reflections*, IFM Working Papers, 2022/251, 16 dicembre 2022.

⁶⁵ Decisione n. 2020/701, *loc. cit.*, art. 1, par. 1, lett. j.

anche – e soprattutto – all’inasprimento della situazione ai confini con la Federazione russa ed alle relative ricadute sul già esausto bilancio ucraino.

c. *Paese in guerra*

35. Dal 2014 in poi, ben 5 miliardi di euro sono stati concessi al governo ucraino sotto forma di prestiti, l’ultimo dei quali erogato nel settembre 2021. Una cifra enorme, certo, ma calibrata sulla posizione finanziaria “normale” di uno Stato in pace (o quasi). L’«operazione speciale»⁶⁶ delle forze armate russe del 24 febbraio 2022 cambiava ovviamente le carte in tavola, trasformando l’Ucraina in un “Paese in guerra” e gettando lo scompiglio nella sua bilancia dei pagamenti, destinata ormai a finanziare in misura sempre crescente lo sforzo bellico contro un nemico dal peso militare spropositato. Con incredibile tempismo venne allora concessa all’Ucraina, con decisione del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 febbraio 2022⁶⁷, una nuova *tranche* di prestiti dell’ordine di 1,2 miliardi di euro, in due rate per dodici mesi, in modo da offrire allo sventurato Paese un immediato sostegno finanziario per rafforzare la sua resilienza e stabilità nei confronti delle sfide economiche e geopolitiche in atto, fermo restando il solito prerequisito del rispetto dei meccanismi democratici effettivi, dello Stato di diritto e dei diritti umani, e la condizionalità risultante dal protocollo d’intesa da negoziare con la Commissione.

36. Una successiva decisione, adottata nel luglio 2022⁶⁸, cercava di rispondere in modo più organico alle esigenze di finanziamento immediate e più urgenti dello Stato ucraino e di garantire che esso potesse continuare a svolgere le sue funzioni più critiche durante il conflitto che l’opponessa alla Federazione russa. In effetti, questa operazione di assistenza macrofi-

⁶⁶ Il termine usato dal Governo della Federazione russa a tale proposito venne considerato sarcastico in quanto sostitutivo di una vera e propria azione di guerra in contrasto con quanto previsto dallo Statuto delle Nazioni Unite, ma in realtà riecheggia l’operazione militare russa in Georgia nell’agosto 2008 per sostenere l’auto-proclamata Repubblica dell’Ossezia del Sud nonché altre operazioni messe in atto dalla NATO – senza l’autorizzazione del Consiglio di sicurezza – nell’ex-Jugoslavia, come l’operazione “*Deliberate Force*” del 1995 in Bosnia ed Erzegovina e l’operazione “*Allied Force*” del 1999 contro la Serbia, entrambe definite – con un notevole sforzo d’immaginazione – come missioni umanitarie. Ricordo la definizione NATO, secondo cui «Special operations are military activities conducted by specially designated, organised, trained and equipped forces using distinct techniques and modes of employment»: https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_105950.htm. Una discussione sul punto trascende ovviamente gli scopi del presente articolo.

⁶⁷ Decisione (Ue) n. 2022/313 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 febbraio 2022 relativa alla concessione di assistenza macrofinanziaria all’Ucraina, in *Gu-Ue* n. L 55 del 28 febbraio 2022, p. 4.

⁶⁸ Decisione (Ue) n. 2022/1201 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 luglio 2022 relativa alla concessione di assistenza macrofinanziaria eccezionale all’Ucraina, in *Gu-Ue* n. L 186 del 13 luglio 2022, p. 1 (di seguito, la «decisione n. 2022/1201»).

nanziaria, per un ammontare di 1 miliardo di euro alle stesse condizioni dei prestiti precedenti, faceva parte di uno straordinario sforzo internazionale di donatori bilaterali e istituzioni finanziarie a sostegno delle finanze ucraine nel momento più critico della storia del Paese⁶⁹. In tal senso la concessione del sostegno implicava varie facilitazioni, fra le quali va menzionata la copertura – da parte del bilancio dell’Unione – dei tassi d’interesse e delle spese amministrative derivanti dall’assistenza, con relativa limitazione dell’impatto di tali oneri sulla sostenibilità fiscale dell’Ucraina⁷⁰, e la predisposizione di adeguate forme di garanzia in caso d’insolvenza⁷¹. La seconda fase di questa ambiziosa operazione finanziaria ha avuto luogo nel settembre 2022, con una decisione⁷² che non solo concedeva all’Ucraina una ulteriore dotazione di prestiti per un ammontare complessivo di ben 5 miliardi di euro, ma forniva pure al bilancio dell’Unione i mezzi per assorbire il rischio di perdite sui prestiti aggiuntivi e sul precedente prestito di 1 miliardo di euro erogato in due quote⁷³. Il 18 ottobre 2022 è stata erogata una prima rata di 2 miliardi di euro all’Ucraina; un secondo importo di 2,5 miliardi di euro è stato erogato il 22 novembre 2022, seguito da un terzo e ultimo pagamento di 500 milioni di euro il 14 dicembre 2022.

37. Il passo successivo consisteva nell’adozione di un meccanismo macroeconomico più sofisticato, ossia di uno strumento dedicato per la fornitura all’Ucraina di assistenza stabile e duratura a partire dal 2023, sotto forma non soltanto di prestiti a condizioni altamente agevolate, ma an-

⁶⁹ Il sostegno macro-finanziario all’Ucraina da parte dell’Unione ai sensi di tale decisione veniva considerato come la prima fase dell’attuazione di un piano di assistenza eccezionale per un importo massimo di 9 miliardi di euro, quale risposta a breve termine adeguata al fabbisogno di finanziamento immediato e più urgente dell’Ucraina e ai notevoli rischi per la stabilità macrofinanziaria del paese. Si veda a tal proposito il *considerando* n. 3 della decisione n. 2022/1201. Il quadro generale del sostegno veniva definito al punto II della comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni: «Ucraina, assistenza e ricostruzione», del 18 maggio 2022, di cui al documento Com(2022)233, avallata politicamente dalle conclusioni del Consiglio europeo del 30 e 31 maggio 2022 (documento EUCO 21/22 del 31 maggio 2022).

⁷⁰ Decisione n. 2022/1201, art. 5, par. 2, *cit. supra*, nota 68.

⁷¹ Attraverso un meccanismo di copertura destinato a coprire le passività derivanti dai prestiti concessi: decisione n. 2022/1201, art. 7, *loc. cit.*

⁷² Decisione (Ue) n. 2022/1628 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 settembre 2022 relativa alla concessione di assistenza macrofinanziaria 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 245 del 22 settembre 2022, p. 1 (di seguito, la «decisione n. 2022/1628»).

⁷³ In pratica si tratta di un rafforzamento del c.d. fondo comune di garanzia previsto dall’art. 31 del Regolamento NDICI, attraverso l’assunzione di forme di garanzia prestate dagli Stati membri sulla base di accordi stipulati dalla Commissione e destinate a coprire almeno il 70% delle somme date in prestito all’Ucraina: si vedano gli artt. 9-14 della decisione n. 2022/1628.

che di ulteriori forme di sostegno non rimborsabile e di una sovvenzione pari ai tassi d'interesse: nasceva in tal modo la c.d. «*assistenza macrofinanziaria +*» (MFA+), prevista e disciplinata da un apposito Regolamento adottato nel dicembre 2022⁷⁴. L'obiettivo generale del nuovo strumento era infatti quello di «contribuire a colmare il deficit di finanziamento dell'Ucraina nel 2023, in particolare fornendo assistenza finanziaria a breve termine al bilancio dello Stato ucraino a condizioni molto agevolate in modo prevedibile, continuativo, ordinato e tempestivo, anche finanziando, se del caso, la riabilitazione e il sostegno iniziale alla ricostruzione post-bellica, al fine di sostenere l'Ucraina nel suo percorso verso l'integrazione europea»⁷⁵. A tal fine, gli obiettivi più specifici da ottenere erano invece tre: la stabilizzazione macrofinanziaria del Paese; un programma di riforme opportunamente orientato alla fase preparatoria iniziale del processo di preadesione; il ripristino delle funzioni e delle infrastrutture essenziali per il buon funzionamento dello stato⁷⁶.

38. In cosa consisteva l'innovazione apportata dal nuovo strumento finanziario? Essenzialmente nel fatto che alla tradizionale assistenza macrofinanziaria sotto forma di prestiti rimborsabili (seppure a condizioni molto favorevoli e per una durata fino a 35 anni), che rimaneva ed anzi veniva portata sino alla somma di 18 miliardi di euro, si affiancava un sostegno aggiuntivo, costituito da contributi degli Stati membri versati a fondo perduto per coprire gli interessi sulle somme prestate e le spese amministrative ad essi afferenti⁷⁷: in tal modo si alleggeriva l'impegno ucraino al rimborso, che concerneva unicamente le somme nominali date in prestito. Nel contempo, al fine di preservare la solidità del bilancio europeo, veniva mantenuta la prestazione di contributi in forma di garanzia da parte degli Stati membri, secondo accordi di garanzia conclusi con la Commissione, a

⁷⁴ Regolamento (Ue) n. 2022/2463 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 che istituisce uno strumento per fornire sostegno all'Ucraina nel 2023 (assistenza macrofinanziaria +), in *Gu-Ue* n. L 322 del 16 dicembre 2022, p. 1 (di seguito, il «Regolamento 2022/2463»). La scelta dello strumento del Regolamento, in luogo di quello della decisione cui si era finora fatto ricorso per l'assistenza macro-finanziaria, non viene adeguatamente giustificata dalla Commissione nella sua proposta [documento Com(2022)597 fin., punto 2 della relazione, p. 4], ma molto probabilmente dipende dal fatto che il nuovo meccanismo finanziario possedeva un carattere innovativo, derivante dalla commistione dell'assistenza abituale con altre forme di sostegno prima non utilizzate. Del resto, l'art. 212, par. 2, TFUE parla genericamente di « *misure necessarie*», lasciando in tal modo al Parlamento europeo ed al Consiglio una certa discrezionalità nella scelta dello strumento giuridico più appropriato.

⁷⁵ Regolamento n. 2022/2463, undicesimo *considerando*. Si veda anche l'art. 2, par. 1, dello stesso Regolamento.

⁷⁶ *Ivi*, art. 2, par. 2.

⁷⁷ Si veda il combinato disposto degli artt. 4, par. 2-4, 7, par. 1 e 2, e 17 del Regolamento n. 2022/2463. Tali contributi sono considerati come «entrate con destinazione specifica esterne» ai sensi della vigente regolamentazione finanziaria europea. Anche soggetti terzi possono partecipare alla contribuzione in questione: si veda l'art. 7, par. 4, dello stesso Regolamento.

completa copertura degli importi dei prestiti accordati all'Ucraina⁷⁸. Se il coinvolgimento diretto degli Stati membri aumentava di per sé la solidità dello strumento, nondimeno permanevano i soliti prerequisiti per l'ottenimento dei prestiti⁷⁹, nonché la rigida condizionalità che ne accompagnava l'erogazione, affidata al protocollo d'intesa da firmare con la Commissione⁸⁰ e, più in dettaglio, negli accordi di prestito accessori a tale protocollo⁸¹.

D. Lo «Strumento per l'Ucraina»

a. Alla ricerca di un nuovo metodo di finanziamento

39. Dal 1994 sino al 2022 l'Unione europea ha garantito all'Ucraina, nel quadro dell'assistenza macrofinanziaria europea, la concessione di prestiti agevolati per ben 31,245 miliardi di euro⁸². Una cifra enorme, ma che alla prova dei fatti non si è rivelata sufficiente a coprire tutte le esigenze di tale Paese. Occorreva, dunque, impostare un nuovo strumento giuridico che tenesse conto non solo delle necessità finanziarie del momento, ma anche della prevedibile urgenza di porre le basi per la ricostruzione futura, se e quando il conflitto in atto dovesse volgere al termine.

40. A tal fine nell'armamentario economico e legale dell'Unione europea figuravano (e figurano tuttora) vari congegni astrattamente idonei a convogliare su uno o più paesi terzi un flusso di finanziamenti mirante al raggiungimento di obiettivi strategici ben determinati, anche a prescindere dai tradizionali meccanismi dell'assistenza macrofinanziaria. In particolare, possono essere menzionati i c.d. «fondi fiduciari» («*Trust Funds*») e gli «strumenti finanziari» («*Facilities*»), già ampiamente sperimentati nella pratica operativa della Commissione. La principale caratteristica dei fondi fiduciari consiste nella loro capacità di incanalare in un unico fondo, a conduzione separata, finanziamenti provenienti non solo dall'Unione europea, ma anche dagli Stati membri, da paesi terzi, da altre organizzazioni internazionali ed anche da investitori e/o operatori pubblici o privati, con

⁷⁸ Regolamento n. 2022/2463, artt. 5 e 6.

⁷⁹ *Ivi*, art. 8, par. 1: si tratta del sostegno dei meccanismi democratici effettivi, del mantenimento di un sistema parlamentare multipartitico, della salvaguardia dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani.

⁸⁰ *Ivi*, art. 8.

⁸¹ *Ivi*, art. 16, par. 2.

⁸² 1 miliardo e 45 milioni di euro quando il paese era in pace (1994-2014); 5 miliardi di euro quando il paese era quasi in guerra (2014-2022); 25 miliardi e 200 milioni di euro quando il paese era in guerra (2022).

la gestione affidata alla Commissione in conformità alle regole finanziarie europee⁸³. Tale carattere consente al fondo fiduciario di assicurare un effetto moltiplicativo («*leverage effect*») delle risorse di base europee, incrementate da robuste iniezioni di capitali ulteriori provenienti dall'esterno, e di conseguenza consentire un più rapido e comprensivo raggiungimento degli obiettivi sperati, come è ampiamente dimostrato dall'ottima riuscita dei quattro fondi fiduciari attualmente esistenti⁸⁴. Le *Facilities*, invece, implicano la messa a disposizione di fondi della sola Unione europea per uno scopo specifico ed esclusivo, essenzialmente sotto forma di veicolo d'investimento, di apertura di credito o di fornitura di garanzie: si tratta di misure assai eterogenee, a volte adottate in base a disposizioni dei Trattati⁸⁵, altre volte – e più spesso – con semplice riferimento al Regolamento finanziario⁸⁶. Anche in questo caso l'importanza di tali misure risiede nella loro capacità di focalizzarsi su obiettivi mirati concentrando su di essi risorse disponibili del bilancio europeo, assunte autonomamente o nell'ambito di programmi già esistenti dei quali costituiscono parte integrante.

41. Sia nel caso dei fondi fiduciari sia in quello degli strumenti finanziari, la Commissione è protagonista, in quanto provvede alla creazione di tali misure con proprie decisioni⁸⁷, che in seguito gestisce secondo le rego-

⁸³ La base giuridica per la creazione dei fondi fiduciari (sia tematici sia di emergenza) è attualmente costituita dagli artt. 234 e 235 del Regolamento (UE, Euratom) n. 2018/1046 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 luglio 2018, che stabilisce le regole finanziarie applicabili al bilancio generale dell'Unione, che modifica i Regolamenti (Ue) n. 1296/2013, (Ue) n. 1301/2013, (Ue) n. 1303/2013, (Ue) n. 1304/2013, (Ue) n. 1309/2013, (Ue) n. 1316/2013, (Ue) n. 223/2014, (Ue) n. 283/2014 e la decisione n. 541/2014/Ue e abroga il Regolamento (Ue, Euratom) n. 966/2012, in *Gu-Ue* n. L 193 del 30 luglio 2018, p. 1 (di seguito, il «Regolamento finanziario»). Tale Regolamento dovrebbe essere tra breve sostituito da un nuovo testo normativo, attualmente nella fase finale del procedimento decisionale.

⁸⁴ Il fondo fiduciario tematico «*Békou*» per la Repubblica Centro Africana («*the Békou EU Trust Fund*») di cui alla decisione della Commissione C(2014)5019 dell'11 luglio 2014; il fondo fiduciario regionale «*Madad*» per la risposta alla crisi in Siria («*the Madad Trust Fund*») di cui alla decisione della Commissione C(2014)9615 del 10 dicembre 2014; il fondo fiduciario d'emergenza «*Africa*» per la stabilità e la ricerca delle cause dell'emigrazione irregolare e della delocalizzazione delle popolazioni in Africa («*the Africa Trust Funds*») di cui alla decisione della Commissione C(2015)7293 del 20 ottobre 2015; il fondo fiduciario tematico «*Colombia*» per la Colombia («*the Colombia Trust Funds*») di cui alla decisione di esecuzione della Commissione C(2016)1653 del 22 marzo 2016. In parallelo, anche la Banca europea degli investimenti (BEI) utilizza spesso lo strumento del fondo fiduciario: si veda al riguardo, da ultimo, la pubblicazione «*Trust Funds in Action*», BEI, 2023.

⁸⁵ Come lo strumento finanziario per i rifugiati in Turchia («*the Facility for Refugees in Turkey*») di cui alla decisione della Commissione C(2015)9500 del 24 novembre 2015 e successive modifiche, basata sugli artt. 210, par. 2, e 214, par. 6, TFUE.

⁸⁶ Come – fra le tante – lo strumento d'investimento per i paesi del vicinato («*the Neighbourhood Investment Facility*») di cui alla decisione di esecuzione della Commissione C(2016)3436 del 31 febbraio 2016. L'attuale Regolamento finanziario inquadra queste misure nei suoi artt. 215-217. Occorre sottolineare come in certi casi al termine «*Facility*» si preferiscano gli altri termini «*Mechanism*» o «*Platform*», ma con significato equivalente.

⁸⁷ Peraltro l'adozione delle decisioni istitutive dei fondi fiduciari implica la consultazione – ed in taluni casi anche l'approvazione – del Parlamento europeo e del Consiglio.

le finanziarie europee. Ma l'impatto politico della situazione ucraina da un lato trascendeva le competenze della Commissione stessa, e dall'altro implicava la necessità di uno strumento giuridico innovatore che riunisse le caratteristiche fondanti dell'assistenza macrofinanziaria, la cui validità restava inalterata, con quelle di una misura parallela che, viste le specificità dei fondi fiduciari, non poteva che identificarsi nel più agile strumento della "Facility". Insomma, una commistione non facile a definirsi, ma che avrebbe potuto condurre a risultati più promettenti rispetto al semplice (sebbene corposo) sostegno alla bilancia dei pagamenti.

b. *Lo «Strumento per l'Ucraina» e le sue caratteristiche*

42. Il permanere del conflitto in Ucraina causava a quest'ultima danni ingentissimi e costi di ricostruzione estremamente elevati, nonché una perdita di accesso ai mercati finanziari ed un calo significativo delle entrate pubbliche; nel contempo, la spesa pubblica destinata ad affrontare la situazione umanitaria e a mantenere la continuità dei servizi pubblici aumentava sostanzialmente⁸⁸. In tale contesto, è stato giudicato indispensabile istituire uno *strumento finanziario unico* di nuovo tipo, a carattere ovviamente eccezionale, in cui potesse confluire, nel periodo compreso fra il 2024 ed il 2027, l'insieme delle misure previste per il sostegno bilaterale da fornire all'Ucraina, garantendone il coordinamento e l'efficienza al fine di far fronte a tutte le esigenze di finanziamento, ripresa, ricostruzione e modernizzazione dell'Ucraina, e sostenendo nel contempo l'impegno di riforma di tale Paese nel suo percorso di adesione all'Unione.

43. In tale ordine di idee la Commissione presentava quindi, nel corso del 2023, una proposta di Regolamento innovativo secondo la procedura decisionale normale⁸⁹, che veniva adottato dal Parlamento europeo e dal Consiglio il 29 febbraio 2024: si trattava dell'istituzione dello «Strumento per l'Ucraina» (*«Facility for Ukraine»*) (di seguito, lo «Strumento»)⁹⁰. Ta-

⁸⁸ In tale drammatico contesto giova ricordare che il 30 marzo 2023 il FMI ha stimato a 75,1 miliardi di euro il *deficit* di finanziamenti statali fino al 2027 e ha concordato con l'Ucraina un programma quadriennale di 14,4 miliardi di euro per fissare politiche a sostegno della stabilità di bilancio e per sostenere la ripresa economica, potenziando nel contempo la *governance* e rafforzando le istituzioni per promuovere la crescita a lungo termine nel quadro della ricostruzione postbellica e del percorso di adesione dell'Ucraina all'Unione europea.

⁸⁹ La proposta della Commissione risale al 20 giugno 2023: si veda il documento C(2023)338 finale.

⁹⁰ Regolamento (Ue) n. 2024/792 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 febbraio 2024 che istituisce lo strumento per l'Ucraina, in *Gu-Ue* n. L del 29 febbraio 2024 (di seguito, il «Regolamento n. 2024/792»). Si potrebbe affermare che tale strumento costituisce la «Facility» civile per l'Ucraina, e fa da contraltare alla contemporanea «Facility» militare per lo stesso Paese, istituita con la già citata decisione n. 2024/890, che ha destinato allo Strumento europeo per la pace un importo aggiuntivo di 5 miliardi di euro (definito come «importo de-

le Regolamento è fondato non soltanto sull'art. 212 TFUE, abituale base giuridica per l'assistenza macrofinanziaria ai paesi terzi, ma anche sull'art. 322, par. 1, TFUE, che concerne l'adozione delle regole finanziarie dell'Unione europea e la responsabilità degli agenti finanziari: una scelta che – a mio avviso – conferma il carattere ibrido del nuovo congegno finanziario, che univa ai tradizionali meccanismi macroeconomici nuovi elementi tipici degli strumenti alternativi d'intervento previsti e disciplinati dalla regolamentazione finanziaria dell'Unione europea.

44. Come si è detto in precedenza, la finalità essenziale dello Strumento consiste nel concentrare in un unico schema di sostegno tutte le iniziative prevedibili nel medio termine (2024-2027) a favore delle finanze ucraine, evitando nella misura del possibile eventuali sovrapposizioni con altri programmi o attività di intervento⁹¹. A tal fine, la *Facility* poggia su *tre pilastri* ben identificati dall'art. 1, par. 2, del Regolamento (Ue) n. 2024/792, ossia:

- *primo pilastro*: un *sostegno finanziario all'Ucraina* per la realizzazione delle riforme e degli investimenti volti ad attuare un piano di ricostruzione coerente e prioritario (“piano per l'Ucraina”) ed a mantenere la stabilità macrofinanziaria di tale Paese. Si tratta del settore d'intervento che presenta maggiori affinità con l'assistenza macroeconomica classica;

- *secondo pilastro*: uno specifico *quadro d'intervento* per sostenere gli investimenti e fornire accesso ai finanziamenti. La sua funzione innovativa consiste nel mobilitare investimenti pubblici e privati per la ricostruzione del Paese;

- *terzo pilastro*: l'*assistenza tecnica* ed il relativo sostegno per l'elaborazione delle riforme connesse all'eventuale adesione all'Unione europea, la promozione della capacità amministrativa del Paese e la copertura degli oneri finanziari. Tale settore riveste una funzione meramente accessoria rispetto agli altri due.

45. Il *primo pilastro* ha carattere macrofinanziario e presuppone necessariamente un programma dettagliato d'intervento, denominato «*Piano per l'Ucraina*», che deve essere predisposto dal Governo ucraino (in stretta collaborazione col Parlamento nazionale) tenendo conto della situazione e delle esigenze del Paese, e successivamente presentato alla Commissione, che lo esamina condividendone il testo col Parlamento europeo ed il Consiglio⁹². La valutazione della pertinenza, della completezza e dell'ade-

stinato») allo scopo specifico di fornire un sostegno supplementare alle forze militari dell'Ucraina.

⁹¹ Regolamento n. 2024/792, *loc. cit.*, considerando n. 13 ed art. 4.

⁹² *Ivi*, art. 14. I principi ed i contenuti qualificanti del piano sono elencati minuziosamente agli artt. 16 e 17 dello stesso Regolamento.

guatezza del piano, se comporta un giudizio positivo, implica una successiva decisione di esecuzione del Consiglio, che stabilisce non solo le riforme e gli investimenti da attuare, ma anche l'importo dei prestiti e delle sovvenzioni appropriate da erogare in sede macroeconomica, con l'indicazione dello scadenario e delle specifiche tecniche di accompagnamento⁹³. All'approvazione della valutazione del piano – ormai avvenuta il 14 maggio 2024⁹⁴ – consegue la materiale concessione del sostegno a fondo perduto (sovvenzioni a carico del bilancio europeo, incluse le sovvenzioni per oneri finanziari) e/o dei prestiti necessari: a tal fine, la Commissione è autorizzata, come da prassi costante, a reperire le risorse necessarie sui mercati finanziari per poi trasferirle alla Banca nazionale ucraina, previa conclusione di un accordo di prestito⁹⁵. Un apposito “quadro di valutazione”, istituito dalla Commissione, è destinato ad illustrare i progressi compiuti nell'attuazione del piano e gli eventuali correttivi da introdurvi⁹⁶.

46. Il *secondo pilastro* consiste in un quadro degli investimenti per l'Ucraina, nell'ambito del quale la Commissione fornisce a tale Paese un sostegno in termini di strumenti finanziari, garanzie di bilancio ed operazioni di finanziamento misto (pubblico e privato). Lo scopo precipuo di tali interventi, che devono essere coerenti con quanto stabilito nel Piano per l'Ucraina, mira al ristabilimento delle condizioni di vita normali in un Paese dilaniato dalla guerra, inclusi la protezione dell'ambiente ed il sostegno alle piccole e medie imprese⁹⁷. In particolare, l'accento viene posto sulla “garanzia per l'Ucraina” (pari a 7,8 miliardi di euro), congegno autonomo ideato per coprire – con un tasso di copertura iniziale del 70% – i rischi inerenti a tutte le tipologie di operazioni a sostegno dello strumento⁹⁸; ad essa possono inoltre contribuire, con versamenti aggiuntivi, anche gli Stati membri, i paesi terzi e gli operatori privati⁹⁹.

⁹³ Regolamento n. 2024/792, *cit. supra*, nota 90, art. 19.

⁹⁴ Con decisione di esecuzione (Ue) del Consiglio, del 14 maggio 2024, relativa all'approvazione della valutazione del piano per l'Ucraina, in *Gu-Ue* n. L del 24 maggio 2024. Con tale decisione l'Unione mette a disposizione dell'Ucraina un «contributo finanziario sotto forma di sostegno a fondo perduto» (in pratica, una sovvenzione) di 5 miliardi e 270 milioni di euro, ed un prestito dell'importo massimo di 27 miliardi di euro.

⁹⁵ Regolamento n. 2024/792, *cit. supra*, nota 90, art. 22, par. 2.

⁹⁶ *Ivi*, art. 21. Da notare che la procedura formale per le modifiche da introdurre al piano è prevista nei dettagli dall'art. 20 dello stesso Regolamento, e presuppone una nuova decisione di esecuzione del Consiglio.

⁹⁷ *Ivi*, art. 28. Tale disposizione mette l'accento sul coordinamento fra il quadro degli investimenti di cui al secondo pilastro ed il «piano per l'Ucraina» di cui al primo pilastro.

⁹⁸ *Ivi*, art. 31. Tale disposizione regola in dettaglio tale materia, che per la sua portata eminentemente finanziaria trascende i limiti del presente articolo.

⁹⁹ *Ivi*, art. 29.

47. Infine, il *terzo pilastro* presenta un carattere ancillare rispetto ai due precedenti pilastri, in quanto è diretto in sostanza a sostenere il progressivo allineamento dell'Ucraina all'*acquis communautaire* nonché a rafforzare le capacità dei portatori di interessi (parti sociali, società civile, autorità locali), a prevenire i conflitti ed a garantire la buona *governance* e la lotta alla corruzione¹⁰⁰.

48. Per l'insieme degli interventi previsti dai tre pilastri appena esaminati vale un finanziamento complessivo di 50 miliardi di euro, di cui 33 miliardi di euro sono riferiti ai prestiti da concedere a tassi agevolati, mentre 17 miliardi di euro riguardano le misure diverse dai prestiti e finanziate sul bilancio generale dell'Unione europea¹⁰¹, utilizzando la c.d. «*riserva per l'Ucraina*» di cui al quadro finanziario pluriennale per il periodo 2021-2027¹⁰². A tali importi possono eventualmente sommarsi, senza vincoli di ripartizione, risorse finanziarie aggiuntive versate dagli Stati membri su base volontaria, o anche da Paesi terzi, organizzazioni internazionali, istituzioni finanziarie internazionali o altre fonti: tali contributi costituiscono «*entrate con destinazione specifica esterne*» ai sensi dell'art. 21, par. 2, del Regolamento finanziario¹⁰³, e quindi sono soggetti a contabilità separata.

49. Se il nuovo strumento vanta obiettivi, generali e specifici, molto ambiziosi¹⁰⁴, non v'è da stupirsi che la condizionalità che deve accompagnare le misure di sostegno sia anch'essa molto rigorosa. Accanto ai tradizionali prerequisiti previsti in generale per la concessione dell'aiuto europeo¹⁰⁵, infatti, lo strumento prevede la conclusione di un «*Accordo quadro*» con la Commissione per la sua integrale attuazione: si tratta in buona sintesi di un documento che specifica gli impegni assunti dall'Ucraina, le garanzie per il loro rispetto, i controlli e la vigilanza in relazione al rag-

¹⁰⁰ Regolamento n. 2024/792, *cit. supra*, nota 90, art. 34. Tale disposizione contiene una descrizione dettagliata dei contenuti dell'assistenza tecnica. Il terzo pilastro viene anche utilizzato per coprire i costi delle sovvenzioni per gli oneri finanziari (di cui al primo pilastro) nonché delle garanzie di bilancio (di cui al secondo pilastro).

¹⁰¹ *Ivi*, art. 6. Dei suddetti 17 miliardi di euro, il 31% è impiegato sotto forma di sostegno finanziario a fondo perduto (sovvenzioni) di cui al primo pilastro, il 41% riguarda le spese di cui al secondo pilastro, ed il rimanente 28% concerne le spese di cui al terzo pilastro. Si veda anche i *considerando* n. 49 e n. 50 dello stesso Regolamento.

¹⁰² Regolamento (Ue, Euratom) n. 2018/1046 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2020, che stabilisce il quadro finanziario pluriennale per il periodo 2021-2027, in *Gu-Ue* n. L 433 del 22 dicembre 2020, p. 11, versione codificata al 2024, art.10-*ter*.

¹⁰³ Regolamento n. 2024/792, *cit. supra*, nota 90, art. 7, par. 1.

¹⁰⁴ La lista completa degli obiettivi generali e di quelli specifici auspicati dallo strumento per l'Ucraina è riportata nell'art. 3 del Regolamento n. 2024/792, *loc. cit.*

¹⁰⁵ Che ricalcano i già richiamati «criteri di Genval»: si veda l'art. 5 del Regolamento n. 2024/792, *loc. ult. cit.*

giungimento degli obiettivi¹⁰⁶, e ad esso si accompagnano le convenzioni di finanziamento per le sovvenzioni elargite a fondo perduto¹⁰⁷ e i già ricordati accordi di prestito. Il principio generale vuole che il sostegno all'Ucraina non venga concesso se non dopo l'entrata in vigore dell'insieme dei documenti in questione, che nel loro insieme garantiscono che siano rispettati tutti gli obblighi – politici, economici e finanziari – che incombono sul Paese beneficiario¹⁰⁸.

50. Lo Strumento per l'Ucraina prevede, in circostanze eccezionali debitamente giustificate (ad esempio l'aggravarsi della guerra in corso), anche la possibilità di erogazione di finanziamenti straordinari, destinati a mantenere la sua stabilità macrofinanziaria e promuovere il conseguimento degli obiettivi da raggiungere: anche in questo caso provvede il Consiglio con propria decisione di esecuzione, su proposta della Commissione¹⁰⁹. Analogamente, sono pure previsti, in casi particolari, prefinanziamenti fino al 7% del sostegno dopo l'approvazione del piano per l'Ucraina¹¹⁰, nonché finanziamenti ponte straordinari nelle more dell'approvazione di quest'ultimo¹¹¹.

c. Considerazioni finali

51. L'ambiziosa impalcatura concettuale dello Strumento dovrà ovviamente essere giudicata alla prova dei fatti. Per il momento, una delle sue caratteristiche costituisce in una certa misura la cartina al tornasole delle sue potenzialità e, nello stesso tempo, della sua fragilità: si tratta della *flessibilità* dello Strumento, menzionata, tra l'altro, ai *considerando* n. 44, n. 75 e n. 80 del Regolamento (Ue) n. 2024/792. Giova riportare la prima parte del *considerando* n. 44, la più marcante da questo punto di vista: «Date le incertezze legate alla guerra di aggressione della Russia, lo strumento dovrebbe essere uno strumento flessibile per consentire all'Unione di rispondere alle esigenze dell'Ucraina attraverso un pacchetto di strumenti diversificato (...)». In tale formula si potrebbe leggere un'implicita ammissione dell'incertezza che regna circa l'effettiva possibilità che

¹⁰⁶ In altre parole, si è in presenza di una riedizione del «*Memorandum of Understanding*» che accompagnava le decisioni di assistenza macrofinanziaria classica. Si veda l'art. 9 del Regolamento n. 2024/792, *cit. supra*, nota 90.

¹⁰⁷ Regolamento n. 2024/792, art. 10, *loc. cit.*

¹⁰⁸ *Ivi*, art. 9, par. 2 e 3.

¹⁰⁹ La materia è regolata dall'art. 13 del Regolamento n. 2024/792.

¹¹⁰ Sotto forma di prestito erogato nell'ambito del primo pilastro: art. 24 del Regolamento n. 2024/792.

¹¹¹ Sotto forma di prestiti per un periodo massimo di 6 mesi: art. 25 del Regolamento n. 2024/792.

l'adozione dello Strumento colga nel segno: anticipazione di uno scenario futuro fatto di pace e progresso, o soldi buttati al vento da chi fa finta di non vedere la realtà? Del resto, anche la già ricordata previsione di finanziamenti straordinari in «circostanze eccezionali», che sfugge alla logica della concentrazione in un unico blocco delle diverse forme di sostegno, implica una pudica cautela sull'esito finale della crisi e, quindi, sulla sorte dei finanziamenti europei. Ancora una volta, si ha l'impressione di un salto nel buio, nell'incertezza assoluta sui possibili esiti del conflitto in atto e sulle reali capacità del futuro Governo ucraino di reggere il confronto con le aspettative di rinnovamento che lo attendono.

52. Una prova ulteriore delle preoccupazioni che, pur non essendo espressamente enunciate nell'articolato dello Strumento, ne accompagnano il contenuto consiste nel ricco armamentario di controlli miranti a tutelare gli interessi finanziari dell'Unione europea. Oltre alla rigorosa condizionalità che, come si è appena ricordato, circonda la concessione del sostegno, lo Strumento prevede una sfilza di *sistemi di sicurezza* miranti ad evitare qualsiasi falla nell'utilizzazione delle forme di assistenza generosamente concesse da parte europea: basti menzionare le varie misure di tutela contro le frodi e la corruzione¹¹², l'istituzione di una «*commissione di audit*» in funzione preventiva rispetto alle richieste di pagamento¹¹³, il singolare «*dialogo sullo strumento per l'Ucraina*» che la Commissione dovrebbe intrattenere col Parlamento europeo¹¹⁴, il continuo monitoraggio circa l'attuazione dello Strumento¹¹⁵, nonché le relazioni di valutazione – intermedia e finale – sui risultati ottenuti da presentare al Parlamento europeo ed al Consiglio¹¹⁶. Non è chiaro se tali disposizioni debbano essere interpretate come una normale forma di protezione degli interventi finanziari di un investitore avveduto, o quali elementi rivelatori di preoccupazioni ben maggiori sulla reale tenuta dell'Ucraina e sull'affidabilità degli impegni da essa sottoscritti circa il suo futuro istituzionale.

53. Comunque, apprezzabile appare l'abilità dell'Unione europea nell'escogitare congegni giuridici sempre più complessi ed articolati, capaci in astratto di coprire un'amplissima gamma di misure di sostegno. Se la fantasia dei giuristi e degli economisti al suo servizio abbia o meno generato un irrocervo prodigioso oppure un pozzo senza fondo nel quale il contribuente europeo è destinato a perdere ogni speranza, è presto per giu-

¹¹² Regolamento n. 2024/792, art. 35.

¹¹³ *Ivi*, art. 36.

¹¹⁴ *Ivi*, art. 37. Non è chiaro come tale dialogo dovrebbe svolgersi: forse come un *blog* nei *social*?

¹¹⁵ *Ivi*, art. 39.

¹¹⁶ *Ivi*, art. 40.

dicare. Occorrerà che lo Strumento sia messo in condizione di funzionare correttamente e possa produrre gli effetti desiderati: ma, come dice il poeta, «*di doman non c'è certezza*»¹¹⁷.

Antonio Aresu*

SINTESI

Il caso ucraino è il classico esempio di quanto sia difficile sostenere la bilancia dei pagamenti di un Paese in guerra, nella prospettiva di un conflitto di cui non si intravede la fine e di un processo di ricostruzione tutto da definire. L'Unione europea ha inizialmente utilizzato lo strumento dell'assistenza macro-finanziaria, della quale ha maturato negli anni precedenti una lunga esperienza, calibrando progressivamente gli interventi in funzione delle necessità del Governo ucraino e dell'ampiezza della crisi finanziaria del Paese assistito, per poi riflettere sulla definizione di strumenti d'intervento più incisivi ed efficaci. In tale ottica nasce pertanto lo «Strumento per l'Ucraina», che nelle intenzioni dei suoi ideatori dovrebbe coniugare il consueto sostegno al bilancio, affinato attraverso la definizione di un «Piano per l'Ucraina», con un complesso quadro per gli investimenti indispensabili ai fini del rilancio dell'economia del Paese. Un quadro giuridico innovatore ed ambizioso, dunque, del quale solo nel futuro si potranno valutare gli effetti.

ABSTRACT

The Ukrainian case is the classic example of how difficult it is to sustain the balance of payments of a country at war, in the perspective of a conflict with no end in sight and a reconstruction process that is yet to be defined. The European Union has initially provided Ukraine with macro-financial assistance, of which it has gained a long experience in previous years, progressively calibrating interventions in view of the needs of the Ukrainian government and the extent of the financial crisis in the assisted country, and then reflecting on the definition of more incisive and effective financial instruments. With this in mind, the «Instrument for Ukraine» was born, which in the intentions of its creators should combine the usual budget support, refined through the definition of a «Plan for Ukraine», with a complex framework concerning the investments essential for the relaunch of the country's economy. An innovative and ambitious legal apparatus, therefore, whose effects can only be assessed in the future.

¹¹⁷ LORENZO DE' MEDICI, «*Il trionfo di Bacco e Arianna*» o «*Canzona di Bacco*», verso quarto, in *Canti Carnascialeschi*, Roma, Salerno editore, 1991.

* Avvocato cassazionista; ex Consigliere giuridico / Servizio giuridico della Commissione europea

LO SVILUPPO CULTURALMENTE SOSTENIBILE COME MODELLO PER COSTRUIRE IL BENESSERE ECONOMICO-SOCIALE DELLE COMUNITÀ

Sommario: **1. Premesse** - **2. Primi studi sullo SCS** - **2.1 Lo SCS in Puglia** - **2.2 Altre comunità analizzate** - **3. I Principi di SCS emergenti dal Rapporto CMCC** - **4. Novità dell'approccio dello SCS** - **5. Applicazione dei Principi di SCS** - **5.1 Effetti Sociali dello SCS** - **5.2 Strumenti analitici** - **5.3 Principi generali di Policy** - **6. Riflessioni finali.**

1. Premesse

Nella discussione accademica sulla sostenibilità, la cultura è spesso vista come un aspetto della identità locale, da preservare nell'ambito della ricerca di modelli di sviluppo focalizzati su temi quali la sostenibilità ambientale o la giustizia sociale. Finanziamenti ed altre iniziative a supporto della cultura tipicamente si soffermano sulla dimensione creativa o artistica, con minore attenzione per norme, costumi, tradizioni ed interazione col territorio, tutti elementi fondamentali della identità di una comunità.

Il presente studio, al contrario, si sofferma sullo Sviluppo Culturalmente Sostenibile (SCS), che si può definire come sviluppo economico basato sull'utilizzo delle risorse culturali di una comunità, che derivino dall'attività umana o dalle caratteristiche del territorio¹. Lo SCS si concentra dunque sulla cultura in senso ampio come motore di sviluppo sosteni-

¹ Tale approccio al concetto di cultura è coerente, ad esempio con la definizione fornita dal Vocabolario Online Treccani, che include fra le definizioni di cultura «Complesso delle istituzioni sociali, politiche ed economiche, delle attività artistiche, delle manifestazioni spirituali e religiose, che caratterizzano la vita di una determinata società in un dato momento storico». Sito www.treccani.it consultato il 10 aprile 2024.

bile, nella definizione classica di uso delle risorse che non priva le generazioni future di dette risorse².

Ulteriore premessa, basata su indicatori internazionali come l'*Happiness Index*, è poi che le comunità possono prendere parte attiva allo sviluppo della propria economia con modalità che preservano le proprie culture e tradizioni, con benefici non solo per la ricchezza materiale, ma per tutte le dimensioni del benessere individuale e sociale. Lo SCS fornisce così un modello di crescita economica che capitalizza sul capitale culturale, includendo attenzione a centri storici, edifici tradizionali e metodi di produzione, attività artigianali e conservazione di elementi morfologici e territoriali³. Va detto che l'uso e la conservazione del capitale culturale specifico di una comunità è un modello alternativo alla pressione che la globalizzazione economica e culturale può imporre alle comunità⁴. Come si vedrà, per il funzionamento di tale modello, è infine necessario il supporto coordinato di classe politica, imprenditoria e società civile⁵.

2. Primi studi sullo SCS

La prima ricerca specificamente dedicata ai principi dello SCS l'ho direttamente condotta nel 2023, utilizzando un finanziamento erogato in USA dal Consortium for Minority Serving Institutions and Community Colleges (CMCC) e che ha consentito di esaminare, in dieci città italiane piccole e medio-piccole, in quale misura le comunità e le *leadership* economiche e politiche hanno utilizzato le unicità del proprio capitale culturale come strumento di sviluppo economico armonico e duraturo. La ricerca successivamente trasmessa al CMCC (*Rapporto CMCC*)⁶ è stata il risultato di decine di interviste con amministratori, *manager*, imprenditori ed altri membri di dette comunità, supportati da documenti e dati forniti dai soggetti intervistati.

² La definizione originaria di Sviluppo Sostenibile risale al 1987 ed è fornita dal *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future* (Brundtland Report), secondo il quale: «Sustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs».

³ Gli esempi si riferiscono agli studi effettuati nel 2023, di cui si dirà oltre in dettaglio.

⁴ Il dibattito è aperto sul fatto che la globalizzazione causi effettivamente una pressione concorrenziale al ribasso fra Paesi. Per quanto riguarda le comunità locali, è difficile negare i rischi per quelle comunità che non sappiano trovare nello SCS elementi di unicità difficilmente replicabile. Per una disamina di detti rischi, v. O. CASS, (2018), *The Once and Future Worker: A Vision for the Renewal of Work in America*, Encounter Books.

⁵ V. par. 5, *infra*.

⁶ L. LANUCARA, (2023), *Final Report and Action Paper - Qualities and Application of Culturally Sustainable Development*, p. 2, manoscritto, in corso di pubblicazione.

Nel caso della Puglia, l'individuazione di diverse località rilevanti e la disponibilità di rappresentanti della Regione ha consentito una analisi complessiva dello sviluppo regionale. Le altre località analizzate si trovano nel Lazio, in Umbria, in Toscana ed in Emilia-Romagna. Si propongono nella successiva sezione i principali risultati del suddetto studio.

2.1 *Lo SCS in Puglia*

La Puglia ha saputo, negli ultimi vent'anni, proporre un modello di sviluppo economico particolarmente interessante, sotto la guida del Presidente della Giunta Regionale Nichi Vendola nel periodo 2005-2015, poi proseguita con l'attuale Presidente, Michele Emiliano⁷.

Durante questo periodo, la Regione ha superato la stagnazione in cui era entrata dalla fine della Guerra Fredda⁸. Ciò è stato possibile attraverso una varietà di politiche concertate. In primo luogo, si è puntato sulle tradizioni e sulle bellezze naturali in precedenza non sfruttate, supportando il tutto con il *marketing* territoriale effettuato dall'Agenzia Puglia Promozione⁹ e con vari strumenti di supporto finanziario all'imprenditoria¹⁰. Ciò ha favorito, ad esempio, la rinascita delle Masserie fortificate, spesso risalenti al Diciassettesimo/Diciottesimo Secolo e passate da uno stato di abbandono al loro utilizzo come *resort* turistici di qualità, più spesso nella Puglia Centrale. Ciò è stato possibile attraverso la sottrazione del controllo del territorio a gruppi criminali¹¹ ed al fiorire di investimenti privati grazie alla combinazione di maggiore sicurezza e supporto pubblico¹².

⁷ Le prossime elezioni regionali si terranno fra fine 2025 ed inizio 2026.

⁸ Per una disamina del tema, v. S. PONS - A. ROCCUCCI e F. ROMERO, *L'Italia Contemporanea dagli Anni Ottanta a Oggi*, vol. 1, *Fine della guerra fredda e globalizzazione*, Roma, Carocci, 2014.

⁹ Puglia Promozione è stata costituita nel 2011 con l'obiettivo di rappresentare la Regione unitariamente nei mercati del turismo nazionale ed internazionale.

¹⁰ Un quadro complessivo esauriente è stato fornito all'Autore in una intervista con la Direttrice del Dipartimento dello Sviluppo Economico e con la Posizione Organizzativa Progetti Strategici per lo Sviluppo Economico della Regione Puglia per il Rapporto CMCC, *cit. supra*, nota 6.

¹¹ L'evoluzione di Fasano e del territorio circostante dalla crisi e dalla ramificazione della criminalità al presente di località di punta del turismo di alta gamma che ha ospitato il G7 del 2024 è efficacemente descritta nell'articolo di O. MARTUCCI, del 2 ottobre 2023, sul *Quotidiano di Puglia* dal titolo *Dall'Epoca d'Oro del Contrabbando a sede del G7: la svolta coraggiosa di Fasano*. Tale ricostruzione è anche stata confermata nell'intervista tenuta con l'Assessore al Turismo della città di Fasano per il Rapporto CMCC, *cit. supra*, nota 6.

¹² Le strategie regionali di supporto al turismo sono descritte nel *Piano Strategico del Turismo 2016-2025*, accessibili sul sito www.partecipazione.regione.puglia.it, consultato il 17 febbraio 2024. Ulteriori conferme sull'evoluzione del turismo in Italia si trovano sul *Sole 24 Ore* del 30 maggio 2022: V. RUTIGLIANO, *In Puglia boom di investimenti: la corsa alle masserie di lusso*.

Il flusso turistico ha ricevuto un supporto fondamentale dalla qualità delle spiagge e del mare, oggetto di studi e pianificazione da parte di autorità pubbliche e centri di ricerca¹³. D'altra parte, anche il turismo più orientato alla natura ed alla serenità ha trovato uno sbocco nell'entroterra, in particolare nell'area della Valle d'Itria¹⁴. Il Salento e le spiagge dell'area garganica, anch'esse rilevanti, hanno seguito diversi approcci, pur sempre in un contesto di graduale crescita¹⁵. Tutto ciò è avvenuto senza marginalizzare, ed anzi valorizzando viepiù il settore agroalimentare che, assieme al turismo, resta fondamentale nella economia regionale¹⁶.

La Regione ha, altresì, lavorato a diversificare le altre attività economiche, in particolare in relazione al venire meno dell'importanza dell'industria pesante, per la crisi del settore siderurgico (Taranto ospita acciaierie di grandi dimensioni) e del settore chimico, la cui presenza a Brindisi è in continuo calo come attività e numero di impiegati¹⁷. Tale crisi è diventata opportunità, in quanto ha significato la riduzione di attività incompatibili con la tutela della salute e dell'ambiente, così come con lo sviluppo turistico alla base della crescita economica pugliese. Come vedremo nella corrente sezione, tali attività sono state invece sostituite da altre pienamente compatibili con lo SCS.

Il recente successo dell'industria cinematografica, con serie e film prodotti in varie parti della Regione, è rilevante sia come settore economico in sé sia per l'effetto del *marketing* regionale¹⁸, supportato dalla Apulia Film Commission¹⁹. Altri settori di rilevante sviluppo sono stati l'energia alternativa, l'*information technology* ed i settori ad alta tecnologia, quali l'aerospaziale che, nel Distretto Tecnologico Aerospaziale, localizzato nei pressi di Brindisi, conta più 8.000 posti di lavoro qualificati ed interagisce

¹³ Si vedano, ad esempio, il 2020 Blue Economy Report della Agenzia Regionale per la Tecnologia e l'innovazione (ARTI) o il Piano Regionale per le Spiagge Pugliesi del Politecnico di Bari. V. versione online a <https://www.poliba.it/it/LIC/piano-regionale-delle-coste-della-puglia>, consultato il 18 febbraio 2024.

¹⁴ Una visione complessiva dei *trend* turistici in Puglia si trova in *I principali Trend del Turismo in Puglia*, pubblicato a febbraio 2023 dall'Ufficio Osservatorio di Puglia Promozione.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Una dettagliata analisi dell'economia pugliese si trova in Banca d'Italia (2023), *Economie Regionali. Economia della Puglia. Rapporto Annuale*.

¹⁷ La Regione, con una spinta verso l'energia alternativa cominciata nei primi anni Duemila, punta ora fortemente sulla produzione di idrogeno per rendere la Puglia un *hub* di energia pulita nell'ambito dei propri obiettivi per il 2030, discussi anche con la Commissione europea. Si veda il comunicato stampa del 5 dicembre 2023 #H2PugliaEurope2030, il presidente Emiliano presenta a Bruxelles la strategia regionale per l'idrogeno.

¹⁸ Per una visione completa del ruolo della cultura per lo sviluppo economico in Puglia, si veda *PiiiL Cultura in Puglia. Piano Strategico della Cultura 2017-2026*, pubblicato dalla Regione nel 2019.

¹⁹ La Apulia Film Commission è stata costituita nel 2007 e gestisce vari finanziamenti ed iniziative, illustrate online su www.apuliafilmcommission.it, consultato il 22 febbraio 2024.

con lo sviluppo dello spazioporto di Grottaglie, il primo in Italia ed uno dei pochissimi in Europa²⁰.

Le azioni sopra descritte hanno permesso di uscire dal declino economico e morale successivo alla fine della Guerra Fredda, quando l'apertura di mercati del lavoro più economici avevano messo in crisi il ruolo che il Sud Italia aveva in precedenza. Inoltre, corruzione politica e crescita della criminalità soffocavano l'economia e la società pugliese. Il notevole cambiamento di direzione che è seguito è stato possibile non solo per la visione della *leadership* regionale, ma anche per un misto di azioni sia dall'alto sia dal basso, che hanno trasformato le attività economiche preservando il patrimonio culturale.

Il risultato di venti anni di queste politiche è chiaro: crescita economica spesso superiore alla media italiana (in alcuni anni anche a quella comunitaria), rientro di lavoratori emigrati negli anni passati, marginalizzazione della presenza criminale nell'economia in gran parte della Regione nonché rafforzamento e crescente orgoglio verso cultura e tradizioni locali. In un contesto di SCS, si tratta di risultati che costituiscono parte integrante del successo della Regione.

Ovviamente, permangono questioni che vanno risolte, quali la congestione stradale in molte delle città grandi e medie, le insufficienze del sistema sanitario, infrastrutture viarie e ferroviarie che non corrispondono all'elevato livello raggiunto dal sistema aeroportuale in anni recenti, turismo troppo spinto in certe aree della regione e destabilizzanti conflitti politici in anni più recenti²¹. Inoltre, malgrado l'approccio costruttivo a livello regionale, l'efficacia a livello locale può essere compromessa se le componenti politiche, imprenditoriali e sociali non si impegnano attivamente in ogni comunità verso questo modello di sviluppo economico.

Per queste ragioni, non ogni comunità è stata capace di beneficiare allo stesso modo di queste opportunità di crescita complessiva, in parte per diseguali risorse di SCS, ma anche per diversi livelli di impegno da parte della *leadership* politica, dal mondo commerciale e dalla società civile. Il territorio di Fasano, che include bellissime spiagge e *Masserie* in Puglia centrale, ha avuto lo sviluppo più spettacolare, passando dall'essere sostanzialmente controllata dalla criminalità e socialmente depressa venti anni fa a diventare un centro di turismo di gamma di rinomanza mondiale,

²⁰ Dati forniti in una intervista con il Presidente del Distretto Tecnologico Aerospaziale per il Rapporto CMCC, *cit. supra*, nota 6.

²¹ Al momento della redazione di questo studio, vi sono contrasti sia a livello locale sia con il governo nazionale di centro-destra. D'altra parte, la scelta del Presidente del Consiglio Meloni di tenere il G7 nel territorio di Fasano fornisce una forte ulteriore visibilità alla Regione.

selezionato dal Governo Meloni per ospitare il G7 nel 2024²². Di contro, Trani, una città di grande potenziale, non riesce a beneficiare appieno di questi vantaggi per l'apparente indifferenza delle componenti locali. Nella Valle d'Itria c'è una dicotomia simile: Locorotondo e Cisternino, due cittadine attraenti ma con centri storici di piccole dimensioni, hanno saputo utilizzare e mantenere il proprio patrimonio culturale con molto più profitto di Martina Franca, tradizionale punto di riferimento dell'economia dell'area che ha un centro storico assai più grande e di maggior pregio rispetto alle città vicine di maggiore successo²³.

Situazioni più complesse si presentano nelle città di Ostuni e di Taranto.

Ostuni ha una economia tradizionale basata sull'agricoltura, mentre negli ultimi decenni ha acquisito fama come destinazione turistica per via della propria posizione, con la vista di una splendida valle coperta di ulivi ed il mare, oltre ad un bellissimo centro storico. Ciò nonostante, ci sono dubbi sulla sostenibilità del modello economico locale. Secondo un operatore turistico intervistato nel 2023, ci sarebbero non più di quindici persone che vivono tutto l'anno nel centro storico, che è interamente utilizzato per affitti Airbnb²⁴.

Ciò evidenzia le contraddizioni socioeconomiche della *Airbnb Economy*, nell'ambito della quale la conversione in affitti turistici assicura che gli appartamenti tradizionali siano mantenuti in buone condizioni e forniscano fonti di reddito aggiuntive alla popolazione locale, ma d'altra parte la cultura locale e l'identità possono essere perse, con conseguenze negative per la comunità, sia nell'immediato sia nella lunga durata²⁵. Un impe-

²² V. *supra*, nota 11.

²³ Nel caso di Martina Franca, interviste condotte con molti giovani imprenditori nell'ambito del Rapporto CMCC (*cit. supra*, nota 6) hanno d'altra parte evidenziato una spinta dal basso a riscoprire mestieri e professioni che sono in grado di riattivare il potenziale della città. In dette interviste, è emerso pessimismo verso la pubblica amministrazione, ma grande fiducia verso la potenzialità di Martina Franca. Ove si potesse stabilire un migliore coordinamento con le strategie amministrative, Martina Franca potrebbe riuscire ad utilizzare costruttivamente il proprio patrimonio culturale.

²⁴ Non vi sono statistiche ufficiali sul numero esatto di residenti effettivi ed appartamenti utilizzati a scopi turistici nel centro storico di Ostuni, data anche la difficoltà di valutare l'incidenza del sommerso. Un indizio cogente è però fornito da un *test* effettuato il 5 febbraio 2024 sul sito Airbnb.com, che ha rivelato circa 1.000 proprietà disponibili alla voce "Centro Storico, Ostuni". Considerato che l'intero territorio di Ostuni (che include anche la parte recente della città, dove vive gran parte della popolazione, le località marine e l'agro) conta meno di 30.000 abitanti con un *trend* discendente, l'affermazione riportata nel testo sullo spopolamento totale del centro storico non sembra lontana dalla realtà.

²⁵ Una città non abitata finisce con l'apparire artificiale e le tradizioni culturali diventano imitazioni della tradizione di una cultura, ma con una sempre maggiore mancanza di identità per i residenti. Inoltre, in un contesto incontrollato di locazione turistica, il mercato finirebbe con l'essere controllato da società o individui facoltosi, privando la cittadinanza nel lungo periodo non solo della propria cultura ma anche di queste fonti di reddito. Questo tipo di problematiche viene peraltro riscontrato in varie città europee, quali ad esempio Firenze e Barcellona. Cfr. *Florence bans new short-term rentals in historic center*, Reuters, 3 ottobre 2023 and

gno di tutte le componenti – *leadership* politica, imprenditoria e società civile – sembra necessario a identificare il migliore bilanciamento di lungo periodo per questo territorio.

Taranto, con una popolazione di 200.000 abitanti, è una città di contraddizioni. Fu una potente colonia spartana prima di cadere sotto il controllo di Roma. In tempi moderni ha avuto cantieri navali, attività di pesca, attività militari e turismo prima che la sua economia diventasse interamente dipendente dal più grande impianto siderurgico d'Europa, istituito nel 1965. Con la crisi di tale settore in Europa, la città ha perso opportunità economiche e si è trovata a combattere con problemi di contaminazione ambientale, con la più alta concentrazione di diossina in Europa e con un degrado sociale che ha portato ad alti livelli di criminalità²⁶. Parlando con gli amministratori locali, è stato possibile rilevare varie iniziative mirate al recupero ambientale, sostenibilità culturale e nuove opportunità industriali²⁷. Tale rimodulazione della città secondo principi di SCS è molto promettente. Ciò nonostante, la possibilità di un miglioramento stabile è resa fragile da diversi fattori: conflitti politici fra i partiti ed all'interno di essi; difficile relazione con il governo centrale; continue modifiche di approccio, per i frequenti cambiamenti di governi nazionali, su come gestire i problemi economici, sociali ed ambientali dell'acciaieria²⁸.

The Airbnb Invasion of Barcellona, The New Yorker, 22 aprile 2019. Una disanima organica dei temi legati alla *Airbnb Economy*, con una particolare attenzione ai diversi portatori di interesse, è fornita da S. R. H. HATI ed altri, *A decade of systematic literature review on Airbnb: the sharing economy from a multiple stakeholder perspective*, Helyon, Vol. 7, Issue 10, October 2021.

²⁶ La drammaticità della situazione venne resa efficacemente nello studio *Good morning diossina: Taranto, the toxic economic*, della Green European Foundation, nel quale si legge che: «According to data by the Italian National Institute of Emissions (INES), in recent years, Taranto accounted for 93% of all the dioxin and 67% of all the lead released in the country's atmosphere. The level of environmental pollution is so extreme that the health authorities were forced to outlaw pasture within a 20-km radius from the plant and to order in 2009 the cull of over 3,000 animals due to dioxin contamination». Sito internet <https://gef.eu/publication/good-morning-dioxina-taranto-toxic-economy/> consultato online il 19 febbraio 2024.

²⁷ Ad esempio, la riconversione degli altoforni per produzioni non inquinanti, la trasformazione di Taranto in un *hub* per l'idrogeno, la valorizzazione del turismo legato all'avvistamento dei delfini (fondamentali nella storia e mitologia della città), il rilancio di immagine come città ospitante dei Giochi del Mediterraneo nel 2026, il settore aerospaziale in relazione al vicino spazioporto di Grottaglie. Progetti esaminati nel corso di un incontro con il vice Sindaco di Taranto nell'ambito del Rapporto CMCC, *cit. supra*, nota 6.

²⁸ Al momento della redazione del presente studio, Arcelor Mittal intende fermare la produzione in via definitiva, mentre il Governo italiano sembra intenzionato a porre le acciaierie in amministrazione straordinaria sotto il controllo pubblico.

2.2 Altre comunità analizzate

Il Rapporto CMCC si concentra anche su varie città in Emilia-Romagna, Toscana, Lazio ed Umbria, caratterizzate dalla propria abilità di gestire unicità socioculturali e speciali caratteristiche del territorio. L'analisi di ciascuna di queste città, scelte per la loro dimensione e *focus* sulla cultura come definite in questo studio, ha consentito una migliore comprensione degli elementi fondamentali dei principi di SCS.

In Emilia-Romagna, ad esempio, Forlimpopoli, una cittadina di 13.000 abitanti, ha capitalizzato sul fatto di essere la città d'origine di Pellegrino Artusi, il primo e più famoso scrittore italiano di cucina, attivo nel periodo *post*-unitario. La cittadina ha identificato tale nascita come un vantaggio concorrenziale per la propria rilevanza e per lo sviluppo economico, fino a denominarsi "Città Artusiana"²⁹. Nel 1988 è stata istituita la Fondazione Artusi, sempre a Forlimpopoli, mentre l'anno successivo ha visto la fondazione di una scuola alberghiera, sempre dedicata ad Artusi. Nei primi anni Duemila, la creazione della splendida Casa Artusi come centro di iniziative culturali e gastronomiche ha moltiplicato gli effetti della Fondazione. Casa Artusi riceve circa 20.000 visitatori l'anno dall'Italia e dall'Europa (dati del 2107), evidenziando un interesse per la cittadina che non esisterebbe senza questa capitalizzazione della tradizione artusiana. Più di recente, la Fondazione ha cercato di aumentare ulteriormente la propria rilevanza, associandosi alla Accademia Italiana della Cucina al fine di predisporre la domanda all'UNESCO per il riconoscimento della cucina italiana come patrimonio dell'umanità³⁰.

Piombino è una cittadina della costa toscana abitata da 34.000 persone. Data la posizione geografica costiera, di fronte all'Isola d'Elba, Piombino ha una tradizione rilevante di pesca e turismo. Dalla fine del Diciannovesimo secolo l'economia della città è stata dominata dalla produzione siderurgica. Così come Taranto, questa città sta reinventando la propria economia guardando anche alla propria storia e alla propria tradizione³¹.

²⁹ L'enfasi su tale *marketing* culturale può, ad esempio, essere rilevato esaminando il sito www.forlimpopolicittartusiana.it del comune di Forlimpopoli, consultato il 22 febbraio 2024.

³⁰ La candidatura della cucina italiana come patrimonio UNESCO è preparata dal Governo italiano sulla base del *dossier* preparato da Casa Artusi, Accademia Italiana della Cucina e la rivista *La Cucina Italiana*. Comunicato stampa *La CUCINA ITALIANA candidata a patrimonio UNESCO grazie anche all'Accademia* del 23 marzo 2023 dell'Accademia Italiana della Cucina.

³¹ Sebbene l'industria siderurgica sia divenuta prevalente dal XIX secolo e l'agricoltura sia stata rilevante nell'entroterra, la pesca è sempre stata una risorsa fondamentale del territorio, come evidenziato dal fatto che già nel XIX secolo vi erano decisioni di autorità locali relative alla protezione di specifiche specie marine. Cfr. sito internet <https://www.archivitoscana.it/visti-da-vicino/la-vevtrina-dei-segreti/la-pesca-a-piombino>, consultato il 23 febbraio 2024.

Come emerso in colloqui con il maggiore imprenditore italiano di acquacultura, la cui azienda opera a Piombino, la comunità dovrebbe concentrarsi su attività analoghe per superare la dipendenza dai sussidi di disoccupazione per la morente attività siderurgica e per trovare un nuovo modello basato sulle proprie tradizioni compatibile con lo SCS. Ad esempio, riguardo l'acquacultura, essa consente di conservare l'identità culturale dell'area e, assieme alla qualità dei prodotti toscani, fornisce alla produzione un vantaggio concorrenziale non facile da superare da parte dei concorrenti che puntano soprattutto sul prezzo (come molti produttori cinesi o mediterranei)³². La città mostra un alto livello di supporto da parte delle autorità pubbliche ed entusiasmo per i principi di SCS da parte del mondo imprenditoriale. Lo sviluppo economico e la passione civica della Toscana creano un ambiente ideale per esplorare l'acquacultura e le altre attività basate sulla identità culturale del territorio e ai fini della propria rinascita economica.

Un altro importante esempio dei principi di SCS è Assisi, cittadina dell'Umbria con meno di 30.000 abitanti, notoriamente luogo di nascita di San Francesco alla fine del XII Secolo. Assisi da tempo basa la propria identità e parte significativa del proprio sviluppo economico sul turismo di ispirazione religiosa. Peraltro, la tradizionale devozione a San Francesco e a Santa Chiara è stata arricchita da quella al Beato Carlo Acutis, morto circa venti anni fa ed oggi venerato anche internazionalmente assieme ai due santi storici della cittadina. Le autorità locali tengono molto a preservare l'identità della comunità, tanto da ottenere dall'UNESCO la certificazione di patrimonio dell'Umanità non solo per il borgo, ma anche per l'intero territorio comunale, con un impegno che richiede stretti controlli per verificare il mantenimento delle caratteristiche del territorio³³. Il settore dell'ospitalità nell'area è assai complesso, con un *mix* di hotel tradizionali, B&B, case vacanze ed ospitalità religiosa. Quest'ultima, che richiederebbe un maggiore approfondimento, segue un percorso proprio ed è destinata essenzialmente ai pellegrini. Secondo quanto riferito da autorità lo-

³² L'agenzia statunitense *International Trade Commission* evidenzia la rilevanza dei mercati mondiali dell'acquacultura, che ha raggiunto un valore annuo di 204 miliardi di USD nel 2024 e raggiungerà i 262 miliardi di USD nel 2026, con il 70% della produzione concentrato nell'Estremo Oriente, Asia Meridionale ed Europa. Cfr. *Acquaculture Snapshot – Industry Summary*, reperibile sul sito internet <https://www.trade.gov/aquaculture-industry-summary>, consultato il 23 febbraio 2024. Secondo l'*Associazione Italiana Piscicoltori*, la produzione italiana nel 2022 era di solo 300 milioni di euro, dunque con grossi margini di crescita. Cfr. sito internet <https://www.acquacoltura.org/dati-produttivi-2022/>, consultato il 23 febbraio 2024.

³³ Dettagli forniti dal Responsabile dell'Ufficio Turismo e Marketing territoriale - Gestione Valorizzazione Patrimonio Culturale Artistico - Ufficio ONU, UNESCO, Sostegno alle Nazioni Unite in un'intervista per la preparazione del Rapporto CMCC, *cit. supra*, nota 6.

cali, difficoltà sono invece insorte per la gestione ottimale delle case vacanze, sia in termini di emersione del nero sia di impatto sull'identità della città. In ogni caso, Assisi dimostra un significativo livello di coesione fra tutte le proprie componenti nella conservazione degli elementi di SCS. Un limite importante è però la cattiva qualità delle infrastrutture, data la difficoltà di raggiungere Assisi con qualsiasi mezzo di trasporto³⁴.

L'ultima comunità analizzata è Tivoli, una cittadina laziale di 55.000 abitanti, posta a circa trenta chilometri a est di Roma. Tivoli ha tutti gli elementi per perseguire con successo lo SCS. Ha una ricca storia, con rovine dell'Antica Roma e splendide ville papali con fontane monumentali. Nel passato, Tivoli era così conosciuta per la sua bellezza che numerosi luoghi nel mondo ne hanno preso il nome, come il Jardin de Tivoli a Parigi o il Tivoli di Copenaghen. Oltre alla sua maggiore attrazione – la villa con giardini del XVI Secolo – la città ha uno splendido centro storico, risultato di varie fasi di sviluppo nei secoli. Nonostante i danni di una inondazione rovinosa agli inizi del XIX Secolo e dei bombardamenti alleati nella Seconda Guerra Mondiale, il centro storico è ben conservato e protetto dal traffico, rendendolo gradevole ed utilizzabile sia per i residenti sia per visitatori che ne apprezzano le camminate, il cibo ed i locali. La città sembra proporre uno sviluppo bilanciato fra le attività quotidiane della collettività e quelle dei visitatori. Il centro storico è abitato principalmente da residenti locali e personalmente, in una visita del 2023, ho potuto constatare che gli anziani erano pienamente integrati nella comunità, passeggiando nel centro ed intrattenendosi fra di loro e con altri residenti e visitatori di ogni età.

Sebbene siano necessari ulteriori approfondimenti, per inquadrare meglio l'applicazione dei vari elementi di SCS a Tivoli, un'analisi preliminare consente di suggerire che vi sia un bilanciamento fra identità culturale, sviluppo economico e benessere dei membri della società civile. Un ulteriore elemento da considerare è la vicinanza a Roma, che garantisce la possibilità di beneficiare di migliori possibilità di lavoro nella Capitale, facilmente raggiungibile via treno o autostrada³⁵.

³⁴ La rete autostradale serve l'Umbria in maniera insufficiente, mentre le connessioni ferroviarie ed aeree non sono migliori. Sarebbe, pertanto, necessario un forte intervento infrastrutturale per affrontare dette insufficienze e migliorare le opportunità di crescita economica della Regione.

³⁵ Tivoli può anche beneficiare della prossimità a Roma. Con la crescita a livello mondiale del lavoro in forma ibrida o remota, un numero crescente di persone può abitare in città come Tivoli, con trasferimenti meno frequenti per grandi città come Roma. Sull'evoluzione del lavoro post-Covid, si veda F. BARBIERI, *Da "agile" a "ibrido": così sarà il lavoro post-Covid*, in *Il Sole 24 Ore*, edizione online consultata il 13 ottobre 2021; Organizzazione Internazionale del Lavoro, *Il telelavoro durante e dopo la pandemia di COVID-19*, 2020; Banca d'Italia, *L'organizzazione del lavoro nella nuova normalità*, 2021.

3. I Principi di SCS emergenti dal Rapporto CMCC

Il Rapporto CMCC ha permesso di giungere ad importanti conclusioni sui principi fondamentali dello SCS. Quest'ultimo è il risultato di profonde interazioni fra *leadership* politica, visione imprenditoriale e coinvolgimento della società civile. Là dove apatia o attenzione solo al guadagno di breve termine sono divenuti prevalenti, diventa difficile ottenere risultati³⁶. D'altra parte, l'attuazione di principi di SCS permette uno sviluppo economico sostenibile di lunga durata e migliora la qualità della vita non solo economicamente, preservando cultura ed identità locali³⁷.

Le politiche di SCS dovrebbero basarsi su precise strategie volte non solo a preservare la cultura locale, come frequentemente è stato fatto per le politiche di sviluppo sostenibile, in particolare per il turismo³⁸, ma anche a identificarla come motore di sviluppo³⁹.

Ciò spesso richiede il supporto di autorità pubbliche a vari livelli (locale, regionale, nazionale od internazionale) come, nei casi studiati, la Regione Puglia, l'UNESCO per Assisi, il Comune di Fasano o le attività della Fondazione Artusi a Forlimpopoli⁴⁰. Altri importanti esempi di intervento pubblico sono costituiti dalla normativa adottata per supportare e rivitalizzare componenti essenziali delle culture locali, come avvenuto a livello nazionale con la legge n. 158/2017 (c.d. «Salva Borghi») per la riqualificazione e recupero dei centri storici nonché per la valorizzazione dei medesimi comuni⁴¹ e con un crescente numero di normative regionali⁴².

Va, però, osservato che la semplice guida da parte di autorità pubbliche non è sufficiente per attuare i principi di SCS. La Puglia fornisce a ri-

³⁶ Si veda il caso di Trani, par. 2.1, *supra*.

³⁷ Il rapporto fra SCS e qualità della vita, individuato durante le ricerche relative al Rapporto CMCC, deve essere analizzato più a fondo per produrre l'Indice dello SCS.

³⁸ Cfr. par. 4, *infra*.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Cfr. par. 2.1 e 2.2, *supra*.

⁴¹ In *Guri* n. 256 del 2 novembre 2017. Con dpcm del 23 luglio 2021 è stato poi pubblicato l'elenco di piccoli comuni (sotto i 5.000 abitanti) che potranno usufruire dei fondi assegnati alle azioni previste dalla normativa. Ulteriori fondi sono stati inoltre previsti nel PNRR, con lo stanziamento di oltre un miliardo di euro per due linee d'intervento: la Linea A, dedicata a Progetti pilota per la rigenerazione culturale, sociale ed economica dei Borghi a rischio abbandono e abbandonati, con una dotazione finanziaria di 420 milioni di euro, e la Linea B, dedicata a Progetti locali per la Rigenerazione Culturale e Sociale con una dotazione finanziaria complessiva di 580 milioni di euro.

⁴² Si vedano ad esempio la Legge Regionale Marche n. 29/2021, Sostegno alle iniziative integrate di riqualificazione e valorizzazione dei borghi e dei centri storici delle Marche e promozione e sviluppo del turismo diffuso e sostenibile, in *Bollettino Ufficiale* del 25 novembre 2021, n. 95, o la Legge Regionale Puglia n. 17/2023, Riconoscimento delle Isole Tremiti come luogo di libertà, integrazione europea, memoria, cultura, incanto e leggenda, *Bollettino ufficiale* del 20 giugno 2023, n. 58.

guardo un esempio molto interessante, visto che le iniziative sostenute dalla Regione hanno portato al successo solo ove vi sia stato un corrispondente interesse locale ed iniziative dal basso a supporto di tale strategia⁴³. Non tutti gli sviluppi sono accaduti nello stesso modo per cui la varietà di risultati e il livello di successo raggiunto nelle comunità esaminate (Fasano, Locorotondo, Martina Franca, Ostuni, Taranto, Trani) illustra questo tema. La qualità della *leadership* politica ed economica locale è dunque fondamentale per determinare il livello di attuazione dello SCS in una comunità.

Anche l'impegno della società civile è di fondamentale importanza. Da questo punto di vista, bisogna considerare la resistenza ad alcuni effetti della crescita economica (ad esempio l'aumento dei costi degli affitti causati dal turismo), lo *shock* culturale causato da iniziative pubbliche e dalle reazioni dei visitatori o, in alcuni casi, la difficoltà a comprendere il valore, in termini economici e di qualità della vita, derivante dal perseguire lo sviluppo economico attraverso la preservazione culturale⁴⁴.

Va anche considerato che un solo settore economico non può soddisfare tutte le necessità di una comunità in termini di SCS, per cui i diversi settori di sviluppo di un'area dovrebbero essere integrati attraverso lo SCS e valutati nella loro coerenza con tale modello di sviluppo⁴⁵.

Particolare attenzione va dedicata al fatto che gli esempi di maggiore successo di SCS utilizzano una combinazione di iniziative dall'alto e dal basso⁴⁶. Mentre entrambi i tipi di iniziative dovrebbero idealmente essere sviluppati insieme, non appare probabile che si possa avere sviluppo senza il supporto della popolazione locale. Gli esempi di Assisi e Locorotondo sono significativi. In contemporanea, Trani ha dimostrato che, ove vi sia apatia, malgrado l'enorme capitale culturale non si è riusciti a dare sbocco agli sforzi regionali.

Lo SCS si può manifestare attraverso varie attività economiche. Il turismo è quella più frequente ma, anche in quello stesso settore, esistono profonde differenze fra Ostuni, Locorotondo o Tivoli. Vi sono poi altre attività che possono portare al successo del modello di SCS. A Piombino, si sta affermando l'acquacultura, mentre in Puglia le forme di energia alter-

⁴³ Un importante sforzo in tal senso è stato prodotto in Puglia per la elaborazione del PIII, *cit. supra*, nota 18, per il quale incontri con la società civile sono stati tenuti in tutte le principali città pugliesi, per raccogliere proposte ed idee da parte della popolazione interessata. Informazioni raccolte in una intervista con il coordinatore ed autore principale del PIII in preparazione del Rapporto CMCC.

⁴⁴ Si vedano le difficoltà nel perseguire un pieno utilizzo del patrimonio culturale a Martina Franca per mancanza di iniziative in entrambe le direzioni. *V. supra*, nota 22.

⁴⁵ Per una visione analitica della economia italiana e delle varie regioni, si vedano i rapporti della Banca d'Italia, *cit. supra*, nota 16.

⁴⁶ *Cit. supra*, nota 22.

nativa e l'aerospazio sono state fondamentali per permettere lo sviluppo di un turismo sostenibile senza l'incompatibilità di fatto rappresentata dall'industria pesante a forte impatto ambientale, come quella siderurgica e chimica. Un ripensamento radicale dell'economia locale e dell'impatto ambientale sta creando a Taranto la possibilità di attuare con successo politiche di SCS, dopo anni di gravi danni all'ambiente ed alla salute legati alle acciaierie⁴⁷.

È, infine, necessario specificare che il vantaggio fondamentale del modello SCS è che si rivolge a tutti gli aspetti del benessere della comunità⁴⁸. Quando i membri di una comunità possono ottenere avanzamento economico e sicurezza senza il senso di perdita culturale ed incertezza derivanti dalla globalizzazione economica e culturale, la qualità della vita cresce sia in senso economico sia psicologico. Per questa ragione il PIL, seppure importante, è solo uno degli aspetti necessari per il successo dello SCS.

Il Rapporto CMCC conclude pertanto che «communities can find in their culture an engine of economic development that preserves their identity and quality of life while ensuring a competitive advantage that, due to its cultural uniqueness, is not threatened by the downward price pressure of globalization»⁴⁹.

4. Novità dell'approccio dello SCS

Come detto, lo sviluppo sostenibile è tradizionalmente definito come un modello che soddisfa le necessità del presente senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare le proprie necessità⁵⁰, con l'attenzione focalizzata sulla conservazione delle risorse naturali⁵¹.

⁴⁷ Cfr. *supra*, nota 26.

⁴⁸ Questo tipo di principi in relazione allo sviluppo economico accompagnano aspetti di pianificazione urbana quali le città a 15 minuti, v. *infra*, nota 84, oppure il *Better Life Index* della OCSE, v. *infra*, nota 86.

⁴⁹ Rapporto CMCC, v. *supra*, nota 6, p. 4.

⁵⁰ *Cit. supra*, nota 2.

⁵¹ Da rilevare che dei 17 obiettivi dell'Agenda 2030 cinque riguardano direttamente temi ambientali (6. *Clear Water and Sanitation*, 7. *Affordable and Clean Energy*, 13. *Climate Action*, 14. *Life Below Water*, 15. *Life on Land*); sei sono focalizzati su temi di equità sociale (1. *No Poverty*, 2. *Zero Hunger*, 5. *Gender Equality*, 8. *Decent Work and Economic Growth*, 10. *Reduced Inequalities*, 16. *Peace, Justice and Strong Institutions*); l'ultimo è programmatico sulla *partnership*, e nessuno dei rimanenti riguarda direttamente la cultura.

In tale contesto, la cultura è tipicamente considerata secondaria o qualcosa da cercare di preservare mentre si raggiungono gli obiettivi più tipici dello sviluppo sostenibile⁵².

Quand'anche gli aspetti culturali siano considerati per la propria capacità di generare profitto, l'attenzione resta comunque sulla loro conservazione ed integrazione in altre dimensioni di sviluppo. Questo approccio è supportato dall'UNESCO, l'agenzia ONU che si occupa di educazione, arte, scienze e cultura⁵³.

Il ruolo accessorio della cultura nell'ambito dello sviluppo sostenibile emerge anche da una lettura degli obiettivi dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite⁵⁴. Sia i diciassette obiettivi che i *Targets* ed *Indicators* che li supportano sono prevalentemente concentrati su obiettivi ambientali, economici e di equità che non presuppongono necessariamente la salvaguardia degli aspetti di cultura tradizionale o, in alcuni casi, possono arrivare a presupporre la sostituzione in linea con obiettivi globali⁵⁵.

⁵² In questo senso, è significativo il seguente estratto dal sito internet dell'UNESCO: «If the SDGs are grouped around the economic, social, and environmental objectives as the three pillars of sustainable development, then culture and creativity contribute to each of these pillars transversally. The economic, social, and environmental dimensions of sustainable development, in turn, contribute to the safeguarding of cultural heritage and nurturing creativity». Estratto da *Culture: at the heart of Sustainable Development Goals*, The UNESCO Courier, 11 aprile 2017, reperibile all'indirizzo <https://courier.unesco.org/en/articles/culture-heart-sustainable-development-goals>. Consultato 5 febbraio 2024.

⁵³ Di seguito un ulteriore significativo estratto dal sito internet dell'UNESCO: «The integration of culture in development processes, strategies and policies at the national level is already well underway across the broad public policy spectrum, from reducing poverty through jobs, skills and employment in the cultural sector, to strengthening quality education for all and social justice, to providing context-relevant responses to foster environmental sustainability. UNESCO is engaged in providing a comprehensive support to Member States for the design, adaptation and implementation of their public policies by developing mechanisms and tools to document and measure the impact of culture on sustainable development from an integrated and comprehensive perspective. Culture should not be considered as a policy domain in isolation, but rather as a cross-cutting dimension that may foster a paradigm shift to renew policymaking towards an inclusive, people-centered and context-relevant approach». Cfr. <https://www.unesco.org/en/sustainable-development/culture>, consultato il 2 febbraio 2024.

⁵⁴ *Transforming our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development*. UN General Assembly, A/RES/70/1. Gli obiettivi sono: 1. *No Poverty*, 2. *Zero Hunger*, 3. *Good Health and Well-Being*, 4. *Quality Education*, 5. *Gender Equality*, 6. *Clear Water and Sanitation*, 7. *Affordable and Clean Energy*, 8. *Decent Work and Economic Growth*, 9. *Industry, Innovation and Infrastructure*, 10. *Reduced Inequalities*, 11. *Sustainable Cities and Communities*, 12. *Responsible Consumption and Production*, 13. *Climate Action*, 14. *Life Below Water*, 15. *Life on Land*, 16. *Peace, Justice and Strong Institutions*, 17. *Partnerships for the Goals*.

⁵⁵ Ciò può accadere se, ad esempio, specifiche tradizioni o attività economiche non sono in linea con i principi di equità ed impatto ambientale come definiti dell'Agenda 2030. Peraltro, il ruolo limitato della cultura nell'Agenda 2030 è stato stigmatizzato nel rapporto *Culture in the Implementation of the 2030 Agenda: a Report by the Culture 2030 Goal Campaign*, secondo il quale «*The reality is that references to culture in the SDGs are scarce and do not sufficiently acknowledge the many ways in which cultural aspects influence and contribute to sustainable development*». Culture2030Goal campaign (2019). *Culture in the Implementation of the 2030 Agenda*. Pubblicato a Barcellona, Parigi, Harare, Sydney, Montreal, l'Aia e Bru-

Le istituzioni dell'Unione europea hanno entusiasticamente adottato gli Obiettivi dell'Agenda 2030, stabilendo priorità per la cooperazione con gli Stati membri per la loro migliore realizzazione e ponendo ancora maggiore enfasi sulla rilevanza ambientale di detti obiettivi con il Green Deal europeo⁵⁶.

Anche quando l'espressione «sviluppo culturalmente sostenibile» è stata utilizzata in lavori accademici, l'attenzione era focalizzata sul tema classico della preservazione del capitale culturale (piuttosto che sul suo uso come motore di sviluppo)⁵⁷, sull'uso economico o impatto istituzionale dell'industria creativa (musica, arti visive, etc.)⁵⁸ o sulla sua rilevanza per obiettivi di giustizia sociale e per la protezione delle popolazioni indigene⁵⁹.

Pertanto, considerare la cultura nel senso più ampio indicato, proposto in questo studio, ossia come motore di sviluppo economico basato sulla sostenibilità di lungo periodo, con diffuso benessere individuale e sociale, rappresenta un nuovo approccio, sia per la produzione accademica sia per gli approcci istituzionali.

Lo SCS, perseguendo questi obiettivi, rappresenta la migliore opportunità per molte comunità locali per evitare stagnazione economica e la concorrenza al ribasso che la globalizzazione spesso impone, nonché per preservare un senso di appartenenza e realizzazione individuale e sociale che è essenziale per l'obiettivo fondamentale del benessere globale dei membri della comunità⁶⁰.

xelles. Il British Council è giunto a simili conclusioni nel rapporto *The Missing Pillar - Culture's Contribution to the UN Sustainable Development Goals*, pubblicato nel 2020.

⁵⁶ Commissione europea, comunicato stampa del 22 novembre 2016, IP 16 3883. Lo European Green Deal è incentrato sull'obiettivo di raggiungere la neutralità climatica entro il 2050.

⁵⁷ D. THROSBY, *Culturally sustainable development: theoretical concept or practical policy instrument*, *International Journal of Cultural Policy* vol. 23, n. 2 (20170304): 133-147.

⁵⁸ Un esempio di tale approccio si trova in S. KAYMAS, *Is development possible without cultural policies? Rethinking creative industries and sustainable development in the case of Turkey*, in *Creative Industries Journal*, vol. 13, n. 1 (20200102), pp. 72-92, o D. GALVAN, *The State Must Be Our Master of Fire: How Peasants Craft Culturally Sustainable Development in Senegal*, Berkeley, University of California Press, 2004.

⁵⁹ T. MACNEILL, *Culturally sustainable development: Maya culture, indigenous institutions, and alternative development in Guatemala*, in *Cultural Dynamics*, v26 n3 (201411): pp. 299-325.

⁶⁰ Lo SCS può anche essere interpretato alla luce dell'obiettivo 3: *Good Health and Well-Being*, ma ciò richiederebbe un riferimento più esplicito alla cultura nelle azioni e nelle politiche ispirate dall'Agenda 2030. Il Rapporto della *Culture 2030 Goal Campaign* indica anche altri obiettivi che andrebbero riletti riconoscendo un ruolo primario alla cultura. V. *supra*, nota 56.

5. Applicazione dei Principi di SCS

5.1 Effetti sociali dello SCS

Sebbene il Rapporto CMCC sia stato importante per una iniziale concettualizzazione delle caratteristiche e del potenziale dello SCS, molte delle implicazioni di questo approccio devono ancora essere esplorate.

Sussistono, in particolare, molte dimensioni del benessere individuale e sociale che traggono benefici in maniera evidente dallo SCS, ma per le quali andrebbero sviluppati metodi appropriati per una misurazione oggettiva. Una riflessione preliminare a questo riguardo porta ed evidenziare i seguenti temi⁶¹:

- Qualità della vita derivante dell'appartenenza ad una cultura locale e da un senso di trasferimento intergenerazionale del capitale culturale;
- Effetti sulla salute mentale ed inclusione di tutti i membri della comunità;
- Effetti sull'aspettativa di vita;
- Effetti di lunga durata su dinamiche sociali e natalità;
- Marginalizzazione dell'economia criminale.

Altro tema da approfondire è come l'applicazione di principi di SCS possa variare fra comunità più piccole e grandi città e, nel caso di queste ultime, come si interfacci con le proposte esistenti per migliorarne la vivibilità.

È evidente che molti di questi temi rivelano una continuità interessante con altri metodi analitici basati su una attenzione globale rivolte al benessere degli individui e delle comunità, come le *Blue Zones* ed il *World Happiness Report*⁶².

5.2 Strumenti analitici

La ricerca iniziale ha portato alla conclusione che due strumenti sono necessari per applicare concretamente i principi di SCS alle comunità locali interessate: un Indice dello SCS e le Linee Guida per lo SCS.

⁶¹ Rapporto CMCC, p. 24.

⁶² Il concetto delle Blue Zones, popolarizzato dall'esploratore del National Geographic Dan Buettner, studia le ragioni per le quali in alcune regioni del mondo, quali Okinawa e la Sardegna, vi è una longevità molto superiore al normale. I principi alla base di una vita più lunga e felice sono descritti in *Blue Zones of Happiness, The: Lessons From the World's Happiest People (The Blue Zones)*, 2017. The World Happiness Report, come spiegato nel proprio sito «(...) a partnership of Gallup, the Oxford Wellbeing Research Centre, the UN Sustainable Development Solutions Network, and the WHR's Editorial Board. The report is produced under the editorial control of the WHR Editorial Board». Consultato il 23 febbraio 2024.

L'Indice e la sua metodologia sono in corso di finalizzazione sulla base di ulteriori ricerche comparate riguardanti comunità isolate in diversi Paesi. L'obiettivo è produrre un Indice dello SCS entro la fine del 2024. Una volta completato, l'Indice potrà essere utilizzato da ogni comunità locale e pubblica autorità che riconosca le potenzialità dello SCS sul proprio territorio⁶³.

Le Linee Guida per lo SCS sono fortemente collegate con l'Indice, poiché costituiscono la base programmatica per le comunità, nonché la sostanza sulla base della quale valutare i criteri per la determinazione dei punteggi dell'Indice⁶⁴. Un decalogo preliminare di regole è stato identificato con il Rapporto CMCC, ma un'ulteriore ricerca è necessaria per incrementare la completezza della versione finale delle Linee Guida, anche sulla base delle ricerche da completare nel corso del 2024⁶⁵.

5.3 *Principi generali di Policy*

Malgrado la necessità di un Indice SCS, è fin d'ora possibile identificare alcuni strumenti preliminari e alcune aree di attenzione, che porteranno alla redazione di linee guida più complete⁶⁶.

Il primo elemento da considerare per supportare lo SCS è l'identificazione di attività economiche e caratteristiche culturali che possano rappresentare un vantaggio concorrenziale sostenibile per le comunità interessate⁶⁷. Queste possono rappresentare il motore dello sviluppo economico, ma devono anche essere difficili da replicare, di modo che la comunità possa servirsene sostenibilmente senza essere soggetta alla concorrenza al ribasso che possa derivare da alternative nazionali od internazionali⁶⁸. Il Rap-

⁶³ L'Indice sarà sviluppato secondo la metodologia del Rapporto CMCC, combinando ricerca, interviste ed osservazione diretta, che consentirà di misurare l'efficacia e l'intensità delle misure di SCS adottate.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Questa lista è riportata dal Rapporto CMCC, sezione 4.2.

⁶⁷ Tale circostanza è ad esempio alla base della discussione dell'estate del 2023 sulla preoccupazione in Puglia della concorrenza da parte delle località marine albanesi, più economiche. In tale occasione, il Ministro dell'Agricoltura ha evidenziato che le differenze fra l'offerta pugliese e quella albanese fa sì che non si tratti di una concorrenza sul prezzo ma di servizi differenti, per i quali chi ha meno elasticità sul prezzo può scegliere l'offerta albanese, mentre i turisti più focalizzati sulla qualità continueranno a recarsi in Puglia. Carlo Testa, "Lollobrigida risponde a Edi Rama: «Simpatico, ma l'offerta pugliese è di qualità più alta»", *Corriere della Sera*, Lecce, 11 agosto 2023.

⁶⁸ Nell'ambito delle teorie di *management* internazionale, questi principi sono spiegati con il "framework VRIO", che include rarità e capacità di imitare come elementi portanti fondamentali per conseguire un vantaggio competitivo duraturo. Cfr. M. PENG, *Global Business*, 4th ed., pp. 52-65, Cengage, 2018.

porto CMCC ha identificato soluzioni quali, ad esempio, l'acquacultura basata sulla denominazione d'origine a Piombino, la combinazione di masserie e spiagge nel territorio di Fasano e le tradizioni religiose e il turismo ad Assisi⁶⁹.

Il vantaggio concorrenziale in questi casi è che non vi sono soluzioni economiche che possono effettivamente rimpiazzare come fattore economico quelle proposte dalle comunità in esame. Si rinvengono località più economiche sulla costa orientale dell'Adriatico. Ma, seppure il mare appaia simile, il complesso storico-culturale pugliese non può essere replicato in Albania⁷⁰. Solo Assisi ha la ricchezza storica e religiosa legata alle figure di San Francesco e Santa Chiara, rendendo impossibile rimpiazzare la sua offerta⁷¹. Infine, l'acquacultura è offerta in grandi quantità in Cina e in Turchia, ma nessuno di questi prodotti ha la qualità conclamata ed il valore evocativo del cibo toscano⁷². D'altra parte, queste risorse debbono essere utilizzate in modo sostenibile, garantendo che la comunità possa continuare a beneficiarne per generazioni. Ostuni, in tale ottica, soffre degli stessi problemi già evidenziati in anni recenti in grandi città, come Firenze e Barcellona, nelle quali il prevalere della *Airbnb Economy* ha generato gentrificazione e spopolamento dei residenti nei centri storici⁷³.

Un secondo elemento fondamentale per utilizzare queste risorse in maniera armonica ed efficace è il principio di *Brain Gain*⁷⁴. In molte comunità, anche quando vi è un tentativo di preservare la cultura e le attività economiche, spesso le necessità economiche individuali spingono i giovani a partire dopo avere completato gli studi *in loco*. Per garantire il raggiungimento dello sviluppo economico e sociale, è necessario incrementare il trattenimento di queste risorse umane, favorire il ritorno di chi è parti-

⁶⁹ Cfr. par. 2.2 e 3, *supra*.

⁷⁰ V. *supra*, nota 67.

⁷¹ V. *supra*, note 33-34.

⁷² V. *supra*, nota 32, in relazione all'acquacultura.

⁷³ Alcune delle problematiche relative all'*over* turismo a Firenze ed in altre città europee è evidenziato dal *The Guardian* nell'articolo *Overtourism in Europe's historic cities sparks backlash*, disponibile online sul sito internet <https://www.theguardian.com/world/2020/jan/25/overtourism-in-europe-historic-cities-sparks-backlash>, consultato il 24 febbraio 2024. V. anche *supra*, nota 25.

⁷⁴ La Commissione europea, Migration and Home Affairs, definisce il Brain Gain come «The benefit to a country as a result of the immigration of a highly qualified person», further specifying that «This can apply to, for example, an EU Member State receiving a highly qualified migrant, as well as a third-country national returning to their country of origin». Cfr. il sito internet https://home-affairs.ec.europa.eu/networks/european-migration-network-emn/emn-asylum-and-migration-glossary/glossary/brain-gain_en, consultato il 24 febbraio 2024.

to e convincere i giovani a restare nell'area⁷⁵. Un risultato di questo genere è ad esempio reso possibile dall'industria cinematografica pugliese o dai posti di lavoro creati con il Distretto Tecnologico Aerospaziale⁷⁶. Tali opportunità devono essere poi sostenute da una formazione specializzata⁷⁷, che sia focalizzata sulla conservazione e sullo sviluppo del patrimonio culturale da utilizzare come base per lo SCS, ad esempio: alta formazione alberghiera e scuole casearie per preservare la produzione tradizionale di formaggio in Puglia.

Un'altra importante considerazione è come armonizzare ed integrare diverse attività economiche nell'economia delle comunità coinvolte in modo coerente con lo SCS⁷⁸. Normalmente, le attività di SCS non possono da sole coprire i bisogni dell'intera comunità, ma devono invece essere coordinate ed integrate con attività compatibili con il loro successo⁷⁹. Ad esempio, lo sforzo di trasformare Taranto, evitando la produzione tossica siderurgica come fonte di lavoro, in un *hub* di idrogeno verde. A Tivoli, il problema è, in parte, attenuato dal fatto che molti residenti sfruttano la vicinanza a Roma per lavorare. Il modello SCS deve includere un livello adeguato di *identity marketing*, nel senso che il patrimonio culturale della comunità non sia un tesoro nascosto, ma un *quid* che ha bisogno di essere pubblicizzato secondo le stesse regole che si applicano ad altre attività economiche⁸⁰. Inoltre, un piano completo ha bisogno di includere altre attività che possono essere di supporto a questo approccio di integrazione tra attività economiche e cultura. Ciò si può fare con un supporto ad attività tradizionali come il turismo religioso ad Assisi fino a nuove, ma culturalmente compatibili, attività come il settore aerospaziale in Puglia⁸¹. In tale ottica si pongono anche gli interventi pubblici volti a riqualificare i piccoli borghi, cui si è accennato par. 3 del presente studio⁸².

Anche lo sviluppo di infrastrutture di supporto è fondamentale. Lo sviluppo di ogni tipo di infrastruttura, a seconda delle caratteristiche del

⁷⁵ Questo processo è stato descritto da imprenditori e *manager* del settore del turismo dell'area di Fasano e Martina Franca in interviste condotte nell'ambito della preparazione del Rapporto CMCC, *cit. supra*, nota 6.

⁷⁶ Dati raccolti in una intervista con il Presidente del Distretto Tecnologico Aerospaziale nell'ambito del Rapporto CMCC, *cit. supra*, nota 6.

⁷⁷ Cfr. *infra*, nota 83.

⁷⁸ Cfr. *supra*, nota 45.

⁷⁹ Cfr. *supra*, par. 2.1, ad esempio, le informazioni sulla composizione della economia pugliese.

⁸⁰ Ad esempio, queste attività sono condotte con successo da Puglia Promozione, *v. supra*, nota 9.

⁸¹ Cfr. *supra*, note 20 e 76.

⁸² Cfr. *supra*, note 41-42.

territorio, è necessario per favorire sia le attività economiche sia l'accessibilità da parte di turisti e di altri *stakeholder*⁸³. In Puglia, ad esempio, vi è stato molto progresso grazie allo sviluppo del settore aeroportuale, ma le infrastrutture di trasporto terrestre sono ancora insufficienti⁸⁴ ed è necessario migliorare la pianificazione urbana per ridurre i problemi di congestione stradale rimanendo in linea, fra l'altro, con i principi delle «città a 15 minuti»⁸⁵, mentre per Assisi il problema è la cattiva qualità delle strade per giungere e per circolare in Umbria⁸⁶.

Perché il modello di SCS funzioni, è altresì necessario che sia pienamente inclusivo, transgenerazionale e multidimensionale⁸⁷. Sotto il primo aspetto, la sostenibilità di lungo periodo deve essere perseguita assieme ai risultati di breve periodo, obiettivo non facile da realizzare⁸⁸. Ad esempio, lo spopolamento di Ostuni non sembra compatibile con un mantenimento di lunga durata del suo patrimonio culturale. Inoltre, è necessario considerare il benessere in una visione olistica. Tutte le azioni delle autorità pubbliche devono rientrare in questa visione complessiva del benessere degli individui riconoscendo che, se la parte economica è fondamentale, lo scopo dello SCS è sia economico sia umano, sulla base della considerazione che la comunità include aspetti di identità, inclusione e salute mentale. A Piombino, ad esempio, gli effetti positivi della transizione da disoccupa-

⁸³ Cfr. *supra*, nota 34, sulle infrastrutture in Umbria.

⁸⁴ Valutazioni fornite dai funzionari dello Sviluppo Economico della Puglia *cit. supra*, nota 10.

⁸⁵ Il concetto di città a 15 minuti è stato inizialmente teorizzato dall'urbanista Carlos Moreno e rilanciato nel 2021 da un gruppo di ricerca coordinato da Moreno e che lo identificava come una possibilità per le città *post-Covid*. Esso si basa sulla visione di una città dove gran parte delle necessità e servizi possono essere raggiunti da ogni parte della città con 15 minuti di camminata, bicicletta od utilizzo di mezzi pubblici. V. Z. ALLAM - C. MORENO - F. PRATLONG, - D. CHABAUD e C. GALL, *Introducing the "15-Minute City": Sustainability, Resilience and Place Identity in Future Post-Pandemic Cities*, in *Smart Cities*, MDPI, 2021, 4 (1), pp. 93-111. Varie città, come ad esempio Parigi o Portland, hanno deciso di seguire i principi delle città a 15 minuti.

⁸⁶ L'aeroporto "San Francesco d'Assisi" di Perugia è l'unico dell'Umbria, mentre le autostrade E45-E55 hanno lavori continui. Cfr. anche *supra*, note 34 e 83.

⁸⁷ Cfr. la nota 90 sul perseguimento di questo tipo di approccio in Finlandia. Il bisogno di perseguire un approccio non esclusivamente economico è riconosciuto anche da organizzazioni internazionali quali l'OCSE nel *Better Life Index*, reperibile sul sito internet <https://www.oecdbetterlifeindex.org/>, consultato il 4 febbraio 2024.

⁸⁸ È illuminante in proposito esaminare le difficoltà incontrate da un *team* di tre studiosi con riguardo all'applicazione coerente degli obiettivi dell'Agenda 2030 in un modo che effettivamente non comprometta le risorse per le generazioni future. Gli autori del relativo studio hanno individuato le incoerenze e proposto approcci metodologici di profonda revisione. Cfr. M. LIM, P. S. JØRGENSEN e C. A. WYBORN, *Reframing the sustainable development goals to achieve sustainable development in the Anthropocene - a systems approach*, in *Ecology and Society*, Oct 2018, vol. 23, no. 3 (Oct 2018).

zione diffusa ad opportunità, quali quella dell'acquacultura, sono parte integrante di una visione programmatica basata sullo SCS⁸⁹.

L'ultimo punto importante da evidenziare è la necessità di sviluppare strategie cooperative. Le comunità che perseguono SCS hanno bisogno di supportare la cooperazione fra comunità limitrofe e componenti sociali⁹⁰. Ad esempio, le città di Martina Franca, Locorotondo e Cisternino condividono le opportunità fornite dalla bellezza della *Valle d'Itria*, ma per anni, invece di cooperare, sono state in concorrenza fra loro. Ciò non ha permesso per molto tempo di offrire una esperienza coordinata per il tipo di turismo attratto dall'area. L'approccio è cambiato di recente, contribuendo alla visibilità dell'area a livello nazionale ed internazionale, con effetti positivi sui flussi ed una gestione più sana ed efficiente del turismo⁹¹.

6. Riflessioni finali

In definitiva, la finalizzazione e sistematizzazione di questi principi generali e la loro riduzione a criteri misurabili ed applicabili è fondamentale per usare lo SCS come strategia efficace per supportare le comunità che desiderino perseguire tutte le dimensioni del benessere economico, psicologico e fisico nell'interesse dei membri presenti e delle generazioni future. Questo sforzo richiede iniziale coraggio, poiché si tratta di un'impostazione che appare non coerente con gli attuali *trend* di globalizzazione. Ciò nonostante, le politiche di SCS possono permettere sia un'apertura al mondo sia una protezione da pressioni globalizzanti grazie all'unicità della cultura locale che intendono preservare. Ciò può fornire un'attuazione bilanciata e sana della *stakeholder view* dell'economia che sta alla base dei più recenti approcci internazionali al *management* ed all'economia politica⁹².

⁸⁹ Ciò è stato evidenziato da rappresentanti del mondo economico e politico di Piombino, intervistati per il Rapporto CMCC. Analoghe considerazioni emergono da letteratura specializzata, ad esempio in S. JEONG e A. M. FOX, *Enhanced unemployment benefits, mental health, and substance use among low-income households during the COVID-19 pandemic*, in *Social Science & Medicine*, vol. 328, July 2023, p. 115973.

⁹⁰ Nel corso della preparazione del Rapporto CMCC ciò è emerso a più riprese, risultando determinante nelle sorti di località quali Taranto, Martina Franca o Piombino.

⁹¹ Informazioni fornite dal Sindaco di Martina Franca nel corso di un'intervista per la preparazione del Rapporto CMCC, *cit. supra*, nota 6.

⁹² Secondo la ricostruzione di Randall K. Morck, le teorie sugli *stakeholder* vengono create negli anni Trenta in Germania ed in USA. Cfr. R. K., MORCK, *A History of Corporate Governance around the World, Family Business Groups to Professional Managers*, NBER, 2005. Nel 1971 Klaus Schwab produsse un breve testo, mai tradotto dal tedesco, nel quale indicava che le società hanno un obbligo di considerare tutti gli *stakeholder* e pose tale principio alla base del World Economic Forum di Davos. Questi principi sono poi stati resi popolari da Ed-

La corretta attuazione dello SCS porterà sviluppo economico più stabile, in quanto il vantaggio competitivo fornito dalla cultura delle comunità non può essere sopravanzato da concorrenti più economici e, grazie alla conservazione intergenerazionale ed alla trasmissione della cultura, fornisce un senso di appartenenza e di comunità che risponde alla necessità di benessere in maniera molto più completa della semplice produzione di PIL⁹³.

La sfida essenziale per governi e comunità locali che riconoscono questi vantaggi è di sviluppare politiche e strumenti amministrativi che coinvolgano tutte le componenti nel supporto di azioni di SCS. Tale collaborazione renderà i membri delle comunità coinvolte *stakeholder* attivi, con vantaggi sia nel breve sia nel lungo periodo, anche grazie al coinvolgimento emotivo ed al trasferimento di benessere intergenerazionale⁹⁴. Tutto ciò al fine di scongiurare gravi rischi di declino economico, culturale e sociale.

Lucio Lanucara*

SINTESI

Lo Sviluppo Culturalmente Sostenibile (SCS) è un settore dello sviluppo sostenibile che si focalizza sulla cultura nel senso più esteso, includendo non solo il patrimonio culturale, ma anche le attività economiche, i centri storici ed altri edifici e manufatti umani, le interazioni sociali, il rapporto della popolazione con le risorse naturali e paesaggistiche ed in definitiva tutto ciò che contribuisce alla identità e trasmissione del sapere di una comunità. L'Autore ha per primo teoriz-

ward Freeman nel 1984 con il testo «*Strategic Management: A Stakeholder Approach*». Sebbene l'attuale formula dei principi ESG sia più focalizzata sulla dimensione globale di tali principi, un approccio di SCS si basa necessariamente sul fatto che, quando ci si concentra sul benessere e sul capitale culturale delle comunità, l'attenzione va invece posta in primo luogo sugli *stakeholder* locali direttamente coinvolti in questi processi.

⁹³ È significativo quanto affermato nel 2019 dal Ministro degli Affari Sociali e la Cultura della Finlandia, Pirkko Mattila, secondo il quale economia e benessere si rafforzano a vicenda. In particolare: «Economic growth improves people's wellbeing, whereas wellbeing and health of the population enhance economic growth and stability. This interlinkage must be better recognised. In Finland, we are putting forward a holistic approach to this question that requires horizontal thinking and cross-sectoral co-operation. We call this approach, the Economy of Wellbeing». Intervista *online* reperibile all'indirizzo <https://www.openaccessgovernment.org/the-economy-of-wellbeing/59441/>, consultata il 4 febbraio 2024. Lo SCS va nella stessa direzione del Governo finlandese, supportando una distribuzione inclusiva e bilanciata del benessere, che porti ad una sostenibilità transgenerazionale.

⁹⁴ Per il trasferimento di benessere intergenerazionale ed il rapporto con uno sviluppo equilibrato, cfr. H. EHRLIC e F. T. LUI, *Intergenerational Trade, Longevity, and Economic Growth*, in *Journal of Political Economy*, vol. 99, no. 5 (Oct. 1991).

* University of New Mexico

zato questo concetto in uno studio del 2023 per il *Consortium for Minority Serving Institutions and Community Colleges* in USA. Lo SCS consente di perseguire uno sviluppo sia umano sia economico che si basi sulle unicità della cultura di una comunità, proteggendola dalle pressioni della globalizzazione. Nell'articolo vengono descritte le indagini effettuate dall'Autore in numerose comunità italiane, i principi che ne derivano e gli elementi che porteranno alla finalizzazione di strumenti di misurazione e supporto alle amministrazioni e comunità interessate ad adottare questo modello si sviluppo.

ABSTRACT

Culturally Sustainable Development (CSD) is a branch of sustainable development which focuses on culture in its widest meaning, which includes not only cultural capital, but also economic activities, historic centers and other human buildings and manufacts, social interactions, the relationship of the population with natural resources and landscapes and other contributions to community identity and the transmission of knowledge. The Author first theorized this concept in a 2023 study sponsored by the Consortium for Minority Serving Institutions and Community Colleges. CSD allows to pursue humane and economic development based on a community's unique culture, thus reducing exposure to the pressures of globalization. The Article describes the investigations the Author carried out in several Italian towns, the principles that were consequently developed and the elements which will allow the finalization of measurement methods and support instruments for public administrations and communities interested in this development model.

L'INDIVIDUAZIONE DEL BENEFICIARIO DI AIUTI DI STATO

Sommario: **1.** *La nozione di impresa nella disciplina degli aiuti di Stato* - **2.** *L'importanza di individuare il beneficiario degli aiuti* - **3.** *Il beneficiario come insieme di soggetti giuridici. Il concetto di «unità economica»* - **3.1.** *Segue: l'«impresa unica» come beneficiaria degli aiuti de minimis* - **3.1.1.** *L'individuo come impresa ed elemento aggregante dell'impresa unica* - **3.1.2.** *Effetti della qualificazione dell'individuo come impresa sull'applicazione della definizione di PMI* - **4.** *Dal COVID all'Ucraina. L'individuazione del beneficiario degli aiuti di importo limitato* - **5.** *Considerazioni conclusive.*

1. La nozione di impresa nella disciplina degli aiuti di Stato

Quella di impresa è una nozione fondamentale nel contesto della disciplina degli aiuti di Stato. Lo è, innanzi tutto, perché, ai sensi del primo comma dell'art. 107 TFUE, uno dei requisiti essenziali perché l'intervento pubblico sull'economia costituisca, appunto, aiuto di Stato è che di esso beneficino imprese; lo è in quanto, ai fini della valutazione dell'ammissibilità di un aiuto e della sua compatibilità ai sensi del secondo o del terzo comma della stessa disposizione, deve essere individuato il soggetto economico che ne trae vantaggio: l'impresa appunto, non sempre coincidente col soggetto giuridico beneficiario formale. E, a seconda di come viene individuato tale soggetto, l'aiuto sarà compatibile o meno e ne sarà quantificata l'entità.

La nozione di impresa, nel contesto del diritto della concorrenza, si basa su un approccio funzionale, piuttosto che giuridico: secondo la costante giurisprudenza della Corte di giustizia, è impresa ogni entità che eserciti un'attività economica, intendendosi con questo termine qualsiasi

attività che consista nell'offrire beni o servizi in un determinato mercato; e ciò a prescindere dal suo *status* giuridico, dalle sue modalità di finanziamento, dalla natura pubblica o privata, dalla presenza o meno di finalità lucrativa¹. Può dunque essere considerato impresa un ente del terzo settore, ancorché non abbia finalità di lucro, se appunto la sua attività consiste nell'offrire beni o servizi sul mercato; così come può esserlo una singola persona fisica, come un libero professionista o un artigiano, anche se non è iscritto in nessun registro specifico²; ed è impresa un soggetto anche a totale controllo pubblico, se offre prestazioni in concorrenza con altre entità.

Il concetto è chiaramente illustrato nella Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato³, alla quale si rinvia. Ci preme in questa sede sottolineare alcuni aspetti della problematica particolarmente rilevanti.

Il carattere economico di alcune attività, ai fini che qui interessano, non dipende esclusivamente dalla loro natura (il fatto che quell'attività comporti l'offerta di beni o servizi), ma anche dal contesto nel quale sono svolte. Il documento della Commissione appena citato riporta, in particolare, i casi della sanità e dell'istruzione, che possono essere organizzate in maniera diversa nei singoli Stati. In un Paese come l'Italia, dove lo Stato garantisce, in ossequio ad un principio solidaristico, l'assistenza sanitaria e un determinato livello di istruzione scolastica, le stesse attività sono svolte anche dal mercato. Di conseguenza, sotto il profilo che qui interessa, non solo vi è differenza, ad esempio, tra un ospedale pubblico ed una clinica privata, ma quest'ultima, nella misura in cui integri, in base ad una convenzione col Servizio Sanitario Nazionale, l'attività di questo, pur svolgendo, oggettivamente, un'attività economica, esce dal campo di applicazione della disciplina degli aiuti di Stato.

Analogo ragionamento si può fare per la cultura e, soprattutto, per la gestione delle infrastrutture culturali. La Commissione, accogliendo le osservazioni dell'Italia, ha modificato la propria impostazione iniziale, dichiarando, nella Comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato, che «alla

¹ Si vedano, tra le altre, le sentenze 23 aprile 1991 in causa n. C-41/90, *Höfner e Elser*, EU:C:1991:161, punto 21; 17 febbraio 1993 in cause riunite n. C-159/91 e n. C-160/91, *Poucet e Pistre*, EU:C:1993:63, punto 17; 16 novembre 1995 in causa n. C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurances e altri*, EU:C:1995:392, punto 14; 12 settembre 2000 in cause riunite da n. C-180/98 a n. C-184/98, *Pavlov e altri*, EU:C:2000:428, punto 74; 10 gennaio 2006 in causa n. C-222/04,1, *Cassa di Risparmio di Firenze SpA e altri*, EU:C:2006:8, punto 107.

² Sull'individuo come impresa si vedano, *infra*, anche i par. 3.1.1 e 3.1.2.

³ Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in *Gu-Ue* n. C 262 del 19 luglio 2016, p. 1 ss.

luce del loro carattere specifico, talune attività concernenti la cultura, o la conservazione del patrimonio e della natura possono essere organizzate in modo non commerciale e, quindi, possono non presentare un carattere economico. Pertanto è possibile che il finanziamento pubblico di tali attività non costituisca aiuto di Stato». Di conseguenza, essa ha ammesso che «il fatto che i visitatori di un'istituzione culturale o i partecipanti a un'attività culturale o di conservazione del patrimonio (...) accessibile al pubblico siano tenuti a versare un contributo in denaro che copra solo una frazione del costo effettivo non modifica il carattere non economico di tale attività, in quanto tale contributo non può essere considerato un'autentica remunerazione del servizio prestato»⁴.

Sul punto ci siamo espressi ripetutamente in passato⁵, argomentando la nostra contrarietà alla primitiva posizione della Commissione e non intendiamo qui ritornare. Ci limitiamo a precisare che, anche se l'attività culturale (l'organizzazione e l'offerta di un sito o di un evento culturale alla fruizione pubblica) generalmente non può essere considerata – quanto meno in Italia – attività economica, può essere tale l'organizzazione di eventi culturali “a mercato” da parte di soggetti privati, o la stessa gestione di un sito culturale, anche pubblico, da parte di soggetti che svolgono tale attività contro il pagamento di un corrispettivo, o a fronte di altri *benefit*. Sia chiaro, resta non economica l'offerta culturale al pubblico; ciò che costituisce attività economica è la gestione del museo da parte di un soggetto che non ne è il proprietario. Di conseguenza, mentre il finanziamento del museo (comprensivo del corrispettivo destinato al soggetto gestore esterno) non è aiuto di Stato, può esserlo quello al gestore (al di là della remunerazione per le sue prestazioni).

⁴ In precedenza la Commissione, contraddicendo la sua impostazione generale – nonché quella della Corte di giustizia – aveva distinto le attività in campo culturale in funzione del fatto che la loro fruizione fosse gratuita o a pagamento.

⁵ Sia consentito il rinvio ai seguenti contributi: C. E. BALDI, *Se questo è mercato... Gli aiuti di Stato in un'Europa tecnocratica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, p. 59 ss.; ID., *Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato e politica culturale europea. Le incoerenze di un sistema fortemente burocratizzato*, in *Aedon*, Rivista di arti e diritto on line, n. 3-2014; ID., *Il finanziamento del patrimonio e delle attività culturali. Come evitare le insidie delle regole europee*, in *Aedon*, n. 2-2015; ID., *Finanziamento della cultura e regole di concorrenza. Nuove prospettive dal ripensamento della Commissione europea*, in *Aedon*, n. 3-2016; ID., *L'intervento pubblico in campo culturale. Il faticoso iter di linee guida condivise*, in *Aedon*, n. 2-2018; ID., *Interventi per il patrimonio culturale e Registro Nazionale Aiuti di Stato. Una questione da chiarire*, in *Rivista della Guardia di Finanza*, n. 5/2019, p. 1291 ss.; ID., *The Public Funding of Culture: The Uncertain Boundary between State Aid and Non-State Aid*, in L. DEL FEDERICO - S. HEMELS - J.-A. ROZAS VALDÉS e S. GIORGI (eds.), *Taxation Cultural Heritage*, Amsterdam, IBFD, 2021, p. 105 ss.; ID., *La disciplina degli aiuti di Stato in campo culturale*, in questa *Rivista*, n. 3/2022, p. 427 ss.

2. L'importanza di individuare il beneficiario degli aiuti

Come si è accennato, l'individuazione del beneficiario di aiuti di Stato è fondamentale non solo per stabilire, appunto, se l'intervento pubblico ricade nel campo di applicazione dell'art. 107 del Trattato, ma anche per verificare il titolo di un determinato soggetto ad accedere ad una particolare provvidenza e/o per quantificarne l'entità.

Va innanzi tutto rilevato che – sotto il profilo degli aiuti di Stato – non sempre il beneficiario di un aiuto è il soggetto al quale esso viene accordato. Nell'ambito dei Fondi strutturali europei, il beneficiario è «un organismo pubblico o privato (...) responsabile dell'avvio o sia dell'avvio che dell'attuazione delle operazioni»⁶: può essere il soggetto cui viene affidata la gestione di un Fondo, l'ente che organizza l'attività formativa, l'organismo pubblico che ha avviato un'operazione di partenariato pubblico-privato o il *partner* privato selezionato per attuarla. Dal punto di vista della disciplina degli aiuti di Stato beneficiaria è l'impresa che trae vantaggio dall'intervento: quella che riceve la garanzia dal Fondo, quella che mette in formazione i propri dipendenti; mentre non lo sono, probabilmente, i componenti del partenariato pubblico-privato.

Ciò premesso, le regole che disciplinano gli aiuti di Stato non si applicano in maniera uniforme a tutte le imprese, ma sono articolate in funzione della dimensione del beneficiario e dell'attività cui viene accordato il sostegno. La compatibilità di un aiuto viene stabilita tenendo conto da un lato degli effetti che questo può avere sulla concorrenza e sugli scambi, dall'altro della sua capacità di perseguire un obiettivo di interesse europeo. E tanto il primo aspetto quanto il secondo hanno connotazioni diverse a seconda della dimensione dell'impresa beneficiaria, oltre che del contesto in cui si realizzano gli interventi.

Così, mentre gli aiuti agli investimenti delle PMI sono ammissibili ovunque, ma con intensità diversa a seconda che siano destinati ad imprese di piccola o di media dimensione, quelli alle grandi imprese sono considerati compatibili solo se gli investimenti vengono realizzati in territori che presentano condizioni critiche sotto il profilo dello sviluppo economico. E le stesse imprese medie e piccole possono beneficiare di maggiorazioni sugli aiuti per attività di ricerca autonoma; e la loro partecipazione

⁶ Art. 2 del Regolamento (Ue) n. 2021/1060 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 giugno 2021 recante le disposizioni comuni applicabili al Fondo europeo di sviluppo regionale, al Fondo sociale europeo Plus, al Fondo di coesione, al Fondo per una transizione giusta, al Fondo europeo per gli affari marittimi, la pesca e l'acquacoltura, e le regole finanziarie applicabili a tali fondi e al Fondo Asilo, migrazione e integrazione, al Fondo Sicurezza interna e allo Strumento di sostegno finanziario per la gestione delle frontiere e la politica dei visti, in *Gu-Ue* n. L 231 del 30 giugno 2021, p. 159 ss.

ad un progetto di ricerca comporta una maggiorazione per tutti i *partner*. E così via. E la dimensione di un'impresa non è determinata con riferimento al solo soggetto giuridico beneficiario formale degli aiuti, ma varia in funzione del fatto che quel soggetto sia autonomo o faccia parte di un gruppo e dei rapporti che intercorrono fra le diverse imprese di quel gruppo, secondo quanto stabilito dall'atto con il quale la Commissione ha indicato i criteri per individuare le micro, le piccole e le medie imprese⁷.

Sempre in ossequio al principio secondo il quale un aiuto è compatibile se gli effetti sugli scambi sono giustificati dal perseguimento di un obiettivo di interesse comune, le regole sono differenziate in funzione dell'attività che un aiuto intende supportare. In particolare, nel settore agricolo ed in quello della pesca e dell'acquacoltura le regole di concorrenza sono una componente della politica agricola (e della pesca) comune e la disciplina degli aiuti di Stato è applicabile a questi settori solo in quanto ciò sia previsto dai Regolamenti sulle Organizzazioni comuni di mercato. Esiste pertanto un totale coordinamento tra le regole degli aiuti di Stato ed i Regolamenti che disciplinano lo sviluppo rurale, al punto che determinati aiuti al settore agricolo sono ammissibili solo se cofinanziati dal FEASR nell'ambito di un programma di sviluppo rurale.

Ora, per «settore agricolo» si intende l'insieme delle imprese attive nel settore della produzione agricola primaria, della trasformazione e della commercializzazione di prodotti agricoli; sono infatti «prodotti agricoli» i prodotti elencati nell'allegato I del Trattato, che comprende sia i prodotti della lavorazione del campo sia i prodotti risultato della loro trasformazione: per fare alcuni esempi, i prodotti lattiero caseari, le preparazioni di carni o di ortaggi, i vini e gli alcoli, lo zucchero, gli oli vegetali e i grassi animali, i prodotti della macinazione, ecc.

Non vi è dunque alcun rapporto tra la classificazione ATECO delle attività economiche e l'Allegato I del Trattato. La prima suddivide le attività economiche in funzione della tipologia o della fase dell'attività svolta, senza fare necessariamente riferimento al settore merceologico: così la Sezione A comprende agricoltura, silvicoltura e pesca, ma non la lavorazione o commercializzazione dei relativi prodotti, attività classificate generalmente nelle Sezioni C (attività manifatturiere) e G (commercio all'ingrosso e al dettaglio). L'Allegato I individua invece i prodotti – sia agricoli sia trasformati – che, in base al Trattato di Roma del 1957 istitutivo della Cee,

⁷ Raccomandazione della Commissione del 6 maggio 2003 relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese, in *Gu-Ue* n. L 124 del 20 maggio 2003, p. 36 ss., allegata ora al Regolamento (Ue) n. 651/2014, in *Gu-Ue* n. L 187 del 26 giugno 2014, p. 1 ss., e a tutti i Regolamenti di esenzione.

rientrano nell'ambito di applicazione della Politica agricola comune. Discorso analogo si può fare per il settore della pesca e dell'acquacoltura.

Per lunghi anni le regole degli aiuti applicabili alle attività di trasformazione e commercializzazione di prodotti agricoli (quelli elencati nell'Allegato I) sono state quelle dell'agricoltura, a prescindere dal fatto che il beneficiario fosse un'impresa agricola o un'impresa industriale o commerciale. A partire dai Regolamenti del 2006, alle attività di trasformazione e commercializzazione si applicano le regole generali, anche se esse sono svolte da un'impresa agricola. La stessa evoluzione non si è avuta per il settore della pesca, dove solo con la modifica del Regolamento (Ue) n. 717/2014⁸, avvenuta nel 2023⁹, le attività di trasformazione e commercializzazione di prodotti ittici sono passate al regime generale; e solo, incomprendibilmente, per quanto riguarda gli aiuti *de minimis*.

Da tutto ciò discende che per stabilire quali siano le regole applicabili agli aiuti nei settori dell'agricoltura e della pesca si deve avere riguardo non alla natura del soggetto (impresa agricola, della pesca, o impresa industriale o del commercio), ma all'attività oggetto dell'aiuto: il costo ammissibile; al punto che uno stesso soggetto giuridico può beneficiare di aiuti a diverso titolo, a seconda dell'attività che viene agevolata.

Ciò non pregiudica, peraltro, la possibilità che un'amministrazione utilizzi la classificazione delle attività economiche per individuare i beneficiari di una determinata misura di aiuto. È dunque possibile stabilire, ad esempio, che beneficiarie di una misura che favorisce gli investimenti nel settore caseario o del vino siano le imprese agricole (con riferimento alla classificazione ATECO ed esclusione delle imprese industriali); ma a quella misura si applicheranno le regole generali.

3. Il beneficiario come insieme di soggetti giuridici. Il concetto di «unità economica»

Nella Comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato, la Commissione rileva che «ai fini dell'applicazione della normativa sugli aiuti di Stato, diversi enti con personalità giuridica distinta possono essere considerati come una singola unità economica. Si considera quindi che tale unità eco-

⁸ Regolamento (Ue) n. 717/2014 della Commissione del 27 giugno 2014 relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti «de minimis» nel settore della pesca e dell'acquacoltura, in *Gu-Ue* n. L 190 del 26 giugno 2014, p. 45 ss.

⁹ Regolamento (Ue) n. 2023/2391 della Commissione del 4 ottobre 2023, in *Gu-Ue* serie L del 5 ottobre 2023.

nomica costituisca l'impresa interessata»: nel caso di aiuti di Stato, il beneficiario. Il documento precisa, peraltro, che per verificare l'esistenza di una tale situazione «è rilevante l'esistenza di una quota di controllo e di altri legami funzionali, economici e organici». Dunque, il fatto che più imprese costituiscano un'unica entità economica non deriva automaticamente dall'esistenza di un rapporto di controllo, ma deve essere valutato alla luce di tali legami.

Questa affermazione è avvalorata dal riferimento alla sentenza della Corte di giustizia sul caso *ACEA*¹⁰, con la quale il giudice europeo aveva confermato la correttezza della decisione con la quale la Commissione aveva subordinato l'erogazione di un aiuto – pure compatibile – concesso alla società AEP alla previa restituzione da parte della controllante ACEA di un precedente aiuto da questa ricevuto, di cui era stato ingiunto il recupero, in quanto illegale e incompatibile (la c.d. condizione Deggendorf¹¹).

La ragione per la quale la Commissione aveva subordinato l'erogazione di un nuovo aiuto alla restituzione di un aiuto illegale e incompatibile ricevuto da un soggetto diverso dal beneficiario risiedeva nella particolare situazione in cui si trovava il gruppo facente capo ad ACEA. Questa, successivamente alla concessione ad essa dell'aiuto poi giudicato incompatibile, aveva trasferito ad AEP il ramo d'azienda che aveva beneficiato di tale aiuto; inoltre, la commercializzazione dell'energia prodotta da AEP veniva effettuata da AE Trading, detenuta all'84,17% da *AceaElectrabel*, controllata da ACEA per il 59,41%. Infine, le decisioni di AEP nelle materie più importanti richiedeva l'accordo di uno dei membri rappresentanti ACEA; il che conferiva a tale società un potere di veto. In tali circostanze, la Corte ha riconosciuto che la Commissione potesse legittimamente ritenere (non che dovesse farlo necessariamente) che, a seguito della ristrutturazione effettuata da ACEA con il sostegno di *Electrabel*, ACEA ed AEP appartenessero ad un gruppo coerente con riguardo all'aiuto precedente e all'aiuto nuovo. Per questa ragione, l'estensione ad AEP degli obblighi incompatibili su ACEA era giustificata e legittima.

Richiamandosi alla sentenza *Intermills*¹², la Corte dichiarò che «a seguito di una ristrutturazione che comprenda il trasferimento di impianti di

¹⁰ Sentenza del 16 dicembre 2010 in causa n. C-480/09 P, *AceaElectrabel Produzione Spa c. Commissione*, EU:C:210:787.

¹¹ Si tratta di una regola che deriva dalla sentenza del 9 marzo 1994 in causa n. C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH c. Repubblica Federale di Germania*, EU:C:1994:90, con la quale la Corte ritenne, appunto, che la Commissione possa subordinare l'erogazione di un aiuto, pur compatibile, alla restituzione di un precedente aiuto ricevuto dalla stessa impresa, giudicato illegale e incompatibile.

¹² Sentenza del 14 novembre 1984 in causa n. C-323/82, *Intermills c. Commissione*, EU:C:1984:345, punti 11 e 12.

produzione da una società a società industriali di nuova costituzione, ove la vecchia società mantenga una partecipazione nelle nuove società industriali, tutte queste società possono costituire, con riguardo ad un aiuto, un gruppo unico, nonostante il fatto che le società industriali di nuova costituzione possiedano ciascuna una personalità giuridica distinta dalla vecchia società». A giudizio della Corte, «la vecchia società e le nuove società di gestione possono, in particolare, formare un'unica entità economica qualora la ristrutturazione realizzata costituisca un insieme coerente, dal punto di vista industriale e finanziario»¹³.

In sostanza, non è sufficiente un rapporto di controllo fra diverse entità giuridiche a determinare l'esistenza di un'unica unità economica, ma occorre anche che sia verificata l'esistenza fra tali entità di altri legami funzionali, economici e organici che realizzino un insieme coerente, dal punto di vista industriale e finanziario. E tutto ciò richiede una valutazione caso per caso, che vada al di là della semplice verifica della presenza di un rapporto di controllo.

Questo principio è stato richiamato anche nella Comunicazione della Commissione sul recupero degli aiuti di Stato illegali e incompatibili, nella quale, con riferimento all'individuazione del beneficiario di un tale aiuto, nel caso di un'impresa appartenente ad un gruppo, si afferma che «la Commissione può concludere nella sua decisione di recupero che le imprese appartenenti ad un gruppo, anche se considerate soggetti giuridici distinti dal diritto nazionale, costituiscono un'unità economica ai fini del diritto della concorrenza»; ma si chiarisce anche che la stessa Commissione «può comunque limitare l'ambito di applicazione del recupero a un solo beneficiario all'interno del gruppo» o «concludere che altre imprese di detto gruppo (*non necessariamente tutte*) hanno beneficiato dell'aiuto»¹⁴.

Questo concetto è stato ribadito dalla Corte in una più recente sentenza¹⁵, nella quale ha precisato che «la medesima società madre può far parte di diverse unità economiche costituite, a seconda dell'attività economica interessata, da essa stessa e da varie combinazioni delle sue società figlie, tutte appartenenti allo stesso gruppo di società». Occorre dunque, caso per caso, valutare tutte le circostanze pertinenti e stabilire se, nella fattispecie,

¹³ Punti 47 e 48.

¹⁴ Comunicazione della Commissione sul recupero degli aiuti di Stato illegali e incompatibili, in *Gu-Ue* n. C 247 del 23 luglio 2019, p. 1 ss., punto 86.

¹⁵ Sentenza del 6 ottobre 2021 in causa n. C-882/19, *Sumal S.L. c. Mercedes Benz Trucks España S.L.*, EU:C:2021:800.

si configuri tale realtà. Al concetto di unità economica non corrisponde pertanto una definizione applicabile in linea generale¹⁶.

3.1 *Segue: l'«impresa unica» come beneficiaria degli aiuti de minimis*

Mentre normalmente – salvo alcune eccezioni – gli aiuti concedibili ad un'impresa per una determinata iniziativa sono quantificati in percentuale sui costi ammissibili, nel caso degli aiuti c.d. *de minimis*, essi sono concedibili fino ad un determinato importo globale (sommando, cioè, tutti gli aiuti concessi allo stesso beneficiario a titolo di *de minimis*) in un triennio: importo differenziato per tipologia di attività¹⁷.

La logica degli aiuti *de minimis* risiede nella considerazione che gli aiuti di piccola entità, in quanto appunto piccoli, non incidono sugli scambi tra Stati membri: essi non sono pertanto qualificabili aiuti ai sensi dell'art. 107, par. 1, del TFUE. Tale circostanza consente di non tener conto delle condizioni alle quali sono subordinati invece gli aiuti di Stato (effetto di incentivazione, costi ammissibili predeterminati, intensità massima, graduazione in funzione dell'ubicazione) e di concedere anche aiuti al funzionamento, che generalmente non offrono una contropartita all'effetto distorsivo sulla concorrenza.

Fino al 2013¹⁸, veniva considerato beneficiario degli aiuti *de minimis* – e quindi “titolare” del massimale triennale stabilito da ogni Regolamento – il singolo soggetto giuridico. A partire dal 2014, per evitare che un gruppo costituito da più imprese potesse ottenere aiuti complessivamente anche molto rilevanti (sommando i massimali triennali di tutte), la Commissione

¹⁶ E infatti, nella sentenza ACEA, la Corte, confermando la statuizione del Tribunale di prima istanza, ha affermato (punto 63) che «la Commissione, la quale dispone al riguardo di un ampio potere discrezionale, non è incorsa in manifesto errore di valutazione laddove è giunta alla conclusione dell'esistenza di un'unica entità economica tra l'ACEA e l'AEP con riguardo all'aiuto precedente ed all'aiuto di cui trattasi». Non si tratta dunque, nel caso di un recupero, di imputare l'aiuto al gruppo cui appartiene l'impresa beneficiaria, ma di individuare eventuali altre imprese che, oltre alla diretta percettrice dell'aiuto, da questo abbiano tratto vantaggio, essendo irrilevante la presenza di ulteriori imprese del gruppo. E, in ogni caso, questa valutazione spetta unicamente alla Commissione, nell'esercizio del suo potere discrezionale.

¹⁷ Questi sono al momento quantificati in 25.000 euro per l'attività agricola primaria (è attualmente in discussione un aumento a 34.000 euro), 40.000 euro per il settore della pesca, dell'acquacoltura, 300.000 euro per tutti gli altri settori. Il massimale per le compensazioni per oneri di servizio, per le imprese incaricate di un SIEG è invece fissato a 750.000 euro.

¹⁸ Il regime *de minimis* fu introdotto dalla Commissione nel 1992 con la Disciplina comunitaria degli aiuti alle piccole e medie imprese, in *Guce* n. C 213 del 19 agosto 1992, p. 2 ss., punto 3.2); acquisì una disciplina autonoma nel 1996, con la Comunicazione della Commissione relativa agli aiuti de minimis, in *Guce* n. C 68 del 6 marzo 1996, p. 9 ss.; è disciplinato con Regolamenti dal 2001.

ha stabilito che si debba considerare beneficiaria degli aiuti *de minimis* (e dunque titolare del massimale triennale) un'entità definita «impresa unica», costituita dalle imprese legate da un rapporto di controllo, facendo riferimento al concetto di collegamento utilizzato dalla definizione di PMI¹⁹.

Abbiamo più volte contestato la pretesa derivazione del concetto di impresa unica dalla sentenza della Corte relativa al caso dei benzinai olandesi²⁰. Quello era un caso di aiuti indiretti, o di ricaduta dell'aiuto su un beneficiario diverso dal percettore formale, non di un insieme di soggetti considerati come unica entità economica. E, in effetti, pur continuando a citare quella sentenza nel preambolo dei Regolamenti *de minimis*, la stessa Commissione non ne fa cenno nella Comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato, che invece, per ricordare che più soggetti giuridici possono costituire una sola entità sotto il profilo economico, ricorre al concetto di «unità economica» di cui si è detto.

Va peraltro riconosciuto che, nell'esercizio delle proprie competenze, la Commissione può stabilire che il massimale di aiuti che, in quanto piccoli, non falsano la concorrenza e gli scambi non debba essere imputato al singolo soggetto giuridico, ma all'insieme delle imprese che costituiscono un aggregato omogeneo sotto il profilo economico²¹. E come è a sua discrezione fissare l'importo da considerare “piccolo” (importo più volte modificato nel tempo) e il periodo cui riferirsi, così può definire il perimetro del soggetto collettivo da considerare beneficiario degli aiuti. E ciò senza la necessità di giustificare le proprie scelte con un riferimento giurisprudenziale²².

Dunque, al di là della sua origine, il concetto di impresa unica è quello che deriva dalla definizione che di esso si dà nell'art. 2, 2° comma, di tutti i Regolamenti pertinenti, a termini del quale «s'intende per “impresa unica” l'insieme delle imprese fra le quali esiste almeno una delle relazioni seguenti:

a) un'impresa detiene la maggioranza dei diritti di voto degli azionisti o soci di un'altra impresa;

¹⁹ In realtà non vengono utilizzati tutti i criteri previsti dalla definizione di PMI; ma di questo si dirà più avanti.

²⁰ Sentenza del 13 giugno 2002 in causa n. C-382/99, *Regno dei Paesi Bassi c. Commissione delle Comunità europee*, EU:C:2002:363.

²¹ Come sosteniamo da tempo (si veda, tra l'altro, C. E. BALDI, *Così è ... (se vi pare). Gli aiuti di Stato fra concorrenza e competitività*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, p. 91 ss.), la Commissione potrebbe stabilire che sono aiuti *de minimis* non quelli che non superano, sommati tra loro, un determinato importo in un triennio, ma quelli che singolarmente sono al di sotto di un importo molto inferiore.

²² Non si contesta, dunque, né la logica del *de minimis*, né l'impostazione dei diversi Regolamenti; semplicemente, non si vede per quale ragione si debba fare riferimento ad una giurisprudenza da cui si desume tutt'altro.

b) un'impresa ha il diritto di nominare o revocare la maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione, direzione o sorveglianza di un'altra impresa;

c) un'impresa ha il diritto di esercitare un'influenza dominante su un'altra impresa in virtù di un contratto concluso con quest'ultima oppure in virtù di una clausola dello statuto di quest'ultima;

d) un'impresa azionista o socia di un'altra impresa controlla da sola, in virtù di un accordo stipulato con altri azionisti o soci dell'altra impresa, la maggioranza dei diritti di voto degli azionisti o soci di quest'ultima».

Si tratta delle situazioni che individuano un rapporto di collegamento ai fini della determinazione della dimensione delle imprese (art. 3, par. 3, lett. da *a.* a *d.* della definizione di PMI).

Se l'esistenza delle prime due situazioni è facilmente verificabile²³, non può dirsi altrettanto per le altre due, specie in presenza di società non quotate che, in particolare in Italia, rappresentano la stragrande maggioranza delle imprese. Particolarmente delicata è la verifica dell'esercizio di un'influenza dominante, che può derivare da rapporti contrattuali non sempre "visibili" e che richiede valutazioni caso per caso, che lasciano spazio ad una notevole discrezionalità.

Si pensi ai contratti di *franchising*, o alle imprese facenti parte di un gruppo cooperativo paritetico. In entrambi i casi si possono presentare situazioni in cui i soggetti coinvolti restano sostanzialmente autonomi; altri in cui uno dei soggetti (il *franchisor*, o la cooperativa cui è affidata la direzione del gruppo) condiziona l'altro o gli altri al punto da esercitare un'influenza dominante su di esso/i; e questa valutazione non è sempre agevole e presenta forti elementi di soggettività.

3.1.1 *L'individuo come impresa ed elemento aggregante dell'impresa unica*

La definizione di PMI, nel precisare che si può realizzare un collegamento tra imprese – circostanza rilevante anche ai fini della determinazione del perimetro dell'impresa unica – anche se le situazioni contemplate al par. 3, lett. da *a.* a *d.* si concretizzano attraverso una persona fisica o un gruppo di persone fisiche, chiarisce che ciò si verifica a condizione che ta-

²³ Qualche problema può presentarsi in presenza di gestioni fiduciarie. In quel caso, infatti, non devono essere aggregate né la fiduciaria, né le altre imprese di cui questa ha parimenti la gestione, bensì il fiduciante e le società eventualmente collegate a questo, a monte o a valle.

li imprese esercitino le loro attività – o una parte di esse – sullo stesso mercato rilevante o su mercati contigui²⁴.

Il fatto che questa precisazione non sia stata ripresa nella definizione di impresa unica, né nel preambolo dei Regolamenti, che invece contengono alcuni elementi interpretativi significativi²⁵, ha fatto inizialmente ritenere che il controllo attraverso persone fisiche non fosse comunque rilevante in tale contesto²⁶. Questa interpretazione è stata in un primo tempo confermata dalla stessa Commissione, la quale, in una risposta del 17 luglio 2018 ad un quesito delle Autorità slovacche²⁷, che domandavano se due imprese controllate al 100% dalla stessa persona fisica costituissero un'impresa unica, rispose in maniera categorica che la definizione di impresa unica «takes into account fewer links than the general notion of "undertaking" under competition law or the notion of "linked undertaking" under the EU SME definition. For the notion of "single undertaking", links through natural persons are not taken into account»; di conseguenza, affermò la Commissione, due imprese controllate interamente dalla stessa persona fisica non costituiscono una impresa unica ai fini del Regolamento *de minimis*.

Questa interpretazione è stata contraddetta da diverse risposte date dalla Commissione successivamente. Riferendosi alla sentenza della Corte di giustizia nel caso *Cassa di Risparmio di Firenze*²⁸ – peraltro molto precedente anche alla risposta appena riportata – essa ha ripreso un concetto già espresso nella Comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato²⁹, precisando che «il semplice possesso di partecipazioni, anche di controllo, non è sufficiente a configurare un'attività economica del soggetto che detiene tali partecipazioni, quando tale possesso dà luogo soltanto all'esercizio dei diritti connessi alla qualità di azionista o socio nonché, eventualmente, alla

²⁴ Per mercato contiguo si intende «il mercato di un prodotto o servizio situato direttamente a monte o a valle del mercato in questione». A termini del decreto del 18 aprile 2005 del Ministero delle attività produttive, che ha «recepito» il contenuto della Raccomandazione della Commissione del 2003, due o più imprese operano sullo stesso mercato o su mercati contigui se le attività da esse svolte «sono ricomprese nella stessa Divisione della Classificazione delle attività economiche ISTAT 2002, ovvero un'impresa ha fatturato all'altra almeno il 25% del totale del fatturato annuo riferito all'ultimo esercizio contabile chiuso ed approvato prima della data di sottoscrizione della domanda di agevolazione».

²⁵ Si pensi, ad esempio, alla precisazione che il perimetro dell'impresa unica è circoscritto alle imprese tra loro collegate all'interno dello stesso Stato membro (*considerando* n. 4).

²⁶ Si è discusso sul fatto che dovessero essere considerate impresa unica una ditta individuale ed un'impresa controllata dal titolare di quella ditta. Nella logica del ragionamento appena fatto, la risposta a questo dubbio doveva essere negativa, a meno che non si potesse ritenere che la partecipazione fosse riferibile alla ditta individuale e non alla persona fisica in quanto tale.

²⁷ Questa e le altre risposte richiamate di seguito sono pubblicate sulla piattaforma *eState Aid Wiki*.

²⁸ In particolare, ai punti 111 e 112.

²⁹ Punto 16 della Comunicazione.

percezione dei dividendi, semplici frutti della proprietà di un bene. Viceversa, un soggetto che, titolare di partecipazioni di controllo in una società, eserciti effettivamente tale controllo partecipando direttamente o indirettamente alla gestione di essa, deve essere considerato partecipe dell'attività economica svolta dall'impresa controllata».

Anche se il caso giurisprudenziale richiamato riguardava il rapporto tra una Banca ed una Fondazione bancaria che deteneva partecipazioni di controllo nella prima, per stabilire se la seconda avesse natura di impresa, la Commissione ha ritenuto che le conclusioni della Corte si debbano applicare anche alle persone fisiche, ancorché queste non esercitino in quanto tali un'attività consistente nell'offrire beni o servizi sul mercato. In questo senso essa ha risposto ad una specifica richiesta di conferma delle Autorità ceche³⁰.

Questa impostazione è stata più recentemente riportata nel testo del Regolamento (Ue) n. 2023/2831, in vigore dal 1° gennaio 2024³¹. Nel *considerando* n. 4 di esso si afferma infatti, richiamando il punto 107 della sentenza citata, che, «ai fini delle norme in materia di concorrenza previste nel trattato, per impresa si intende qualsiasi entità, che si tratti di una persona fisica o giuridica, che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento». L'inciso, da noi sottolineato, che integra l'affermazione contenuta nello stesso punto del precedente Regolamento (Ue) n. 1407/2013³², è una precisazione che non appare nella sentenza; ma essa sottolinea l'impostazione della Commissione.

Ma, come si è detto, non è sufficiente che la persona fisica detenga quote di maggioranza in un'impresa per stabilire che essa svolge attività economica (a meno che non fornisca essa stessa beni o servizi sul mercato); occorre che essa partecipi inoltre, direttamente o indirettamente, alla gestione di quell'impresa.

Sul concetto di partecipazione alla gestione dell'impresa resta peraltro qualche perplessità. È necessario che la persona che detiene una partecipazione di controllo abbia un ruolo nella gestione dell'impresa (ad esempio, come amministratore o membro del Consiglio di amministrazione), o il

³⁰ La Repubblica Ceca contestava appunto il fatto che «the judgment of the Court C-222/04 Cassa di Risparmio di Firenze solved the question of relationship between banking foundation and banking company, i.e. between legal entities; no natural persons were involved, at least not by name».

³¹ Regolamento (Ue) n. 2023/2831 della Commissione del 13 dicembre 2023 relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti «*de minimis*», in *Gu-Ue* serie L del 15 dicembre 2023.

³² Regolamento (Ue) n. 1407/2013 della Commissione del 18 dicembre 2013 relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti «*de minimis*», in *Gu-Ue* n. L 352 del 24 dicembre 2013, p. 1 ss.

ruolo nella gestione è implicito, in quanto conseguenza naturale della possibilità di nominare gli amministratori?

In una risposta ad un quesito delle Autorità slovacche, la Commissione ha affermato che «a majority shareholder who can appoint the management of a given company and actually appoints it (or who is involved in that company's management in a different way) would in principle be carrying out an economic activity (...), whereas this would not be the case for a shareholder (even majoritarian) who has put in place corporate arrangements that preclude him/her from direct or indirect involvement in the management of the company».

In linea con questa impostazione, ad un quesito che prospettava il controllo da parte di una persona fisica del 100% delle quote di una società (quesito sottoposto dall'Ungheria), la Commissione ha risposto che «since the owner is a natural person which has all the voting rights, it appears to be engaged in an economic activity»³³. E, per quanto riguarda le situazioni che dimostrano il coinvolgimento dell'azionista di controllo nella gestione di un'impresa, in una risposta più recente³⁴ ad un quesito della Lettonia, la Commissione ha esemplificato nel modo seguente: «if a natural person is involved in any kind of form of managements (such as rights to vote, appointment of board, acting in supervisory board, management of shares), the person is deemed to have an economic activity». Risposta che fa pensare che, salvo rinuncia espressa all'esercizio dei diritti dell'azionista di controllo (a parte quello alla ripartizione degli utili), il controllo stesso sia indicativo del fatto che la persona fisica svolga attività economica.

Non siamo convinti di questa interpretazione, ritenendo quanto meno che se colui che controlla le quote di una società, pur esercitando il diritto di nominarne gli amministratori insito nella natura dell'azionista di controllo, non partecipa alla gestione effettiva dell'impresa, si possa escludere che esso, in relazione a quell'impresa, svolga un'attività economica.

³³ È evidente la differenza di interpretazione rispetto alla risposta al medesimo quesito posto dalla Repubblica Slovacca due anni prima, *cit. supra*, nota 27.

³⁴ Pubblicata il 13 marzo 2020 su *eState Aid Wiki*.

3.1.2 Effetti della qualificazione dell'individuo come impresa sull'applicazione della definizione di PMI

Come spiega il preambolo dei Regolamenti *de minimis*³⁵, la definizione di impresa unica deriva, come si è detto, da quella di PMI, della quale vengono recepiti alcuni dei criteri che definiscono le imprese “collegate”. Non si tratta di un riferimento generico, ma dell'individuazione di «un elenco esauriente di criteri chiari fra i criteri consolidati impiegati per definire le «imprese collegate» nel quadro della definizione delle piccole e medie imprese». Questi criteri sono ripresi nell'art. 2, 2° comma dei regolamenti *de minimis*.

Ora, l'art. 3, 3° comma della definizione di PMI, che definisce le imprese “collegate”, aggiunge una serie di precisazioni alle quattro situazioni che vengono recepite dalla definizione di impresa unica. Ma se l'art. 2, 2° comma dei Regolamenti *de minimis* utilizza, di quella definizione, solo «criteri chiari» e questi sono «esaurienti», quelle precisazioni non devono essere prese in considerazione ai fini dell'individuazione dell'impresa unica. Per questa operazione si terrà conto invece di tutti gli elementi utili a definire il concetto di attività economica e quindi della giurisprudenza rilevante in materia.

Sembra lecito domandarsi, a questo punto, se si debba fare riferimento alla stessa giurisprudenza anche nell'ambito della definizione di PMI.

Va detto che tanto la definizione di piccola e media impresa quanto quella di impresa unica hanno la finalità di individuare categorie applicabili in determinati contesti, non di esprimere concetti aventi un valore assoluto. In particolare, per quanto riguarda la disciplina degli aiuti di Stato, ambito nel quale la Commissione, a termini di Trattato, ha competenza esclusiva, quelle definizioni³⁶ vengono utilizzate per garantire un equilibrio tra il sostegno all'economia e la tutela del libero mercato (da cui discende la compatibilità di un aiuto di Stato) e il “punto di equilibrio” è stabilito dalla Commissione in base a criteri e con sensibilità che variano nel tempo, in un contesto mutevole. Dunque, ogni definizione risponde ad una logica precisa e, se anche in una si utilizzano categorie o concetti tratti dall'altra, questi possono trovare un'applicazione diversa nei due ambiti.

³⁵ Si veda il *considerando* n. 4 dei Regolamenti n. 1407/2013, *cit. supra*, nota 32, n. 1408/2013 (Regolamento (Ue) n. 1408/2013 della Commissione del 18 dicembre 2013 relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti «de minimis» nel settore agricolo, in *Gu-Ue* n. L 352 del 24 dicembre 2013, p. 9 ss.) e n. 717/2014, *cit. supra*, nota 8 ed il *considerando* n. 5 del Regolamento n. 2023/2831, *cit. supra*, nota 31.

³⁶ Peraltro, la definizione di PMI nasce in un contesto diverso dalla disciplina della concorrenza, che l'ha fatta propria in un secondo momento, utilizzandola ai propri fini.

Entrambe le definizioni, seppure in contesti differenti, intendono tener conto del fatto che attore dei rapporti economici non è necessariamente l'impresa intesa come singolo soggetto giuridico, ma può esserlo l'insieme delle entità che costituiscono un unico soggetto economico. La definizione di PMI, nel contesto della disciplina degli aiuti di Stato, ha la finalità di stabilire l'ammissibilità e/o la compatibilità degli aiuti in funzione della dimensione del beneficiario; quella di impresa unica di evitare che le imprese tra loro collegate (legate dunque da un rapporto molto stretto) possano ottenere aiuti *de minimis* per un importo complessivo "n" volte maggiore di quello che convenzionalmente – e *pro tempore* – per la sua dimensione ridotta, viene considerato non tale da incidere sugli scambi tra Stati membri.

Così, la prima, che deve considerare la forza economica di un gruppo, tiene conto tanto delle imprese collegate, che di quelle legate da un rapporto di "associazione" e, per quanto riguarda le prime, ha ritenuto di non prendere in considerazione il collegamento attraverso persone fisiche, a meno che le imprese coinvolte non operino sullo stesso mercato o su mercati contigui. La seconda, che deve evitare il moltiplicarsi degli aiuti in capo ad uno stesso soggetto economico, si limita a considerare i soggetti legati tra loro da un rapporto di controllo.

La Commissione avrebbe potuto adottare definizioni diverse e ciascuno può criticare i criteri utilizzati; ma stanti le sue competenze in materia, non possiamo che adeguarci ed utilizzare gli strumenti interpretativi che ci vengono dati. E, per limitarci al controllo attraverso persone fisiche, per quanto riguarda la definizione di PMI, oltre alla chiarezza del testo normativo, la Guida predisposta dalla Commissione, a tutt'oggi, limita la sua rilevanza al caso in cui le imprese interessate operino sullo stesso mercato o su mercati contigui. Diversamente, ai fini della determinazione del perimetro dell'impresa unica, le integrazioni apportate ai nuovi Regolamenti *de minimis* richiedono che si tenga conto anche dei collegamenti realizzati attraverso persone fisiche, se queste partecipano anche alla gestione delle imprese interessate. Ciò che è legittimo chiedere – e doveroso per la Commissione – è che le norme siano chiare e non si prestino ad interpretazioni ambigue.

4. Dal COVID all'Ucraina. L'individuazione del beneficiario degli aiuti di importo limitato

La pandemia da COVID-19 prima e la guerra in Ucraina poi hanno prodotto effetti sull'economia che hanno giustificato la deroga ai normali

limiti alla possibilità di concedere aiuti alle imprese e l'autorizzazione di aiuti emergenziali, ai sensi dell'art. 107, par. 2, lett. b., e par. 3, lett. b., del Trattato³⁷.

Fra questi, alcuni – quelli previsti dalle sezioni 3.1 e 3.12 del Quadro Temporaneo Covid³⁸ e della sezione 2.1 del Quadro Temporaneo Ucraina³⁹ – presentano caratteristiche analoghe agli aiuti *de minimis*. Si tratta dei c.d. aiuti di importo limitato, la cui compatibilità è subordinata al rispetto di determinati massimali per impresa⁴⁰.

In considerazione di questa analogia, in sede di consultazione del Quadro temporaneo Covid, fu esplicitamente chiesto alla Commissione di precisare se il massimale previsto per gli aiuti della sezione 3.1⁴¹ fosse riferito al singolo soggetto giuridico o, in analogia con gli aiuti *de minimis*, all'impresa unica di cui questo facesse parte. Quella richiesta, reiterata in occasione delle successive modifiche del Quadro temporaneo, non ha mai ricevuto risposta formale. Ciò ha ingenerato la convinzione che il beneficiario degli aiuti dovesse essere individuato nel singolo soggetto giuridico.

Tuttavia, in risposta ad un quesito informale del Dipartimento Politiche europee della Presidenza del Consiglio dei Ministri, che chiedeva se il massimale dovesse essere riferito all'impresa unica di cui il singolo beneficiario facesse eventualmente parte, la Commissione ha risposto, con una *e-mail* che «le verifiche sul rispetto delle soglie e del cumulo devono essere effettuate rispetto non alla singola impresa ma rispetto al concetto di singola unità economica», come definita nella Comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato. Il contesto in cui la risposta è stata fornita, il mezzo utilizzato e il rifiuto di prendere una posizione formale denotano una sostanziale – e incomprensibile⁴² – incertezza della Commissione.

La risposta ha creato un notevole imbarazzo ed è stata fonte di grande confusione: molte amministrazioni (la maggioranza) – forti dell'assenza, nei documenti ufficiali, di un qualsiasi riferimento all'impresa unica e del-

³⁷ Questa disposizione consente alla Commissione di giudicare compatibili, tra l'altro, aiuti destinati «a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro»: situazione che si è verificata in conseguenza sia della pandemia sia della guerra in Ucraina.

³⁸ Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19, in *Gu-Ue* n. C 91 I del 20 marzo 2020, p. 1.

³⁹ Quadro temporaneo di crisi per misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia a seguito dell'aggressione della Russia contro l'Ucraina, in *Gu-Ue* n. C 131 I del 24 marzo 2022, p. 1.

⁴⁰ Trattandosi di aiuti limitati nel tempo, non era previsto, come lo è invece per gli aiuti *de minimis*, un periodo di riferimento.

⁴¹ In quel momento non era ancora stata ipotizzata la sezione 3.12.

⁴² Incomprensibile, in quanto, come si è detto, la Commissione ha competenza esclusiva in materia e come ha stabilito il massimale per ogni tipologia di aiuto e lo ha ripetutamente modificato nel tempo, così aveva totale discrezionalità per quanto riguarda l'individuazione del beneficiario cui imputare gli aiuti.

la mancanza di una definizione diversa⁴³ – hanno continuato a considerare beneficiario degli aiuti emergenziali il singolo soggetto giuridico; altre hanno notificato misure di aiuto indicando come beneficiaria l'unità economica, per poi applicare l'ormai consolidata definizione di impresa unica.

La situazione non è di fatto cambiata dopo la pubblicazione della Circolare della Presidenza del Consiglio interpretativa del Regime quadro nazionale che ha “recepito”, ad uso di tutte le amministrazioni, gran parte delle misure previste dal Quadro Temporaneo. Solo qualche misura notificata da alcune autorità ha fatto riferimento all'impresa unica. E la disomogeneità di comportamenti si è ulteriormente evidenziata, per la natura delle agevolazioni e per la quantità di misure di aiuto coinvolte, in conseguenza della notifica da parte del Ministero dell'economia e delle finanze di un pacchetto di misure, in gran parte fiscali.

L'art. 1 del d.l. n. 41/2021⁴⁴, ai commi da 13 a 16, elenca una serie di agevolazioni disposte da provvedimenti adottati precedentemente (e dunque già operative), stabilendo tardivamente la loro fruibilità nel rispetto delle condizioni previste dalle sezioni 3.1 e 3.12 del Quadro temporaneo e precisando, al comma 17, che, ai fini della verifica del rispetto dei massimali, si doveva fare riferimento all'impresa unica come definita ai fini della concessione degli aiuti “*de minimis*”.

Le misure sono state pertanto oggetto di notifica alla Commissione⁴⁵; notifica nella quale si fa riferimento non al concetto di impresa unica, ma a quello di unità economica, precisando che «the beneficiary shall recognise that several separate legal entities may be considered to form one economic unit for the purposes of the application of State aid rules, which is then considered to be the relevant undertaking for calculating the aid amount».

Non si può non rilevare il comportamento ambiguo tanto delle autorità nazionali quanto della Commissione: il beneficiario è sempre definito genericamente «*undertaking*», anche se nella frase appena riportata si precisa che più imprese appartenenti allo stesso gruppo possono⁴⁶ essere conside-

⁴³ E nonostante nella Circolare del 18 giugno 2020 della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le politiche europee, contenente chiarimenti e indicazioni operative per l'applicazione del Regime quadro di cui agli artt. 53-64 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 si precisi che, ai fini del rispetto del massimale per gli aiuti di cui alla sezione 3.1, si debba applicare il concetto di unità economica (tradotto peraltro nel più ampio e generico concetto di gruppo).

⁴⁴ Decreto-legge 22 marzo 2021, n. 41, convertito, con modificazioni dalla legge 21 maggio 2021 n. 69.

⁴⁵ State Aid SA.62668 (2021/N) - Italy COVID-19: Automatic tax measures and non-repayable grants to support businesses and the economy.

⁴⁶ Si tratta dunque di una possibilità, non di un dato certo.

rate globalmente, ai fini dell'identificazione del beneficiario (e del rispetto dei massimali); tuttavia le misure di aiuto notificate individuano il beneficiario nell'impresa unica o nell'entità indefinita: «gruppo»⁴⁷.

In effetti, il Decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 11 dicembre 2021, che stabilisce le modalità di monitoraggio e controllo degli aiuti di cui alle sezioni 3.1 e 3.12 del Quadro temporaneo, previsti dalle misure notificate, stabilisce che i soggetti beneficiari, con dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, attestino, tra l'altro, che l'importo complessivo degli aiuti fruiti non supera i massimali previsti, «tenuto conto delle relazioni di controllo tra imprese rilevanti ai fini della definizione di impresa unica».

Le misure in questione sono costituite essenzialmente da sgravi fiscali o contributivi, fruiti in forma automatica. Si tratta pertanto di aiuti dei quali hanno usufruito (in parte prima che essi fossero notificati alla Commissione) imprese che verosimilmente hanno avuto accesso ad altri aiuti emergenziali, ai sensi, in particolare, della sezione 3.1: aiuti in relazione ai quali la verifica del massimale è stata effettuata con riferimento al singolo soggetto giuridico.

Il Decreto, come si è accennato, stabilisce che le imprese stesse devono dichiarare la conformità delle agevolazioni alle disposizioni che le disciplinano. Esse avrebbero dovuto, tra l'altro, verificare il rispetto dei massimali e, nel caso del superamento di questi, avrebbero dovuto indicare nella dichiarazione annuale gli eventuali importi eccedenti i massimali previsti che il beneficiario intendesse volontariamente restituire (comprensivi degli interessi) o sottrarre da aiuti successivamente ricevuti per i quali vi fosse capienza nei relativi massimali.

Ma se più imprese che costituiscono un'impresa unica avessero voluto usufruire delle agevolazioni, non è detto che ciascuna di esse fosse in grado di conoscere le decisioni delle altre; e anche se ciò fosse stato possibile, chi avrebbe deciso quale impresa avrebbe dovuto eventualmente rinunciare all'aiuto o a parte di esso? E nel caso in cui l'Agenzia, *a posteriori*, avesse verificato che era stato superato il massimale, a quale impresa avrebbe dovuto imporre la restituzione, con relative sanzioni?

Gli stessi problemi non si sono posti per gli aiuti di cui alla sezione 2.1 del Quadro Temporaneo Ucraina, che presentavano caratteristiche identiche: nessuno ha posto il problema; la Commissione non si è pronunciata in nessun modo. Beneficiario degli aiuti è stato generalmente consi-

⁴⁷ Tradotto, per ragioni pratiche, in «gruppo in Italia». È evidente il richiamo al concetto di impresa unica, che circoscrive il perimetro del gruppo rilevante alle imprese legate da un rapporto di collegamento nello stesso Stato membro.

derato il singolo soggetto giuridico destinatario del provvedimento di concessione. Ma qual è la differenza tra le misure giustificate dall'emergenza COVID e quelle adottate a seguito del conflitto in Ucraina?

5. Considerazioni conclusive

Normalmente un aiuto di Stato è considerato compatibile col mercato interno se non vengono superate determinate intensità di aiuto rispetto ai costi ammissibili. Per ogni tipologia di aiuto (alla ricerca, alla formazione, all'occupazione, ecc.), viene pertanto fissata una percentuale, che può variare in funzione della dimensione dell'impresa, dell'ubicazione dell'investimento o dell'attività, delle modalità in cui questa viene realizzata; ma, essendo l'aiuto rapportato al costo, non è rilevante identificare il beneficiario, se non quando sia necessario stabilirne la dimensione. Lo stesso beneficiario può ricevere o aver ricevuto altri aiuti, anche per la stessa iniziativa, ma la compatibilità di ciascuno di essi sarà valutata con riferimento a ciascun costo, senza che siano posti limiti al numero e alla varietà degli aiuti di cui una singola impresa può beneficiare.

Gli aiuti *de minimis* rispondono ad una logica diversa: si tratta, infatti, di aiuti che non sono tali ai sensi dell'art. 107, par. 1 del TFUE, in quanto si ritiene che, essendo di piccola entità, non siano in grado di falsare gli scambi tra Stati membri. La piccola entità potrebbe essere indicata con riferimento al singolo aiuto, dichiarando sostanzialmente irrilevanti gli aiuti che, singolarmente, non superano determinati importi, che potrebbero variare a seconda della finalità dell'aiuto. La Commissione ha preferito fissare un tetto alla quantità di aiuti che una impresa può ricevere complessivamente in un determinato periodo, al di fuori delle tipologie di aiuto specificamente codificate.

Se inizialmente (dal 1992 al 2013) quel tetto era attribuito al singolo soggetto giuridico, dal 2014 la Commissione ha ritenuto di doverlo imputare ad un'entità a volte coincidente col soggetto giuridico, ma frequentemente costituita da più soggetti che appartengono ad un'unica entità economica. Essa ha dunque adottato una definizione, atta a disegnare il perimetro di questo soggetto, denominato "impresa unica".

Come si è visto, i ripensamenti avvenuti nel tempo, nell'inutile e approssimativo tentativo di adeguare la definizione alla giurisprudenza della Corte, hanno ingenerato incertezze interpretative del tutto incompatibili con l'uso generalizzato che tutte le amministrazioni fanno del regime *de minimis* e con la finalità di semplificazione da cui questo è stato originato.

Nell'esercizio delle sue competenze, la Commissione può adottare il criterio che ritiene più idoneo ad identificare e quantificare gli aiuti di piccola entità. Gli eventuali riferimenti alla giurisprudenza della Corte devono essere pertinenti e devono essere tradotti in regole chiare, che non lascino margini di interpretazione, senza inutili e controproducenti riferimenti a concetti che la stessa Corte dichiara debbano essere adeguati, di volta in volta, alle diverse situazioni. È un'esigenza di certezza del diritto, che allo stato attuale non viene garantita.

Carlo Eugenio Baldi*

SINTESI

Nella disciplina degli aiuti di Stato è fondamentale l'individuazione del beneficiario. Da questa operazione dipendono l'ammissibilità di un aiuto e la sua entità. Non sempre il beneficiario è il soggetto al quale vengono formalmente accordati gli aiuti. In particolare, gli aiuti *de minimis* possono essere concessi nei limiti di un massimale per impresa. E in questo caso l'impresa non coincide col soggetto giuridico che è il beneficiario formale dell'aiuto. La Commissione europea ha coniato il concetto di impresa unica, che comporta alcune difficoltà di interpretazione. Se – come ha dichiarato la Commissione – gli aiuti *de minimis* sono stati pensati per un'esigenza di semplificazione, è necessario che la definizione venga semplificata e che ne venga data una interpretazione certa.

ABSTRACT

In the regulation of State aid, the identification of the beneficiary of aid is fundamental. The admissibility of aid and its amount depend on this operation. The beneficiary is not always the entity to which the aid is formally granted. In particular, de minimis aid can be granted within the limits of a ceiling per beneficiary. And in this case the beneficiary does not coincide with the legal entity to which the aid is formally granted. The European Commission coined the concept of single undertaking, which entails some difficulties of interpretation. If – as the Commission declared – de minimis aid was established for a need for simplification, it is necessary to give a simplified definition and a certain interpretation.

* Professore a contratto di Diritto dell'Unione europea / Università di Bologna - *Alma Mater Studiorum*

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

**LA GRANDE SEZIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA
INTERPRETA GLI ARTT. 31 E 32 DEL REGOLAMENTO (UE)
N. 2017/1939 E SUL TEMA DEL CONTROLLO GIURISDIZIONALE
DELLE MISURE INVESTIGATIVE PRECISA INTEGRAZIONI
E LIMITI ALL'ATTIVITÀ DI INDAGINI TRANSFRONTALIERE
TRA PROCURATORI EUROPEI DELEGATI E CORTI NAZIONALI**

Corte di giustizia

Sentenza del 21 dicembre 2023 in causa n. C-281/22*

G.K., B.O.D. GmbH, S.L., con l'intervento di: Österreichischer Delegierter Europäischer Staatsanwalt

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Cooperazione giudiziaria in materia penale - Regolamento (Ue) n. 2017/1939 istitutivo della Procura europea (EPPO), artt. 31 e 32 - Indagini transfrontaliere - Misure investigative delegate ad un procuratore delegato incaricato di pre-

* EU:C:2023:1018. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet <https://curia.europa.eu>. In argomento v. *infra*, p. 105 ss., il commento di *ENRICO TRAVERSA*.

stare assistenza - Preventiva autorizzazione giudiziaria - Portata del controllo - Esecuzione delle misure richieste.

Gli articoli 31 e 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, devono essere interpretati nel senso che: il controllo effettuato in seno allo Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza, qualora una misura investigativa assegnata richieda un'autorizzazione giudiziaria conformemente al diritto di tale Stato membro, può vertere solo sugli elementi relativi all'esecuzione di tale misura, e non sugli elementi relativi alla giustificazione e all'adozione della misura stessa, i quali devono essere sottoposti ad un previo controllo giurisdizionale effettuato nello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato del caso in situazioni di grave ingerenza nei diritti della persona interessata garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

PRIMA GRANDE SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA UE (CAUSA N. C-281/22) AVENTE AD OGGETTO L'INTERPRETAZIONE DEL REGOLAMENTO ISTITUTIVO DELLA PROCURA EUROPEA (EPPO)

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.** *Analisi della sentenza della Corte di giustizia* - **4.1.** *Esame del testo e del contesto degli artt. 31 e 32 del Regolamento EPPO* - **4.2.** *Analisi degli obiettivi del Regolamento EPPO* - **4.3.** *Creazione di un obbligo di prevedere un «previo controllo giurisdizionale» sulla giustificazione delle misure investigative disposte dal procuratore delegato «incaricato del caso»* - **5.** *Considerazioni conclusive: esigenza di un intervento del legislatore dell'Unione* - **5.1.** *Segue: al fine di definire i poteri di controllo del giudice dello Stato membro del procuratore delegato «incaricato del caso»* - **5.2.** *Segue: al fine di individuare le misure investigative che esigono un'autorizzazione del giudice.*

1. Introduzione: i fatti della causa a quo e i quesiti posti alla Corte di giustizia dal giudice di rinvio

La Corte di giustizia dell'Unione europea ha inaugurato con una grande sentenza decisa a sezioni unite («Grande Sezione»)¹ la propria giuri-

¹ Sentenza del 21 dicembre 2023 nella causa pregiudiziale n. C-281/22, Procedimento penale contro *G.K., G.O.D. Srl e S.L.* Fra i primi commenti alla sentenza in causa n. C-281/22 si segnalano: N. GIBELLI, *Sui controlli giurisdizionali nelle indagini transfrontaliere dell'EPPO: una prima lettura della sentenza C-281/22 della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Sistema penale*, n. 3/2024, p. 31; N. FRANSSSEN, *The judgment in G.K. e.a. brought the EPPO a pre-Christmas tiding of comfort and joy but will that feeling last?*, in *European Law Blog*, 15 gennaio 2024; T. WAHL, *ECJ ruling on the exercise of judicial review in EPPO's cross-border investigations*, in *Eu crim*, 4/2023, p. 15.

sprudenza avente ad oggetto l'interpretazione delle disposizioni del Regolamento n. 2017/1939 istitutivo della Procura europea antifrode (acronimo in inglese: EPPO - *European Public Prosecutor Office*)². Il merito di aver posto tale prima questione pregiudiziale ai giudici dell'Unione va ascritto alla Corte d'appello di Vienna (*Oberlandesgericht Wien* - Austria), che ha formulato quesiti interpretativi di particolare rilevanza aventi ad oggetto gli artt. 31 e 32 del Regolamento EPPO disciplinanti le misure investigative 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 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. Secondo quanto emerso nel corso dell'udienza dinanzi ai

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 dlgs n. 9/2021 commentato da 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.

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.

giudici dell'Unione⁴ tale ordine di perquisizione e sequestro non era stato convalidato – così come previsto dal codice di procedura penale (c.p.p.) tedesco per atti investigativi puramente interni – dal giudice delle indagini preliminari di Monaco di Baviera sulla base degli indizi di reato presentati dal procuratore delegato tedesco «incaricato del caso». Tale assenza di conferma dell'ordine di perquisizione e sequestro era la conseguenza della deroga prevista dall'art. 3, par. 2, della legge tedesca di esecuzione del Regolamento EPPO⁵, in forza della quale l'autorizzazione del giudice tedesco non era necessaria nel caso di atti investigativi transfrontalieri qualora la legge dello Stato membro nel quale detto atto investigativo doveva essere eseguito prevedesse anch'essa un'autorizzazione o conferma di un giudice e questo era proprio il caso della legge austriaca. 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 detta 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 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'emissione 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 l'ammissibilità dell'ordine di perquisizione abbia già formato 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), in che misura il giu-

⁴ Conclusioni dell'Avvocato Generale Tamara Capeta, presentate il 22 giugno 2023 nella causa in esame n. C-281/22, par. 8. Le conclusioni dell'Avvocato Generale sono state commentate (e criticate) da H. HERRNFELD, *Efficiency contra legem? Remarks on the Advocate General's opinion delivered on 22 June 2023 in case C-281/22 G.K. and others*, in *Eucrim*, 2/2023, pp. 229-237.

⁵ *Gesetz zur Ausführung der EU-Verordnung zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft* del 10 luglio 2020.

dice dello Stato membro nel quale la misura investigativa dev'essere eseguita deve tener conto di tale prima autorizzazione o convalida da parte del giudice dello Stato membro del procuratore delegato «incaricato del caso» e quale dovrebbe essere il contenuto dell'esame della misura investigativa da parte del secondo giudice, nella fattispecie il giudice austriaco⁶?

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 EPPO⁷. 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 europea⁸ 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 di indagine potesse essere soggetto ad una doppia autorizzazione, quella del giudice delle indagini preliminari dello Stato membro del procuratore delegato «incaricato del caso» e successivamente l'autorizzazione

⁶ L'ordinanza di rinvio della Corte d'appello di Vienna è stata commentata da vari autori: A. VENEGONI, *Il rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia (caso C-281/22): l'EPPO alla sua prima, importante, prova*, in *Giurisprudenza penale Web*, 12 dicembre 2022; T. WAHL, *First EPPO case before CJEU*, in *Eucrim*, 2/2022, p. 96; A. COLLINS, *Judicial control of the EPPO: the role of the Court of justice*, in *Eucrim*, 1/2024, p. 78; E. 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*, in questa *Rivista*, n. 1-2/2022, pp. 211-223.

⁷ Doc. Com(2013)534 fin. del 17 luglio 2013 contenente la “Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea”.

⁸ 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.

del giudice dello Stato membro del procuratore delegato «incaricato di prestare assistenza»⁹.

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 applicabile¹⁰. 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 EPPO 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 in

⁹ Tuttavia l'art. 26 della proposta della Commissione non escludeva espressamente l'ipotesi dell'esigenza di una doppia autorizzazione né il principio dell'autorizzazione di un solo giudice era enunciato nella motivazione della proposta stessa, come invece si è verificato con la motivazione del testo finale del Regolamento EPPO, che al punto 72 prevede che «[di autorizzazione giudiziaria] (...) dovrebbe essercene solo una» (v. *infra*).

¹⁰ 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.

cui soltanto il diritto dello Stato membro del procuratore delegato 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 incaricato 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 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 professo* il

problema dell'esigenza di due autorizzazioni in due Stati membri diversi, aventi ad oggetto la medesima misura investigativa transfrontaliera¹¹, 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 l'eventuale¹² competenza del giudice di Monaco di Baviera in ordine all'autorizzazione dell'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, dev'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

¹¹ 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.

¹² Competenza "eventuale" in quanto, come chiarito all'udienza dall'avvocato del Governo tedesco, la legge tedesca di attuazione del Regolamento EPPO prevede una deroga al principio dell'autorizzazione del giudice nel caso in cui la misura investigativa sia soggetta alla convalida da parte del giudice dello Stato membro del procuratore delegato incaricato di prestare assistenza e questo è proprio il caso della legislazione austriaca (v. *supra*).

magistralmente posto in evidenza dai giudici viennesi nella loro ordinanza di rinvio – dalla mancanza di qualsiasi precisazione in ordine all’oggetto della 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 dev’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 intercambiabili¹³. L’ordinanza di rinvio della Corte d’appello di Vienna ha avuto pertanto 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 mediante un’interpretazione largamente integrativa dell’art. 31 del Regolamento EPPO ed in particolare delle disposizioni relative all’autorizzazione del giudice, anzi relative all’autorizzazione dei due giudici potenzialmente coinvolti nell’esecuzione in uno Stato membro delle perquisizioni disposte dal procuratore europeo delegato di un altro Stato membro.

4. Analisi della sentenza della Corte di giustizia

La sentenza della Corte si presenta estremamente ben strutturata e segue nella sua prima parte le tre fasi dell’analisi giuridica degli artt. 31 e 32 del Regolamento EPPO proposte dall’Avvocato Generale nelle proprie

¹³ Questa sembra essere l’interpretazione di H. HERRNFELD, *Efficiency contra legem?*, cit. *supra*, nota 4, p. 293.

conclusioni: esame del testo letterale dei suddetti articoli, esame del contesto legislativo nel quale tali norme vanno situate ed infine analisi degli obiettivi del Regolamento EPPO nel suo complesso e degli artt. 31 e 32 in particolare¹⁴.

4.1 *Esame del testo e del contesto degli artt. 31 e 32 del Regolamento EPPO*

Quanto al testo dei due articoli oggetto dei quesiti interpretativi posti dalla Corte d'appello di Vienna, i giudici dell'Unione hanno rilevato che l'art. 31, par. 3, del Regolamento EPPO, se da un lato prevede che il procuratore delegato incaricato di prestare assistenza è tenuto ad ottenere l'autorizzazione giudiziaria all'esecuzione della misura investigativa disposta dal procuratore delegato incaricato del caso se detta autorizzazione è imposta dal proprio codice di procedura penale, dall'altro nessun'altra disposizione degli artt. 31 e 32 del Regolamento stesso «precisa la portata del controllo che può essere effettuato ai fini di tale autorizzazione» da parte del giudice dello Stato membro del procuratore delegato incaricato di prestare assistenza¹⁵.

In ordine al contesto in cui si collocano i suddetti artt. 31 e 32, la Corte ricorda, in primo luogo, che tutto il sistema di cooperazione giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri è fondato sul principio del reciproco riconoscimento degli atti giudiziari, che a sua volta si fonda sul principio della fiducia reciproca in forza del quale ogni Stato membro «accetta l'applicazione del diritto penale degli altri Stati membri anche quando l'attuazione del proprio diritto nazionale porterebbe ad una soluzione diversa»¹⁶. Come espressione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, la Corte cita due atti legislativi dell'Unione in materia di cooperazione giudiziaria penale: la decisione quadro 2002/584/GAI relativa al mandato d'arresto europeo¹⁷ e la direttiva n. 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale¹⁸. In forza dell'art. 6 della decisione quadro 2002/584/GAI compete infatti all'autorità giudiziaria emittente as-

¹⁴ Conclusioni dell'Avvocato Generale Capeta *cit. supra*, nota 4, paragrafi da 41 a 59.

¹⁵ Sentenza in causa n. C-281/22, punto 53.

¹⁶ Sentenza in causa n. C-281/22 punto 57, che a sua volta rinvia alle precedenti sentenze 23 gennaio 2018 in causa n. 367/16, *Piotrowski*, punto 52 e 10 gennaio 2019 in causa n. C-97/18, *ET*, punto 33.

¹⁷ Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio del 13 giugno 2002 in *Gu-Ue* n. L 190 del 18 luglio 2002, p. 1.

¹⁸ Direttiva n. 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014, in *Gu-Ue* n. L 130 dell'1 maggio 2014, p. 1.

sicurare il rispetto delle condizioni necessarie per l'emissione di un mandato d'arresto europeo e conformemente al principio del riconoscimento reciproco tale valutazione dell'autorità emittente non può essere rimessa in questione dall'autorità giudiziaria dell'esecuzione¹⁹.

Più pertinente appare il riferimento della Corte alla direttiva disciplinante l'ordine europeo di indagine penale (OEI), dato che la misura investigativa di cui alla causa *a quo*, vale a dire una perquisizione con sequestro di documenti, qualora fosse stata oggetto di una cooperazione fra pubblici ministeri nazionali di due Stati membri diversi, sarebbe stata disciplinata proprio da tale medesima direttiva OEI. E non a caso nella propria ordinanza di rinvio anche la Corte d'appello di Vienna aveva rilevato che se il giudice dello Stato membro di esecuzione della misura investigativa avesse dovuto esaminare l'ammissibilità di questa stessa misura investigativa 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 avrebbe rappresentato "un enorme passo indietro" rispetto a quanto previsto dalla direttiva n. 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale (OEI)²⁰.

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 di 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 di 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

¹⁹ Sentenza in causa n. C-281/22, punti 59-61.

²⁰ Ordinanza di rinvio, p. 7, punto 11. I difficili problemi di coordinamento fra Regolamento EPPD e direttiva OEI sono stati esaminati da A. CSURI, *Towards an inconsistent European regime of cross-border evidence: the EPPD and the European Investigation Order*, in W. GEELHOED - L. H. ERKELENS - A. W. H. MEL, *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 da V. MITSILEGAS - F. GIUFFRIDA, *The European Public Prosecutor's Office and human rights*, pp. 87-92, nell'opera *loc. cit.*, i quali tuttavia non hanno trattato del ruolo che l'autorizzazione del giudice all'effettuazione di una data misura investigativa poteva giocare sotto il profilo della tutela dei diritti fondamentali dell'imputato.

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. Per i giudici austriaci sarebbe stato 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».

Nella sentenza in esame la Corte di giustizia ricorda la ripartizione di competenze disposta dagli artt. 6 e 9 della direttiva OEI, fra autorità giudiziaria emittente, che è l'unica tenuta ad assicurare il rispetto delle condizioni sostanziali richieste per l'emissione di un ordine di indagine europeo, e l'autorità giudiziaria dell'esecuzione alla quale invece è preclusa una seconda valutazione dell'esistenza di tali presupposti sostanziali dello stesso ordine di indagine europeo, in applicazione del principio del mutuo riconoscimento qualificato ancora una volta dai giudici europei come un principio generale della cooperazione giudiziaria penale realizzata all'interno dell'Unione europea²¹.

4.2 *Analisi degli obiettivi del Regolamento EPPO*

È tuttavia nella terza fase della propria argomentazione, quella avente ad oggetto gli obiettivi del Regolamento EPPO, che la sentenza della Corte di giustizia dà prova di maggiore incisività. Il punto di partenza del ragionamento dei giudici dell'Unione è rappresentato da quattro paragrafi della motivazione del Regolamento stesso dai quali risulta chiaramente che la finalità principale dell'istituzione della Procura europea è proprio quella di «consentire un processo decisionale rapido ed efficace nello svolgimento delle indagini e dell'azione penale che coinvolgono uno o più Stati membri»²², vale a dire una maggiore efficacia nel perseguire i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione. La Corte cita poi l'art. 31, par. 6, del Regolamento EPPO – una norma non menzionata né nelle conclusioni dell'Avvocato Generale né nella memoria di osservazioni della Com-

²¹ Sentenza in causa n. C-281/22, punti 62-64.

²² Regolamento EPPO n. 2017/1939/UE, par. 20, della motivazione. Gli altri paragrafi della motivazione richiamati al punto 65 della sentenza in causa n. C-282/22 sono i nn. 12, 14 e 60.

missione – secondo la quale qualora nel corso di un'indagine appaia necessaria una misura investigativa non prevista dal diritto nazionale in una situazione puramente interna, ma invece disponibile in una situazione transfrontaliera disciplinata da atti legislativi di reciproco riconoscimento, i procuratori europei delegati di due diversi Stati membri, coinvolti rispettivamente nella decisione e nell'esecuzione della misura investigativa, possano fare ricorso a tali medesimi atti legislativi ed alle relative misure investigative transfrontaliere. I giudici europei fanno leva su tale disposizione del Regolamento EPPO per arrivare alla conclusione secondo la quale «il legislatore dell'Unione ha inteso istituire un meccanismo che garantisca un grado di efficacia delle indagini transfrontaliere condotte dalla Procura europea almeno altrettanto elevato di quello risultante dall'applicazione delle procedure previste nell'ambito del sistema di cooperazione giudiziaria in materia penale fra gli Stati membri»²³.

Un'interpretazione degli artt. 31 e 32 del Regolamento secondo la quale l'autorità giudiziaria dello Stato membro del procuratore delegato incaricato di prestare assistenza sarebbe tenuta a riesaminare le condizioni sostanziali relative alla giustificazione della misura investigativa assegnata pregiudicherebbe senz'altro, secondo i giudici europei, il raggiungimento dell'obiettivo di una maggiore efficienza delle indagini transfrontaliere perseguito dal legislatore dell'Unione. Per corroborare questa sua decisiva affermazione, la Corte di giustizia fa interamente proprie le preoccupazioni espresse con grande acutezza dai giudici della Corte d'appello di Vienna. L'ordinanza di rinvio aveva, infatti, posto in evidenza un gravissimo inconveniente che sarebbe derivato 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 avevano rilevato a questo proposito 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, avrebbe comportato necessariamente la trasmissione a detto giudice di tutti i documenti contenuti nel fascicolo

²³ Sentenza in causa n. C-281/22, punto 67.

processuale principale aperto nel proprio Stato membro dal procuratore delegato incaricato del caso che aveva 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 avrebbe posto 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 tedesca²⁴. A questo riguardo sarebbe stato 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 stata finalizzata all'autorizzazione di una sola misura investigativa – nella fattispecie concreta: una perquisizione – quando è un dato di comune esperienza che le indagini 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. Un'interpretazione dell'art. 31, par. 3, del Regolamento EPPO nel senso di esigere un secondo riesame nel merito dell'ammissibilità dell'atto di indagine avrebbe sicuramente comportato 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.

Dopo aver interamente fatto propria questa grave preoccupazione del giudice di rinvio²⁵, la Corte di giustizia ha aggiunto una seconda considerazione in ordine all'impatto del tutto negativo che avrebbe comportato l'attribuzione al giudice dello Stato membro del procuratore "incaricato di prestare assistenza" della competenza a riesaminare «la giustificazione e l'adozione» della misura investigativa "assegnata": sulla base del chiaris-

²⁴ 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 Stati membri, 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.

²⁵ Sentenza in causa n. C-281/22, punto 69.

simo disposto dell'art. 31, par. 2, del Regolamento EPPO, detto giudice avrebbe dovuto applicare, al fine del riesame dei presupposti sostanziali della suddetta misura investigativa, il diritto dello Stato membro del procuratore delegato incaricato del caso, vale a dire il diritto di un altro Stato membro, con tutti i gravissimi, per non dire insuperabili, problemi di traduzione e di comprensione di un codice di procedura penale, e più in generale di un ordinamento giuridico, completamente diverso da quello che detto giudice è solito applicare nell'esercizio normale delle proprie funzioni²⁶.

Da queste argomentazioni di diritto e di fatto la Corte di giustizia ha tratto la ben motivata conclusione²⁷ che l'unica soluzione possibile a questi problemi di cruciale importanza per il buon funzionamento della Procura europea era quella di limitare, sulla base di una chiara «suddivisione di responsabilità» fra le due autorità giudiziarie, i criteri di autorizzazione *ex ante* o di convalida *ex post* 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 e di sequestri di documenti). Al giudice dello Stato membro di esecuzione della misura investigativa è stato dalla Corte 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 convalida²⁸ da parte del giudice competente di quello stesso Stato membro.

²⁶ Sentenza in causa n. C-281/22, punto 70. Parafrasando l'art. 25, par. 4, del Regolamento EPPO, i giudici europei hanno affermato, non senza un fine umorismo, che «non si può ritenere che tale autorità giudiziaria [dello Stato membro nel quale la misura investigativa dev'essere eseguita] si trovi una posizione migliore rispetto all'autorità competente dello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato del caso per procedere ad un siffatto esame [della giustificazione della misura investigativa] alla luce del diritto di quest'ultimo Stato membro».

²⁷ Conclusione enunciata sia ai punti 71 e 72 della motivazione sia nel dispositivo stesso della sentenza in causa n. C-281/22.

²⁸ 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 non aveva autorizzato l'emissione dell'ordine di perquisizione, da eseguire in Austria, emesso dal procuratore europeo delegato di quella città, in quanto, come sopra precisato, la legge tedesca prevedeva una deroga all'esigenza di tale autorizzazione qualora la legge dello Stato membro del procuratore delegato incaricato di prestare assistenza imponesse un'autorizzazione o convalida da parte di un'autorità giudiziaria di quel secondo Stato membro, come nel caso del codice di procedura penale austriaco.

4.3 *Creazione di un obbligo di prevedere un «previo controllo giurisdizionale» sulla giustificazione delle misure investigative disposte dal procuratore delegato «incaricato del caso»*

Se fino a questo punto della motivazione la Corte di giustizia ha seguito sostanzialmente le tesi che le erano state prospettate dalla Procura europea, dalla Commissione e dall'Avvocato Generale, nell'ultima parte della loro pronuncia i giudici dell'Unione hanno elaborato un ragionamento del tutto originale che è sfociato in un preciso e pesante obbligo imposto in via giurisprudenziale ai legislatori degli Stati membri e formulato in termini estremamente chiari nella seconda parte del dispositivo della sentenza medesima in forza del quale: «gli elementi relativi alla giustificazione e all'adozione della misura [investigativa] (...) devono essere sottoposti ad un previo controllo giurisdizionale effettuato nello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato del caso in situazioni di grave ingerenza nei diritti della persona interessata». Nella parte finale delle proprie conclusioni l'Avvocato Generale Capeta si era posto anch'esso il problema del rispetto dei diritti fondamentali dell'imputato in relazione alla forte limitazione dei poteri di controllo della misura investigativa assegnata da parte del giudice dello Stato del procuratore delegato incaricato di prestare assistenza. Tuttavia l'Avvocato Generale non si era certo spinto fino a proporre l'istituzione *ex novo* di un obbligo a carico degli Stati membri, ma aveva ritenuto che la tutela dei diritti fondamentali dell'imputato fosse sufficientemente garantita dagli artt. 41 e 42 del Regolamento EPPO disciplinanti rispettivamente la «Portata dei diritti degli indagati e degli imputati» ed il «Controllo giurisdizionale» sugli atti procedurali della Procura europea.

Il punto di partenza dell'argomentazione della Corte di giustizia è l'obbligo imposto agli Stati membri dall'art. 51, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali, di assicurare nell'attuazione del Regolamento EPPO il rispetto dei diritti fondamentali enunciati nella Carta stessa. Infatti per i giudici dell'Unione delle misure investigative quali le perquisizioni in abitazioni private e i sequestri di beni personali di cui alla causa *a quo*, costituiscono «ingerenze gravi» nel diritto fondamentale al rispetto della vita privata, del domicilio e delle comunicazioni private, sancito dall'art. 7 della Carta, nonché nel diritto di proprietà enunciato all'art. 17 della stessa. Da questi presupposti di diritto primario dell'Unione deriva allo Stato membro del procuratore delegato incaricato del caso, vale a dire titolare dell'indagine, l'obbligo di prevedere nella propria legislazione penale «garanzie adeguate e sufficienti, quali un controllo giurisdizionale preventivo

al fine di assicurare la legittimità e la necessità di siffatte misure (investigative)»²⁹. L'esistenza del suddetto obbligo troverebbe inoltre ulteriore fondamento e conferma, sempre secondo i giudici dell'Unione, in vari richiami ai diritti fondamentali sanciti dalla Carta, contenuti in tre articoli del Regolamento EPPO, oltre che in vari paragrafi della motivazione, e precisamente: l'art. 5, par. 1, secondo il quale la Procura europea deve garantire che le sue attività rispettino i diritti fondamentali; l'art. 41, par. 1, in forza del quale le attività della Procura europea «si svolgono nel pieno rispetto dei diritti degli indagati e degli imputati sanciti dalla Carta, in particolare il diritto ad un giudice imparziale e i diritti della difesa»; nonché l'art. 31, par. 5, lett. c., , riguardante l'ipotesi in cui il procuratore delegato incaricato di prestare assistenza ritenga che una misura alternativa “meno intrusiva” consenta di conseguire gli stessi risultati della misura assegnata; in tal caso quest'ultimo informa il procuratore europeo incaricato della sorveglianza dell'indagine e consulta il procuratore delegato incaricato del caso al fine di «risolvere la questione a livello bilaterale»³⁰. Risulta evidente da questa analisi degli ultimi cinque importantissimi punti della motivazione della sentenza in esame la preoccupazione della Corte di giustizia di fornire all'interprete – ed *in primis* al giudice di rinvio – giustificazioni il più possibile solide dell'istituzione di un tale obbligo imposto ai legislatori degli Stati membri di introdurre nel proprio diritto processuale penale, qualora non lo avessero già contemplato, un controllo giurisdizionale preventivo di misure investigative particolarmente invasive della sfera privata dell'imputato, quali gli ordini di perquisizione e di sequestro di documenti di cui alla causa *a quo*, controllo giurisdizionale peraltro non previsto da alcuna norma del Regolamento EPPO. Si potrà quindi condividere o non condividere tale interpretazione data dai giudici dell'Unione agli artt. 31 e 32 del Regolamento EPPO, ma non li si potrà certo accusare di non aver sufficientemente motivato l'affermazione dell'esistenza di un obbligo, in capo agli Stati membri, di introdurre un controllo giurisdizionale su certe misure investigative particolarmente invasive della sfera privata degli imputati, obbligo – come si visto – che i giudici europei hanno fatto derivare dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

²⁹ Sentenza in causa n. C-281/22, punti 73-75.

³⁰ *Ivi*, punti 76 e 77.

5. Considerazioni conclusive: esigenza di un intervento del legislatore dell'Unione

5.1 Segue: *al fine di definire i poteri di controllo del giudice dello Stato membro del procuratore delegato «incaricato del caso»*

L'impressione complessiva che si ricava da un'attenta e meditata lettura della sentenza in causa n. C-281/22 è che la Corte di giustizia abbia dato prova ancora una volta di una straordinaria "creatività giurisprudenziale". In primo luogo i giudici dell'Unione non hanno avallato in alcun punto della motivazione della sentenza il principio dell'«autorizzazione unica» enunciato al punto 72 della motivazione del Regolamento EPPO, principio che non essendo stato trasfuso in alcuna disposizione degli artt. 30-32 del Regolamento stesso disciplinanti *ex professo* le misure investigative che possono essere disposte ed eseguite dai procuratori europei delegati, deve ritenersi ormai lettera morta. In secondo luogo, accogliendo la tesi interpretativa proposta dalla Procura europea, dalla Commissione, dall'Avvocato generale, nonché dalla stessa Corte d'appello di Vienna alla fine della sua breve, ma estremamente densa ordinanza di rinvio³¹, la Corte di giustizia ha non solo interpretato, bensì anche integrato gli artt. 31 e 32 del Regolamento EPPO in quanto vi ha aggiunto una precisazione sostanziale che non figura affatto nel testo di tali norme.

Infatti, come rilevato in precedenza, i giudici dell'Unione hanno dedotto in via puramente interpretativa dalla "suddivisione di responsabilità" fra procuratore delegato incaricato del caso – responsabilità in ordine alla giustificazione della misura investigativa – e procuratore delegato incaricato di prestare assistenza – responsabilità relativa alla corretta esecuzione della misura investigativa – la regola non scritta in forza della quale il controllo del giudice dello Stato membro nel quale detta misura deve essere eseguita a cura del procuratore delegato incaricato di prestare assistenza deve limitarsi alle modalità di esecuzione della misura stessa. In altri termini, dalla "suddivisione di responsabilità" fra i procuratori europei delegati di due diversi Stati membri la Corte di giustizia ha dedotto in via interpretativa – ma mediante un'interpretazione chiaramente integrativa delle norme del Regolamento oggetto dell'interpretazione – una parallela "suddivisione di competenze" fra le autorità giudiziarie aventi poteri di controllo sull'operato dei due procuratori delegati coinvolti nella decisione e nell'esecuzione di atti di indagine transfrontalieri³².

³¹ Ordinanza di rinvio, p. 8, par. 12.

³² Ritiene invece che la Corte di giustizia abbia elaborato un'interpretazione «difforme dal

Sotto questo profilo, tuttavia, la sentenza in esame non appare del tutto innovativa in quanto essa si inserisce in un solco di sentenze pregiudiziali integrative di disposizioni e di concetti giuridici di diritto dell'Unione che risale ormai a vari decenni fa, vale a dire nel solco di una lunga serie di sentenze con le quali la Corte di giustizia ha colmato delle lacune lasciate – intenzionalmente o meno – dal legislatore nel testo di disposizioni di regolamenti o direttive³³, lacune normative determinate spesso dall'incapacità del Consiglio e/o del Parlamento europeo di trovare un accordo completo su tutte le disposizioni di un dato atto legislativo. In questi precedenti casi come nel caso di specie, resta comunque inalterata la responsabilità primaria del legislatore dell'Unione in ordine all'esigenza di modificare e completare mediante una normale procedura legislativa le disposizioni del Regolamento EPPO che la Corte di giustizia ha integrato in via giurisprudenziale e questo, al fine di assicurare l'indispensabile sicurezza giuridica in un settore di legislazione così delicato come la procedura penale. Più precisamente, la Commissione ed il Consiglio dei Ministri della giustizia dovranno completare al più presto il testo dell'art. 31, par. 3, del Regolamento EPPO per chiarire che l'oggetto dell'autorizzazione del giudice dello Stato membro del procuratore delegato incaricato di prestare assistenza dev'essere limitato alle modalità di esecuzione della misura investigativa disposta dal procuratore europeo di un altro Stato membro, titolare dell'indagine. In quell'occasione il legislatore dell'Unione dovrà anche precisare, sempre al fine di assicurare la necessaria certezza del diritto ai giudici penali nazionali che dovranno applicare la sentenza della Corte, in che cosa consistono esattamente «gli elementi relativi all'esecuzione di tale misura (investigativa)» di cui al dispositivo della sentenza stessa e che dal 21 dicembre 2023 costituiscono l'oggetto esclusivo del controllo dei suddetti giudici sulle misure investigative assegnate ad un procuratore delegato del loro Stato membro³⁴.

tenore letterale del regolamento» N. GIBELLI, *Sui controlli giurisdizionali nelle indagini transfrontaliere dell'EPPO*, cit. supra, nota 1, p. 37.

³³ Fra i tanti esempi di tale giurisprudenza “integrativa”, vale a dire che completa il contenuto di norme di direttive o regolamenti dell'Unione, si segnala la nota sentenza *IRAP* del 3 ottobre 2006 in causa n. C-475/03, *Banca popolare di Cremona*, laddove la Corte di giustizia ha elaborato *ex novo* le quattro caratteristiche che deve presentare un'imposta sulla cifra d'affari avente la stessa natura dell'IVA, vietata in quanto tale dall'art. 401 della direttiva IVA n. 112/2006/Ce (applicazione generale a tutte le cessioni di beni e prestazioni di servizi, misura proporzionale al prezzo del bene o del servizio, riscossione ad ogni fase del processo di produzione e distribuzione del bene o del servizio, deducibilità dell'imposta pagata “a monte” dall'importo dell'imposta dovuta “a valle”).

³⁴ Tale esigenza di un intervento del legislatore dell'Unione su questo aspetto dell'art. 31, par. 3, del Regolamento EPPO, è stata posta in evidenza anche da H. HERRNFELD al cap. V del suo commento critico *Efficiency contra legem?*, cit. supra, nota 4, alle conclusioni dell'Avvocato Generale. Nel caso specifico della causa n. C-281/22 si potrebbe ipotizzare, trattandosi di

5.2 Segue: *al fine di individuare le misure investigative che esigono un'autorizzazione del giudice*

Ben più innovativa si presenta invece la sentenza in esame per quanto riguarda l'ultima parte della sua motivazione nella quale, come sopra rilevato, la Corte ha creato *ex novo* – ma non *ex nihilo* – un obbligo per gli Stati membri di introdurre nei rispettivi codici di procedura penale «un controllo giurisdizionale preventivo al fine di assicurare la legittimità e la necessità di siffatte misure»³⁵ (misure investigative che comportano «gravi ingerenze» nei diritti fondamentali delle persone). Nel momento in cui la Corte ha privato l'autorità giudiziaria dello Stato del procuratore delegato incaricato di prestare assistenza del potere di riesaminare la giustificazione dell'atto di indagine (indizi di reato, grado di responsabilità degli imputati, necessità e proporzionalità della misura investigativa), la Corte stessa si è preoccupata – e giustamente – della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali degli imputati, dato che le perquisizioni di locali e i sequestri di documenti oggetto del processo *a quo* costituivano manifestamente delle «gravi ingerenze» in alcuni diritti fondamentali di tali persone (rispetto della vita privata e del diritto di proprietà). Più precisamente, i giudici dell'Unione hanno collegato il disposto dell'art. 31, par. 2, del Regolamento EPPO³⁶ agli artt. 7 e 17 della Carta dei diritti fondamentali per dedurre il suddetto obbligo dei legislatori nazionali di introdurre nei rispettivi codici di procedura penale, se già non era prevista, un'autorizzazione o una convalida, da parte di un giudice, delle «perquisizioni di abitazioni private, delle misure cautelari relative a beni personali e del sequestro di beni di cui all'art. 30, paragrafo 1, lett. a) e d) del regolamento 2017/1939»³⁷.

Questa creazione in via giurisprudenziale di un obbligo “positivo” a carico dei legislatori nazionali costituisce certamente una decisione molto audace dei giudici dell'Unione, per quanto essa appaia ben motivata. In sostanza la Corte di giustizia si è sostituita al legislatore europeo per il fatto che non si è limitata a completare una disposizione esistente del Rego-

una perquisizione di locali degli imputati ad uso sia commerciale sia di abitazione privata, che attenga alle modalità di esecuzione della perquisizione assegnata al procuratore delegato austriaco, l'identificazione precisa degli immobili e dei locali che possono formare l'oggetto della perquisizione disposta dal procuratore delegato tedesco.

³⁵ Sentenza in causa n. C-281/22, punto 75 e dispositivo, ultima parte.

³⁶ «La giustificazione e l'adozione di tali misure sono disciplinate dal diritto dello Stato membro del procuratore europeo incaricato del caso».

³⁷ Sentenza in causa n. C-281/22, punto 74. Ritiene invece che dalla sentenza della Corte non derivi chiaramente un obbligo a carico degli Stati membri, attualmente dagli stessi non previsto, di introdurre nella loro legislazione un previo controllo giurisdizionale degli atti investigativi del procuratore delegato incaricato del caso N. GIBELLI, *Sui controlli giurisdizionali nelle indagini transfrontaliere dell'EPPO*, cit. *supra*, nota 1, p. 43.

lamento EPPO, come quando ha definito – limitandoli – i poteri di controllo del giudice dello Stato membro di esecuzione della misura investigativa, ma ha aggiunto agli artt. 31 e 32 del medesimo Regolamento una norma nuova imponendo agli Stati membri un obbligo aggiuntivo, vale a dire quello di prevedere nella loro legislazione penale l'autorizzazione di un giudice per gli atti di indagine disposti dal procuratore delegato incaricato del caso che costituiscono una «grave ingerenza» nei diritti fondamentali degli imputati. Va tuttavia ricordato al riguardo che esistono alcuni rari precedenti di obblighi positivi creati in via giurisprudenziale a carico degli Stati membri, che la Corte ha dedotto dall'uno o dall'altro principio della Carta dei diritti fondamentali. Basterà ricordare al riguardo l'obbligo imposto ai legislatori nazionali, in caso di riduzione retroattiva dei termini per presentare le domande di rimborso di imposte incompatibili con il diritto dell'Unione, di prevedere un periodo transitorio “sufficiente” in modo da consentire ai contribuenti di disporre del tempo necessario per presentare le domande o i ricorsi necessari a far valere efficacemente i loro diritti³⁸. Anche il diritto fondamentale di difesa, o diritto al contraddittorio, ha offerto alla Corte di giustizia la base giuridica per affermare l'esistenza di un obbligo positivo, in capo alle amministrazioni degli Stati membri, di concedere ai destinatari di atti amministrativi potenzialmente lesivi dei loro diritti, la possibilità di presentare osservazioni prima dell'adozione del suddetto atto amministrativo e questo anche nei casi in cui né la legislazione dell'Unione né quella nazionale prevedevano un tale diritto al contraddittorio preventivo³⁹.

A conclusione di questa analisi della sentenza in causa n. C-281/22 va rilevato che la creazione in via esclusivamente giurisprudenziale del predetto obbligo, a carico dei legislatori nazionali, di sottoporre ad un «previo controllo giurisdizionale» gli atti di indagine disposti dal procuratore dele-

³⁸ Sentenza del 24 settembre 2002 in causa n. C-255/00, *Grundig italiana*, punti 38 e 40. Il principio generale di diritto dell'Unione applicato dalla Corte in quel caso è stato il principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti conferiti ai singoli dal medesimo diritto dell'Unione (art. 47 della Carta dei diritti fondamentali). Il dispositivo di tale sentenza ha fissato a sei mesi il periodo transitorio minimo durante il quale i contribuenti interessati potevano ancora far valere il loro diritto al rimborso dell'imposta illegittima. In proposito v. EN. TRAVERSA - ED. TRAVERSA, *La protezione dei diritti dei contribuenti nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, n. 4/2016, pp. 1374-1375.

³⁹ Sentenza del 3 luglio 2014 in causa C-129/13, *Kamino*, riguardante la riscossione *a posteriori* di dazi doganali mediante un atto di accertamento dell'amministrazione. Il diritto di difesa si trova sancito dall'art. 48 della Carta dei diritti fondamentali per quanto riguarda il processo penale, mentre nel procedimento amministrativo tale diritto viene denominato diritto al contraddittorio e si trova sancito all'art. 41.2.a. della stessa Carta. In proposito cfr. R. ALFANO, *Sanzioni amministrative tributarie e tutela del contribuente*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 173 e 174.

gato incaricato del caso, ha determinato una situazione di grave incertezza giuridica che soltanto un intervento del legislatore dell'Unione (Commissione e Consiglio dei Ministri della giustizia) può risolvere. L'art. 26 della proposta della Commissione del 2013 avente ad oggetto il Regolamento EPPO può rappresentare a questo riguardo un utile modello. Quel lungo art. 26 imponeva agli Stati membri di introdurre nelle loro legislazioni penali ben ventuno misure investigative da mettere a disposizione della Procura europea (par. 1 e 2). Lo stesso art. 26 specificava poi espressamente, al par. 4, le dieci misure investigative a disposizione della Procura europea soggette all'autorizzazione dell'autorità giudiziaria, che era designata – erroneamente “col senno di poi” – nell'autorità giudiziaria dello Stato membro nel quale dette misure investigative dovevano essere eseguite. La sentenza della Corte non poteva ovviamente andare al di là delle misure investigative oggetto del processo *a quo* ed esplicitamente richiamate al punto 75 della motivazione (perquisizioni di abitazioni private, misure cautelari relative a beni personali e sequestro di beni, di cui all'art. 30, par. 1, lett. *a.* e *d.*, del Regolamento EPPO). *Quid* di tutte le altre misure investigative previste allo stesso art. 30, par. 1, che gli Stati membri devono mettere a disposizione dei procuratori europei delegati nei casi in cui i reati oggetto dell'indagine siano punibili con una pena massima di almeno quattro anni? Certamente non tutte tali misure investigative costituiscono «gravi ingerenze» nei diritti fondamentali degli imputati⁴⁰, ragione per la quale un intervento del legislatore dell'Unione appare indispensabile per individuare in via generale e complessiva le misure investigative che richiedono necessariamente l'autorizzazione o la convalida del giudice dello Stato membro del procuratore delegato titolare dell'indagine che ha assegnato l'una o l'altra misura investigativa ad un collega di un altro Stato membro per l'esecuzione della stessa.

La sentenza in esame ha innovato su un aspetto talmente essenziale per il buon funzionamento della Procura europea, vale a dire la disciplina delle indagini transfrontaliere costituenti il principale valore aggiunto di tale autorità inquirente dell'Unione, che sembra molto improbabile che la Commissione e il Consiglio si possano permettere di attendere la data del 1° giugno 2026 prevista all'art. 119 del Regolamento EPPO per la prima valutazione dell'attuazione del Regolamento stesso da parte della Com-

⁴⁰ Anche se in tre casi tale «grave ingerenza» nei diritti fondamentali degli imputati può essere dedotta dalla circostanza che gli Stati membri possono introdurre, sulla base dell'art. 30, par. 3, del Regolamento, specifiche limitazioni al ricorso alle misure investigative di cui al par. 1, lett. *c.* (produzione di dati informatici), lett. *e.* (intercettazione di comunicazioni elettroniche) e lett. *f.* (tracciamento di oggetti mediante mezzi tecnici).

missione e per la sua prima proposta di revisione⁴¹. Una data che appare tanto più irrealisticamente lontana in quanto è facilmente prevedibile che altre giurisdizioni penali dell'Unione, poste di fronte alle persistenti lacune degli artt. 31 e 32 del Regolamento evidenziate dalla sentenza in esame, chiederanno alla Corte di giustizia di precisare ulteriormente la portata delle due nuove importanti regole create in via giurisprudenziale dalla Corte stessa per rimediare nel breve periodo a tali gravi lacune normative (portata del controllo del giudice dello Stato membro dell'esecuzione della misura investigativa e necessità del controllo di un giudice dello Stato membro del procuratore delegato titolare dell'indagine per le misure investigative più invasive). In conclusione, i giudici dell'Unione hanno inaugurato la giurisprudenza avente ad oggetto l'interpretazione del Regolamento EPPO con una sentenza coraggiosa, estremamente creativa e ben motivata⁴², una sentenza che si è dimostrata, ad un'attenta analisi, all'altezza del prestigio che la Corte di giustizia si è guadagnata in sessantacinque anni di esercizio delle sue delicate ed importanti funzioni.

Enrico Traversa*

SINTESI

L'Autore esamina in dettaglio la prima sentenza pregiudiziale della Corte di giustizia avente ad oggetto il Regolamento (Ue) n. 2017/1939 istitutivo della Procura europea e precisamente le disposizioni contenute negli artt. 31 e 32 che disciplinano le indagini transfrontaliere. Nel procedimento *a quo* la perquisizione era stata disposta dal procuratore europeo delegato di Monaco di Baviera incaricato del caso 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 giustizia di pronunciarsi sul problema dei criteri di esame di una misura investigativa da parte del giudice dello Stato membro nel quale tale misura deve essere eseguita. Per la Corte di giustizia l'esame della misura investigativa da parte di tale giudice deve essere limitato al

⁴¹ Condivide questa preoccupazione circa l'urgenza di un intervento del legislatore dell'Unione N. FRANSSEN, *The judgment in G.K. e.a.*, p. 6.

⁴² Quanto alla qualità e alla congruità della motivazione della sentenza, di diverso parere è N. GIBELLI, *Sui controlli giurisdizionali nelle indagini transfrontaliere dell'EPPO*, cit. *supra*, nota 1, p. 46, cap. 6 ("Conclusioni").

* Già avvocato e Direttore della Sezione «Giustizia e affari interni» del Servizio giuridico della Commissione europea; Professore a contratto di diritto dell'Unione europea / Università di Bologna - *Alma Mater Studiorum*

controllo del rispetto delle sole norme di procedura che nello Stato membro del PED incaricato di prestare assistenza regolano l'esecuzione della misura investigativa. Il riesame dei presupposti sostanziali della misura stessa da parte di tale giudice comporterebbe infatti la trasmissione di tutto il fascicolo processuale dallo Stato membro del PED incaricato del caso allo Stato membro del PED 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 processuali. La Corte di giustizia ha, tuttavia, aggiunto a tale sostanziale limitazione dei poteri di controllo del giudice dello Stato membro del procuratore delegato incaricato di prestare assistenza un tassativo obbligo per lo Stato membro del procuratore delegato incaricato del caso, di prevedere nella propria legislazione un controllo giurisdizionale preventivo su tutte le misure investigative che comportano una grave ingerenza nei diritti fondamentali degli imputati.

ABSTRACT

The Author examines thoroughly the first judgement of the EU Court of justice concerning the 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». In the main proceedings the European delegated prosecutor (EPD) of Munich (Germany) «handling the case» ordered a search 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 Court of justice the control of the investigative measure by such a judge has 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. An examination of the substantive requirements of the investigative measure by this same 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. The Court of justice has nevertheless coupled such substantial limitation of the control powers of the judge of the Member State of the assisting delegated prosecutor with a clear obligation imposed upon the Member State of the «handling» European delegated prosecutor. Such a Member State will be obliged to introduce into its rules of criminal proceedings a prior judicial review on all the investigative measures which seriously interfere with the fundamental rights of the accused persons.

CONCESSIONI BALNEARI: LA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA DICHIARA CHE L'ART. 49 DEL CODICE DI NAVIGAZIONE ITALIANO CHE PREVEDE, A SCADENZA DELLA CONCESSIONE, L'ACQUISIZIONE A TITOLO GRATUITO E SENZA INDENNIZZO DELLE OPERE NON AMOVIBILI REALIZZATE DAL CONCESSIONARIO NON COSTITUISCE UNA RESTRIZIONE ALLA LIBERTÀ DI STABILIMENTO, PREVISTA DALL'ART. 49 TFUE

Corte di giustizia

Sentenza dell'11 luglio 2024 in causa n. C-598/22*

Società Italiana Imprese Balneari Srl c. Comune di Rosignano Marittimo, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Agenzia del demanio – Direzione regionale Toscana e Umbria, Regione Toscana,

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Artt. 49 e 56 TFUE - Libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi - Divieto di restrizioni – Concessioni del demanio pubblico marittimo - Scadenza e rinnovo - Norma nazionale che prevede l'acquisizione gratuita e senza indennizzo delle opere inamovibili realizzate dal concessionario da parte dello Stato - Insussistenza.

L'art. 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che: esso non osta ad una norma nazionale secondo la quale, alla scadenza di una conces-

* EU:C:2024:597. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet <https://curia.europa.eu>. In argomento v. *infra*, p. 131 ss., il commento di *GIANNANGELO MARCHEGANI*.

sione per l'occupazione del demanio pubblico e salva una diversa pattuizione nell'atto di concessione, il concessionario è tenuto a cedere, immediatamente, gratuitamente e senza indennizzo, le opere non amovibili da esso realizzate nell'area concessa, anche in caso di rinnovo della concessione.

RILIEVI CRITICI SULLA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA UE CONCERNENTE LA LEGITTIMITÀ DELL'ART. 49 DEL CODICE DELLA NAVIGAZIONE DAL PUNTO DI VISTA DEL DIRITTO EUROPEO

Sommario. **I.** Premessa - **II.** Sulla ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale: punti 41 e 42 della motivazione - **III.** Sulla questione pregiudiziale - **1.** Punto 44 della motivazione - **2.** Punto 45 della motivazione - **3.** Punto 46 della motivazione - **4.** Punto 47 della motivazione - **5.** Punti da 48 a 62 della motivazione - **IV.** Ulteriori aspetti del rinvio pregiudiziale trascurati dalla Corte di giustizia - **V.** Conclusioni.

I. Premessa

In risposta ad una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato italiano ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), la Corte di giustizia, con la sentenza dell'11 luglio 2024 in causa n. C-598/22, *Società Italiana Imprese Balneari Srl*¹, ha avuto modo di occuparsi di un aspetto particolare della questione che preoccupa da molti anni i titolari delle concessioni demaniali marittime (le c.d. concessioni balneari)². In buona sostanza, con il rinvio pre-

¹ EU:C:2024:597.

² Come noto, la vicenda delle concessioni balneari ha richiamato l'attenzione di una vasta, anche se talvolta ripetitiva, dottrina. Per un'esauriente visione dei suoi diversi aspetti vedi in particolare C. BENETAZZO *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento* in *Federalismi.it*, 28 dicembre 2016, pp. 1-31; B. CARAVITA DI TORITTO - G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in *Federalismi.it*, 11 agosto 2021, pp. 1-21; 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, nonché ID., *"Concessioni balneari". Una modesta proposta ispirata ad un modello che già da tempo sta*

giudiziale il giudice remittente ha chiesto di sapere se gli artt. 49 e 56 TFUE ed i principi desumibili dalla sentenza *Laezza*³, ove ritenuti applicabili, ostino all'interpretazione dell'art. 49 del Codice della navigazione (CN), come confermata dal Supremo giudice amministrativo italiano. In particolare, il giudice del rinvio voleva conoscere la sorte delle opere edilizie realizzate sull'area demaniale e facenti parte del complesso di beni organizzati per l'esercizio dell'impresa balneare in causa (punto 33 della motivazione).

La Corte di giustizia ha risposto al quesito prendendo innanzitutto atto del fatto che, ai sensi del suddetto art. 49 CN, alla scadenza di una concessione per l'occupazione del demanio pubblico, il concessionario, salva una diversa pattuizione nell'atto di concessione, è tenuto a cedere, immediatamente, gratuitamente e senza indennizzo, le opere non amovibili da esso realizzate nell'area concessa in uso, anche in caso di rinnovo della concessione. Sulla base di questa premessa essa ha quindi affermato che il diritto nazionale in questione non viola l'art. 49 TFUE, in quanto il dispositivo dell'art. 49 CN non provoca una restrizione capace di ostacolare la libertà di stabilimento protetta da detta norma europea.

I Giudici di Lussemburgo hanno fondato questa affermazione su una serie di motivazioni che, in ragione della loro complessità, consigliano un approccio selettivo, basato non su una considerazione complessiva del ragionamento adottato nella sentenza, bensì ricorrendo ad un esame articolato, in ordine crescente, dei singoli punti della motivazione in diritto. È necessario, tuttavia, sottolineare fin d'ora che questo scritto si propone di dimostrare che la sentenza in questione contrasta in maniera evidente con una giurisprudenza consolidata della stessa Corte di giustizia concernente l'art. 56 del TFUE. In questo contesto è bene inoltre premettere due ulteriori osservazioni utili a delimitare i termini della questione nel suo insieme. In primo luogo, la concessione balneare in contenzioso, assentita in origine nel corso dell'anno 1928, è stata in seguito rinnovata più volte dal Comune di Rosignano Marittimo, fino alla data di scadenza ufficiale del 31 dicembre 2014. In secondo luogo, non si ritiene di analizzare le motivazioni della sentenza che esaminano le differenze e le relative conse-

avendo successo in Italia per gestire i problemi connessi alle "Concessioni balneari" in modo ragionevole e democratico, equo, trasparente, conforme al diritto, nonché remunerativo a vantaggio dell'ambiente e delle collettività interessate, in questa *Rivista*, 2023, pp. 1-20; C. CURTI GIALDINO, *La sentenza della Corte di giustizia europea del 20 aprile 2023 in tema di concessioni balneari: spunti critici e proposte per chiudere una storia infinita*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2023, p. 455 ss. Inoltre, si permetta il rinvio a G. MARCHEGIANI, *Le vicissitudini delle concessioni balneari e la precarietà della loro condizione*, in *Urbanistica e appalti*, 1/24, pp. 5-18.

³ Sentenza del 28 gennaio 2016 in causa n. C-375/14, *Laezza*, EU:C:2016:60.

guenze tra rinnovo e proroga di una concessione balneare né le motivazioni che concernono la domanda di riapertura della fase orale, trattandosi di considerazioni estranee all'intento di questo scritto.

II. Sulla ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale: punti 41 e 42 della motivazione

Nel valutare la ricevibilità della questione pregiudiziale, la Corte ha innanzitutto preso atto del fatto che, anche se la controversia presenta carattere puramente interno, il CN si applica indistintamente agli operatori economici italiani e a quelli provenienti da altri Stati membri. In secondo luogo, essa ha sostanzialmente condiviso l'opinione del giudice del rinvio, secondo il quale anche operatori stabiliti in altri Stati membri potevano essere interessati ad esercitare l'attività balneare sul territorio italiano avvalendosi di entrambe le libertà, sia di stabilimento sia di prestazione dei servizi. Tuttavia, nonostante questa incoraggiante premessa la Corte, sulla scorta delle conclusioni dell'Avvocato Generale Tamara Capeta, presentate l'8 febbraio 2024, ha ritenuto di rispondere alla domanda di pronuncia pregiudiziale del giudice nazionale ammettendo la ricevibilità di tale domanda solo nei limiti in cui questa verte sull'art. 49 TFUE.

Si tratta di una decisione sorprendente, ancor più incomprensibile se si considera che il Giudice europeo l'ha giustificata con riferimento al punto 50 di una propria sentenza del 15 novembre 2016⁴. Ora, dalla lettura del testo integrale di tale sentenza risulta chiaramente che questa, per un verso, contempla le libertà fondamentali in generale e, quindi, anche quella tutelata dall'art. 56 TFUE e, per un altro verso, considera che la normativa nazionale in discussione, applicabile indistintamente ai cittadini nazionali e ai cittadini di altri Stati membri, può produrre effetti che non sono limitati allo Stato membro in questione. Per di più, vale la pena di osservare come il punto 54 della stessa sentenza richiamata dalla Corte affermi che gli «elementi concreti che consentono di stabilire un collegamento fra l'oggetto o le circostanze di una controversia i cui elementi sono tutti collocati all'interno dello Stato membro interessato, e gli articoli 49, 56 o 63 TFUE devono infatti risultare dalla decisione di rinvio». Un collegamento che, a ben vedere, il giudice del rinvio ha peraltro messo chiaramente in rilievo nella domanda pregiudiziale.

Non è facile nascondere l'imbarazzo nell'espone questa visibile discrepanza tra la richiesta del giudice del rinvio, improntata sugli artt. 49 e 56 del TFUE, e l'ambigua risposta del giudice europeo, basata solo sul-

⁴ Sentenza del 15 novembre 2016 in causa n. C-268/15, *Ullens de Schooten*, EU:C:2016:874.

l'art. 49 TFUE. Più precisamente, le stesse motivazioni della sentenza in commento mostrano con evidenza che la richiesta del giudice del rinvio era diretta ad accertare la legittimità dell'art. 49 CN alla luce di entrambe le norme del TFUE in materia di libertà di stabilimento e di servizi. Mentre, come accennato in precedenza, la risposta del giudice europeo si è limitata a valutare tale legittimità sul fondamento del solo art. 49 TFUE, per di più giustificandola, come si vedrà anche in seguito, con motivazioni incoerenti. Insomma, al di fuori di ogni altra considerazione, non si può negare che nel confronto tra la domanda pregiudiziale e la relativa sentenza si è verificata una condizione di incomunicabilità degna di un film del regista Michelangelo Antonioni. Anzi, è bene richiamare fin d'ora l'attenzione del lettore sul fatto che una siffatta condizione di incomunicabilità permane durante tutto il corso del giudizio, inquinando e sminuendo considerevolmente il significato dell'intero giudicato.

III. Sulla questione pregiudiziale

1. *Punto 44 della motivazione*

La Corte inizia il suo ragionamento riconoscendo che il giudice del rinvio fa riferimento, nella sua questione, agli artt. 49 e 56 TFUE, che sanciscono rispettivamente la libertà di stabilimento e la libertà di prestazione dei servizi. Dopo di che, essa, per un verso, prende atto implicitamente del fatto che l'oggetto della domanda pregiudiziale riguarda una «concessione di occupazione del demanio pubblico marittimo». Per un altro verso, nella sua motivazione ammette che una siffatta «concessione» implica necessariamente l'accesso del potenziale concessionario al territorio dello Stato membro ospitante in vista di una partecipazione stabile e continua, per una durata relativamente lunga, alla vita economica di tale Stato. Tuttavia, sulla base di questa premessa, e riferendosi alla sua giurisprudenza consolidata sull'art. 49 TFUE, il Giudice europeo riafferma che l'assegnazione di una tale concessione rientra (solo) nel diritto di stabilimento previsto da questo articolo.

Purtroppo, confusa dal suo entusiasmo di istituzione dedicata alla tutela dell'interesse dell'Unione europea (UE), la Corte di giustizia ha trascurato di considerare che la figura giuridica della «concessione di occupazione del demanio pubblico marittimo», presa in esame al suddetto punto 44 della motivazione, corrisponde integralmente a quella che la sentenza *Promoimpresa* ha definito come «concessioni demaniali marittime e lacuali rilasciate dalle autorità pubbliche e che mirano allo sfruttamento di

un'area demaniale a fini turistico-ricreativi»⁵. Ora, è bene ricordare che, secondo la motivazione di cui al successivo punto 41 di quest'ultima sentenza, «tali concessioni possono quindi essere qualificate come “autorizzazioni”, ai sensi delle disposizioni della direttiva 2006/123, in quanto costituiscono atti formali, qualunque sia la loro qualificazione nel diritto nazionale, che i prestatori devono ottenere dalle autorità nazionali al fine di poter esercitare la loro attività economica». Pertanto, è lecito concludere sottolineando come il ragionamento in tema di diritto di stabilimento ai sensi dell'art. 49 TFUE, svolto al punto 44 della motivazione della sentenza in commento, deve essere ritenuto non pertinente. Sono infatti considerazioni fondate su una figura (la concessione di occupazione del demanio pubblico marittimo) la cui natura giuridica non è riconosciuta in questi termini dalla giurisprudenza *Promoimpresa*, consolidata dalla sentenza *Comune di Ginosa*⁶. Anche se non sembra ragionevole supporre che con queste considerazioni i giudici di Lussemburgo abbiano implicitamente inteso “correggere” le convinzioni affermate da tale giurisprudenza in materia di concessioni balneari.

2. Punto 45 della motivazione

La Corte afferma che in virtù dell'art. 57, primo comma, TFUE, le disposizioni del Trattato relative alla libera prestazione dei servizi trovano applicazione soltanto se, segnatamente, non si applicano quelle relative al diritto di stabilimento. Sulla base di questa argomentazione essa conclude escludendo *tout court* che la questione in contenzioso sia regolata anche dall'art. 56 TFUE. Naturalmente chi scrive non intende contestare il ragionamento a sostegno di una siffatta conclusione. Tuttavia, il lettore non dovrebbe perdere di vista il fatto che la domanda pregiudiziale verteva in sostanza ad accertare il destino dei beni non amovibili realizzati nel contesto di una concessione demaniale marittima.

Ora, come già sottolineato in precedenza, alla luce della giurisprudenza *Promoimpresa*, tali concessioni, da un punto di vista giuridico, non sono altro che un'autorizzazione all'esercizio di un'attività economica di servizi e, pertanto, sono sottoposte alla disciplina della direttiva n. 2006/123/Ce (conosciuta anche come direttiva servizi o direttiva *Bolkestein*)⁷. A questo

⁵ Sentenza del 14 luglio 2016 in cause riunite n. C-458/14 e n. C-67/15, *Promoimpresa Srl.*, punto 40 della motivazione, EU:C:2016:558.

⁶ Sentenza 20 aprile 2023 in causa n. C-348/22, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, (in seguito identificata come *Comune di Ginosa*), EU:C:2023:301.

⁷ *Gu-Ue* n. L 376 del 27 dicembre 2006, p. 36, entrata in vigore il 28 dicembre 2006. Doveva essere recepita entro il 28 dicembre 2009.

proposito, occorre inoltre ricordare che, come accertato dalla sentenza *Comune di Ginosa*, tale direttiva intende «stabilire le disposizioni generali che permettono di agevolare l'esercizio della libertà di stabilimento dei prestatori nonché la libera circolazione dei servizi, assicurando nel contempo un elevato livello di qualità dei servizi stessi». Infine, vale la pena di menzionare come quest'ultima sentenza abbia accertato la piena validità della suddetta direttiva⁸. Resta pertanto difficile comprendere le reali ragioni che, anche in questa parte motiva, hanno indotto la Corte di giustizia a non esaminare la questione pregiudiziale alla luce dell'art. 56 TFUE, anch'esso prodromico della direttiva *Bolkestein*.

3. Punto 46 della motivazione

In riferimento all'art. 44, par. 1, primo comma, della direttiva n. 2006/123/Ce, la Corte di giustizia ha affermato che tale direttiva è inapplicabile *ratione temporis* alla *controversia* di cui al procedimento principale, concludendo che la questione pregiudiziale doveva essere esaminata soltanto alla luce dell'art. 49 TFUE. A dire il vero, la *controversia* riguarda in realtà la questione di sapere se i beni non amovibili realizzati dai titolari di una concessione balneare su un'area demaniale siano sottoposti alla disciplina dell'art. 49 CN. È bene inoltre richiamare l'attenzione sul fatto che la *controversia* coinvolge una concessione balneare che, alla luce della sentenza *Promoimpresa*, deve essere vista nella forma giuridica di un'autorizzazione ai sensi della direttiva n. 2006/123/Ce. Il Giudice europeo sembra invece lasciare intendere di aver preso la suddetta decisione solo in base al fatto che la concessione balneare in contenzioso era nata nel corso dell'anno 1928 e cioè in una data molto anteriore a quella dell'adozione della detta direttiva. Al riguardo, occorre peraltro rammentare come, secondo la sentenza *Comune di Ginosa*, l'art. 12 della Direttiva *Bolkestein* debba essere applicato anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima della sentenza *Promoimpresa* (punto 73)⁹. Inoltre, è opportuno ricordare che il secondo

⁸ V. anche R. TUMBILOLO, *Il demanio costiero come risorsa naturale e ambientale*, in *Rivista giuridica dell'ambiente online*, 2 giugno 2023; A. M. LISCIÒ, *Repetita iuvant: è obbligatoria una procedura concorrenziale per l'affidamento delle concessioni demaniali marittime (nota CGUE C-348/22 del 20 aprile 2023)*, in *Giust. amm.*, 26 giugno 2023; G. PARODI, *La proroga delle concessioni demaniali marittime tra disapplicazione e incidente di costituzionalità. Questioni aperte, opacità della giurisprudenza*, in *DPCE online*, 7 luglio 2023; A. PERSICO, *Concessioni balneari: interviene la Corte di giustizia, a conferma della posizione dell'Adunanza Plenaria (Nota a Corte di giustizia, Sez. III, sentenza 20 aprile 2023, in causa C-348/22)*, in www.giustiziainsieme.it, 27 luglio 2023.

⁹ V. anche Cfr. G. GRECO, *La Corte di giustizia ritorna sulle concessioni balneari, precisandone le regole: problemi superati e problemi ancora aperti in sede di applicazione nazionale del diritto UE*, in www.federalismi.it, 14 giugno 2023, pp. 132-133;

comma della stessa norma vieta di rinnovare automaticamente un'autorizzazione rilasciata per una determinata attività di servizi¹⁰. Ciò significa che ad ogni loro rinnovo, a qualsiasi titolo autorizzato, le concessioni balneari allora esistenti devono essere considerate illegittime alla luce della suddetta direttiva se non sono state rinnovate grazie ad una procedura di selezione adottata nel rispetto dei noti principi di trasparenza e di non discriminazione e per una durata adeguata. Alla luce delle suddette considerazioni risulta pertanto difficile credere che la direttiva *Bolkestein* sia inapplicabile ad una concessione balneare (*rectius*, ad una autorizzazione ad esercitare un'attività economica di servizi) assentita nel 1928, ma più volte ufficialmente o tacitamente rinnovata fino ai nostri giorni. In altri termini, le suesposte considerazioni portano del tutto naturalmente a concludere come, con la sua decisione di non applicare *ratione temporis* la direttiva *Bolkestein* ad una siffatta concessione demaniale marittima la Corte di giustizia abbia, purtroppo, messo in dubbio tutte le sue precedenti decisioni concernenti la disciplina delle concessioni di questo tipo.

4. Punto 47 della motivazione

La Corte sottolinea come, con la sua questione, il giudice del rinvio abbia chiesto, in sostanza, un'interpretazione del solo art. 49 TFUE. A questo proposito sembra opportuno limitarsi ad osservare che, in realtà, il giudice di rinvio ha ripetutamente richiesto di sapere se anche l'art. 56 TFUE osta all'applicazione dell'art. 49 CN.

5. Punti da 48 a 62 della motivazione

Si tratta di una serie di osservazioni, ovviamente in gran parte condivisibili, ma fondate solo sul disposto dell'art. 49 TFUE. L'insieme di queste considerazioni inducono il Giudice europeo a concludere affermando «che l'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una norma nazionale secondo la quale, alla scadenza di una concessione per l'occupazione del demanio pubblico e salva una diversa pat-

¹⁰ V. i commenti di A. COSSIRI, *La proroga delle concessioni demaniali marittime sotto la lente del giudice costituzionale e della Corte di giustizia dell'UE*, in www.federalismi.it, 13 luglio 2016, p. 2 ss.; F. CAPOTORTI, *Cronaca di un'incompatibilità annunciata nel caso Promimpresa: secondo l'avvocato generale Szpunar la direttiva Bolkestein osta al rinnovo automatico dei diritti esclusivi di sfruttamento dei beni del demanio pubblico marittimo e lacuale in Italia*, in Eurojus.it, 7 marzo 2016; A. SQUAZZONI, *Il regime di proroga delle concessioni demaniali marittime non resiste al vaglio della Corte di giustizia*, in *Rivista della regolamentazione e del mercato*, 2016, p. 160 ss. A. F. DI SCIASCIO, *Le concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative tra regime di proroga e (timida) apertura al mercato ed alla concorrenza*, in *Riv. Corte conti*, 2022, fasc. 1, pp. 72-81.

tuizione nell'atto di concessione, il concessionario è tenuto a cedere, immediatamente, gratuitamente e senza indennizzo, le opere non amovibili da esso realizzate nell'area concessa, anche in caso di rinnovo della concessione» (punto 62 della motivazione) Tuttavia, questa conclusione, a prima vista chiara e convincente, appare già indebolita dalle seguenti, prime riflessioni, che saranno peraltro completate nell'ambito del successivo paragrafo dedicato all'esame degli altri aspetti del rinvio pregiudiziale trascurati dalla Corte di giustizia.

Come detto, la Corte ha escluso di dover esaminare l'oggetto della controversia alla luce dell'art. 56 TFUE. Di conseguenza, ha tralasciato di verificare se la questione pregiudiziale doveva essere analizzata anche dal punto di vista della direttiva n. 2006/123/Ce e della giurisprudenza *Promoimpresa*. Ora, questa lacuna giurisprudenziale non è condivisibile se si vuole analizzare la questione da un diverso, più rilevante e più ampio punto di vista. Tuttavia, si ritiene opportuno rinviare un più approfondito esame delle ragioni e delle conseguenze di tale lacuna, limitando per il momento il commento a due particolari osservazioni che la Corte ha espresso in questo contesto. In primo luogo, per un verso, essa ammette (punto 58) che la concessione è stata rinnovata anche se a seguito di due titoli di occupazione, riconoscendo quindi implicitamente che la stessa è comunque scaduta ai sensi della detta giurisprudenza *Promoimpresa*. Per un altro verso, mentre prevede l'esigenza di una procedura concorsuale per l'assegnazione di una concessione demaniale marittima, di fatto essa sembra escluderne la necessità avendo evitato ogni esame della controversia nel quadro dell'art. 56 TUE e della direttiva servizi.

In secondo luogo, la Corte di giustizia, afferma che il suo ragionamento, basato sull'interpretazione dell'art. 49 TFUE, non è smentito dalla sentenza *Laezza* menzionata dal giudice del rinvio. Essa osserva in particolare che in quella causa, riguardante il settore dei giochi d'azzardo, per esercitare la loro attività economica, i concessionari utilizzavano beni di cui essi erano chiaramente proprietari. Invece, nel contenzioso in questione l'autorizzazione all'occupazione del demanio pubblico marittimo di cui beneficiava la concessionaria «le conferiva soltanto un semplice diritto di superficie a carattere transitorio sulle opere [non] non amovibili che essa aveva costruito su tale demanio». Al riguardo, per il momento chi scrive non può che condividere l'esattezza di questa osservazione (anche se con un'ombra di dubbio laddove la Corte attribuisce un diritto di superficie sulle opere realizzate), ma si riserva di tornare in seguito sull'argomento per dimostrare come l'evidente differenza nel titolo giustificativo del possesso dell'area adibita all'attività di servizi sia del tutto ininfluenza nel contesto di un più ampio ragionamento fondato sull'art. 56 TFUE e sulla direttiva n.

2006/123/Ce. Come, d'altra parte, risulta indirettamente dall'oggetto di tale direttiva, visto che essa disciplina in comune entrambi i profili delle autorizzazioni all'esercizio di un'attività economica di servizi, a prescindere dal fatto che questa attività sia svolta o meno su un'area demaniale.

IV. Ulteriori aspetti del rinvio pregiudiziale trascurati dalla Corte di giustizia

Come più volte sottolineato, con la sentenza in esame la Corte di giustizia ha, in buona sostanza, riconosciuto la legittimità dell'art. 49 CN sul fondamento di un ragionamento basato esclusivamente sull'art. 49 TFUE. Essa ha invece deciso di escludere dalla sua analisi ogni riferimento all'art. 56 TFUE (nonostante l'esplicita richiesta del giudice del rinvio) e, di conseguenza, alla direttiva n. 2006/123/Ce ed alla giurisprudenza consolidata espressa dalle due menzionate sentenze *Promoimpresa* e *Comune di Ginosa*. Questo scritto non condivide il ragionamento seguito nelle circostanze dai giudici di Lussemburgo, nella convinzione che la loro decisione nei limiti sopra descritti è stata imposta da incombenti motivi di convenienza. Ci sono infatti molte buone ragioni per credere che la Corte è stata indotta a prendere una decisione del genere al fine di evitare che un'interpretazione improntata anche al dettato dell'art. 56 TFUE potesse sprofondarla in un dilemma difficilmente armonizzabile con la suddetta giurisprudenza.

Più precisamente, è probabile che la Corte abbia avuto il timore di affrontare l'esame della questione pregiudiziale nei termini richiesti dal giudice del rinvio, cioè anche sul fondamento dell'art. 56 TFUE, nonché alla luce della direttiva *Bolkestein* e della giurisprudenza *Promoimpresa*, sapendo che ciò l'avrebbe portata inevitabilmente ad affrontare un ginepraio di questioni sottostanti e, per di più, conflittuali. In altri termini, essa era consapevole del fatto che una linea di ragionamento ispirata dall'art. 56 TFUE l'avrebbe costretta ad un'interpretazione di tale disposizione che poteva solo sfociare nell'alternativa dei seguenti punti d'arrivo: la direttiva *Bolkestein* non è applicabile al caso concreto ovvero essa è applicabile. Con l'inevitabile conseguenza, a seconda dell'ipotesi prescelta, di dover prendere atto delle seguenti, inevitabili e contrastanti conclusioni.

Nel primo caso, è difficile immaginare gli argomenti che il Giudice europeo avrebbe potuto far valere legittimamente, al fine di giustificare l'inapplicabilità della suddetta normativa anche alla luce dell'art. 56 TFUE. Invero, una decisione di questa portata avrebbe richiesto alla Corte di giusti-

zia di rinnegare la propria giurisprudenza *Promoimpresa*. Essa avrebbe, cioè, dovuto riconoscere che in realtà una concessione balneare non costituisce una semplice autorizzazione all'esercizio di un'attività economica di servizi (come affermato dalla suddetta giurisprudenza), ma un negozio giuridico tipico, a causa mista, nel quale l'uso del demanio pubblico rappresenta l'aspetto prevalente rispetto all'esercizio di un'attività economica di servizi. Ovvero, in alternativa, la Corte avrebbe dovuto confermare che le concessioni demaniali marittime sono figure negoziali che hanno la natura giuridica di una locazione di immobili, come chiaramente affermato nella sentenza *CO.GEP*¹¹. Con l'inevitabile conseguenza, in entrambe le ipotesi, di escludere irrimediabilmente tutte le figure giuridiche di analoga natura dall'ambito di applicazione dell'art. 12 della direttiva *Bolkestein*.

Nel secondo caso, la Corte avrebbe dovuto rinunciare a valutare la questione pregiudiziale sulla base del concetto di «concessione demaniale marittima», visto che questo concetto è stato ignorato dalla giurisprudenza *Promoimpresa*. Nel rispetto di tale giurisprudenza, doveva invece identificare la figura giuridica in contenzioso come una qualsiasi «autorizzazione all'esercizio di un'attività economica di servizi» e, coerentemente, applicare la direttiva *Bolkestein*. Ora, dalle motivazioni della menzionata sentenza *Laezza* si può ragionevolmente desumere che la «concessione» autorizzante l'esercizio di un'attività economica nel settore del gioco d'azzardo, oggetto del contenzioso della detta sentenza, ha di tutta evidenza la natura di una «autorizzazione» nel senso affermato dalla giurisprudenza *Promoimpresa*. In altre parole, sia la «concessione» oggetto di contenzioso nella sentenza *Laezza* sia, nel rispetto della giurisprudenza *Promoimpresa*, la «concessione» esaminata nella sentenza in commento, sono entrambe caratterizzate da un'analoga natura giuridica. Per di più, come noto, le richiamate motivazioni della sentenza *Laezza* hanno sostanzialmente analizzato una disposizione nazionale di contenuto analogo a quello dell'art. 49 CN¹². Al riguardo, la Corte ha affermato in particolare che una siffatta disposizione può costituire una restrizione delle libertà garantite dagli artt. 49 e 56 TFUE¹³ qualora questa restrizione ecceda quanto è necessario

¹¹ La sentenza del 25 ottobre 2007 in causa n. C-174/06, *CO.GEP*, punti 31-36, EU:C:2007:634, ha affermato che un rapporto giuridico nell'ambito del quale ad un soggetto è concesso il diritto di occupare e di usare, in modo anche esclusivo, un bene pubblico, specificamente zone del demanio marittimo, per una durata limitata e dietro corrispettivo, rientra nella nozione di «locazione di beni immobili».

¹² L'art. 1, comma 78, lettera b., punto 26, della legge n. 220 del 13 dicembre 2010, in *Guri* n. 297 del 21 dicembre 2010, *suppl. ord.*, quale modificata dalla legge n. 111 del 15 luglio 2011, in *Guri* n. 164 del 16 luglio 2011.

¹³ La libera circolazione dei servizi prevista dall'art. 56 TFUE proibisce qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore stabilito in un altro Stato membro in base alla sua cittadinanza, nonché qualsiasi restrizione, anche qualora si applichi indistintamente ai prestatori

al conseguimento dell'obiettivo effettivamente perseguito da detta disposizione e non sia ammessa a titolo di deroga, per ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica.

Ne consegue che, nell'ottica delle suesposte considerazioni, le motivazioni della sentenza oggetto del presente commento appaiono in evidente disarmonia con il ragionamento seguito dalla Corte di giustizia in occasione della sentenza *Laezza*. Invero, qualsiasi analisi rispettosa della giurisprudenza *Promoimpresa* deve partire dal seguente presupposto: entrambe le suddette sentenze fondano le rispettive motivazioni con riferimento ad una medesima figura giuridica, *l'autorizzazione all'esercizio di un'attività economica di servizi*, la quale si configura prescindendo dall'eventuale presenza di un titolo di proprietà dell'area sulla quale è esercitata tale attività. Ciò significa in definitiva che, mentre le motivazioni della sentenza *Laezza* affermano in sostanza la possibile illegittimità dal punto di vista del diritto dell'UE di una disposizione nazionale di contenuto analogo a quello dell'art. 49 CN, in quanto letta alla luce dell'art. 56 TFUE, la sentenza in commento ha invece ammesso la legittimità del detto art. 49 CN, fondando questa sua convinzione sull'art. 49 TFUE, ma ignorando l'art. 56 TFUE e la conseguente giurisprudenza consolidata espressa dalle sentenze *Promoimpresa* e *Comune di Ginosa*.

Infine, vale la pena di terminare la presente analisi con un corollario dedicato a due ulteriori aspetti connessi con il contenzioso in commento, che la Corte non ha affrontato nell'assunto che la relativa questione pregiudiziale non dovesse essere risolta nell'ambito dell'art. 56 TFUE. Detto in parole povere, si tratta, per un verso, del riconoscimento di un c.d. "indennizzo" e, per un altro verso, del pagamento del c.d. "canone concessorio". Per quanto riguarda il riconoscimento di un indennizzo si è visto come, nell'ottica della sentenza in esame e della sua interpretazione della vicenda basata solo sull'art. 49 TFUE, al termine del rapporto di concessione l'autorità concedente, in assenza di una contraria pattuizione, abbia il diritto di pretendere dal titolare di una concessione balneare scaduta di ripristinare lo stato dei luoghi preesistente o, in mancanza, di incamerare gli accrescimenti senza pagare un indennizzo al riguardo. Nella stessa ottica, è altrettanto logico ammettere la legittimità di un canone che il titolare di una concessione balneare deve pagare come corrispettivo dell'utilizzo dell'area demaniale sulla quale egli svolge la sua attività economica di servi-

nazionali e a quelli degli altri Stati membri, se sia tale da vietare, ostacolare o rendere meno attraenti le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro V., in particolare, la sentenza del 14 febbraio 2019 in causa n. C-630/17, *Anica Milivojević*, p. 57, EU:C:2019:123 e la giurisprudenza *ivi* citata.

zi. Al riguardo, per quanto possa occorrere, è opportuno anche ricordare che la sentenza *Comune di Ginosa* ha ritenuto irricevibile la questione del giudice remittente intesa a sapere se, alla scadenza della concessione, un concessionario ha il diritto di ottenere un qualsivoglia compenso per le opere non amovibili da lui realizzate sull'area affidata in concessione (punti da 80 a 84)¹⁴.

Al contrario, sempre riguardo al primo di questi due aspetti visto nel contesto della domanda pregiudiziale in commento, è legittimo supporre che la risposta della Corte di giustizia sarebbe stata diversa qualora essa avesse deciso di considerarlo nell'ottica dell'art. 56 TFUE e della direttiva *Bolkestein*, come interpretata dalla giurisprudenza *Promoimpresa*. Per quanto concerne il riconoscimento di un indennizzo, occorre di nuovo ricordare che, seguendo un ragionamento analogo a quello adottato dalla sentenza *Laezza*, l'art. 49 CN potrebbe, a certe condizioni, costituire una restrizione delle libertà garantite dagli artt. 49 e 56 TFUE. Sembra dunque logico ritenere che, al verificarsi di tali condizioni, il titolare di una concessione demaniale marittima scaduta (*rectius*, di un'autorizzazione a svolgere un'attività economica di servizi su un'area demaniale) avrebbe il diritto di percepire dall'autorità concedente un indennizzo che lo compensi della perdita causata da un ingiusto incameramento da parte di questa autorità delle opere non amovibili realizzate su detta area demaniale.

Il che porta del tutto naturalmente a considerare che il problema dell'indennizzo presenta un ulteriore motivo di preoccupazione se lo si affronta dal punto di vista dell'art. 4, comma 2, della legge n. 118/2022¹⁵. Questa normativa prevede che, all'esito di una gara, il concessionario subentrante deve riconoscere al concessionario uscente un indennizzo corrispondente al valore degli investimenti da quest'ultimo realizzati e non ammortizzati. Ora, a ben vedere, ci sono buone ragioni per credere che l'eventuale pagamento di un indennizzo del genere costituirebbe una palese violazione dell'obbligo previsto dal secondo comma dell'art. 12 della direttiva *Bolkestein*, come interpretata dalla giurisprudenza *Promoimpresa*. Ai sensi di tale disposizione, ogni autorizzazione all'esercizio di un'attività economica di servizi (come nel caso delle concessioni balneari) non può prescrivere una procedura di rinnovo automatico *né accordare altri vantaggi al prestatore uscente*. È chiaro, invece, che la previsione del pagamento di un siffatto indennizzo, inserita nella procedura di selezione per

¹⁴ Sul punto v. anche M. CALABRÒ, *L'acquisizione gratuita al demanio statale delle opere realizzate dai concessionari uscenti: un nuovo rinvio alla Corte di Giustizia per le concessioni "balneari"* (nota a *Cons. Stato*, Sez. VII, 15 settembre 2022, n. 8010), in *Diritto e processo amministrativo*, 16 febbraio 2023.

¹⁵ In *Guri* n. 188 del 12 agosto 2022.

l'individuazione del candidato prescelto, attribuirebbe un ingiustificato vantaggio al concessionario uscente (che partecipa alla selezione) rispetto agli altri concorrenti, in quanto solo lui sarebbe in grado di proporre un'offerta non condizionata dall'onere di dover pagare un indennizzo.

Per quanto riguarda invece il pagamento di un canone dipendente dall'utilizzo di un'area demaniale¹⁶ si deve innanzitutto richiamare ancora una volta l'attenzione sul fatto che secondo la sentenza *Promoimpresa* le concessioni balneari devono essere considerate come «autorizzazioni» all'esercizio di un'attività economica di servizi, ai sensi delle disposizioni della direttiva n. 2006/123/Ce, *qualunque sia la loro qualificazione nel diritto nazionale* (punti 40 e 41). In secondo luogo, si ricorda che, ai sensi dell'art. 13, comma 2, della stessa direttiva, gli oneri a carico dei richiedenti un'autorizzazione all'esercizio di un'attività economica di servizi «devono essere ragionevoli e commisurati ai costi delle procedure di autorizzazione e non essere superiori ai costi delle procedure». Ragion per cui, esaminando questo tema nell'ottica di una «autorizzazione» disciplinata dalla direttiva *Bolkestein*, è legittimo supporre che una descrizione così esaustiva degli oneri in questione escluda *de facto* la possibilità di comprendere in tale ambito anche l'onere aggiuntivo rappresentato dal pagamento dei canoni concessori previsto dalla suddetta disposizione nazionale.

Senza dimenticare che il menzionato art. 13 è applicabile anche nei confronti delle concessioni balneari dotate di interesse transfrontaliero certo, costituendo anch'esse delle autorizzazioni all'esercizio di un'attività economica di servizi nell'ottica della giurisprudenza *Promoimpresa*.

V. Conclusioni

La sentenza in esame ha affermato che l'art. 49 TFUE non osta ad una norma nazionale, nella fattispecie l'art. 49 CN, secondo la quale, alla scadenza di una concessione per l'occupazione del demanio pubblico e salva una diversa pattuizione nell'atto di concessione, il concessionario è tenuto a cedere, immediatamente, gratuitamente e senza indennizzo, le opere non amovibili da esso realizzate nell'area in concessione, anche in caso di un suo rinnovo. La Corte di giustizia è giunta a questa conclusione sulla base delle seguenti considerazioni. Innanzitutto, contrariamente alle richieste avanzate dal giudice di rinvio e senza una giustificazione convincente, es-

¹⁶ V. il Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti in data 30 dicembre 2022, in *Guri* n. 31 del 7 febbraio 2023, che ha disposto gli aggiornamenti relativi all'anno 2023 delle misure unitarie dei canoni per le concessioni demaniali marittime.

sa ha escluso che alla situazione in contenzioso fosse applicabile l'art. 56 TFUE. Questa fuorviante premessa ha peraltro indotto la Corte, per un verso, a vedere la concessione demaniale marittima alla base del contendere come una figura giuridica sconosciuta al diritto dell'UE e, per un altro verso, ad escludere dalla sua analisi qualsiasi riferimento ad un'autorizzazione all'esercizio di un'attività economica di servizi, nei termini evidenziati dalla direttiva n. 2006/123/Ce e dalla relativa giurisprudenza *Promoimpresa*. Essa ha quindi concluso il suo ragionamento affermando che questa direttiva è inapplicabile *ratione temporis* alla controversia di cui al procedimento principale.

Tuttavia, la Corte non ha considerato che un'affermazione di tale portata potrebbe comportare, implicitamente, che la direttiva *Bolkestein* sarebbe inapplicabile non solo alla «concessione» esaminata nel corso del giudizio, ma anche a tutte quelle «concessioni» che presentano un'analogia natura giuridica. Infine, avendo ignorato la figura giuridica ammessa dalla giurisprudenza *Promoimpresa*, la Corte ha rifiutato di paragonare la situazione oggetto del rinvio pregiudiziale con quella esaminata dalla nota sentenza *Laezza*, nella quale il Giudice europeo ha in buona sostanza riconosciuto che una disposizione nazionale di contenuto analogo a quello dell'art. 49 CN può, in determinate circostanze, creare restrizioni alle libertà tutelate dall'art. 56 TFUE.

Insomma, nel leggerne le motivazioni, chi scrive ha avuto l'impressione che la Corte di giustizia abbia risposto alla questione pregiudiziale del giudice remittente con una sentenza che, purtroppo, appare anomala e inconsistente a causa del suo evidente contrasto con la giurisprudenza *Promoimpresa*. È probabile che la sua motivazione sia stata condizionata da sottostanti ragioni di opportunità, che la Corte di giustizia ha voluto riconoscere anche a costo di rispondere in modo ambiguo alla richiesta del giudice del rinvio. Altrimenti, non resta che attribuire la ragione di questa incredibile pronuncia e le perplessità evidenziate dal presente lavoro al famoso detto "*Quandoque bonus dormitat Homerus*"¹⁷.

Giannangelo Marchegiani*

¹⁷ Contributo redatto sulla base delle informazioni raccolte alla data del 15 agosto 2024.

* Avvocato; già direttore del Dipartimento consulenza legale nella Direzione generale degli Affari giuridici / Banca europea per gli investimenti (BEI)

SINTESI

L'Autore intende richiamare l'attenzione sul fatto che nella sentenza in commento la Corte di giustizia si è pronunciata sulla questione pregiudiziale fondando in sostanza la sua risposta solo sull'art. 49 TFUE. In particolare, essa ha escluso che alla situazione in contenzioso fosse applicabile anche l'art. 56 TFUE, come peraltro richiesto dal giudice di rinvio. Tuttavia, questa decisione ha comportato almeno due conseguenze che meritano di essere segnalate. In primo luogo, dalle motivazioni della sentenza in esame risulta che l'art. 49 Codice della navigazione non è in contrasto con il diritto dell'Unione europea. La Corte non ha però considerato che la suddetta disposizione nazionale potrebbe, a determinate condizioni, ostacolare la libera prestazione dei servizi tutelata dal detto art. 56 TFUE, come ha invece sostanzialmente affermato la nota sentenza *Laezza* riguardo ad un'analogia normativa italiana. In secondo luogo, il mancato richiamo all'art. 56 TFUE ha incoraggiato il Giudice europeo ad evitare ogni riferimento alla giurisprudenza *Promoimpresa*, escludendo così l'applicabilità della direttiva n. 2006/123/Ce alla figura giuridica in contenzioso e, implicitamente, a tutte le altre «concessioni» della stessa natura.

ABSTRACT

In the judgment in question, a preliminary ruling, the Court of Justice based its answer only on art. 49 TFEU. In particular, it ruled that art. 56 TFEU had to be disregarded, despite the precise request of the referring court in this regard. However, this decision has had at least two consequences that deserve to be pointed out. Firstly, it is clear from the grounds of the judgment in question that art. 49 of the Italian Shipping Code is not in conflict with the European Union law. Unfortunately, the Court did not consider that that national provision could, under certain circumstances, hinder the freedom to provide services protected by art. 56 TFEU, as the well-known Laezza judgment essentially has affirmed with regard to a similar Italian legislation. Secondly, the lack of reference to art. 56 TFEU encouraged the European judge to avoid any reference to the Promoimpresa case-law. This allowed the Court not to apply Directive n. 2006/123/Ce to the legal figure concerned by the litigation, without however considering that, implicitly, this could lead to excluding the applicability of the Directive to any other «concession» of same nature.

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

I PASSEGGERI HANNO DIRITTO ALLA COMPENSAZIONE PECUNIARIA IN CASO DI NEGATO IMBARCO COMUNICATO ANTICIPATAMENTE

Corte di giustizia

Sentenza del 26 ottobre 2023 in causa n. C-238/22

FW c. LATAM Airlines Group SA

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Trasporti aerei - Regolamento (Ce) n. 261/2004 - Compensazione pecuniaria ai passeggeri in caso di negato imbarco - Passeggero informato almeno due settimane prima del previsto orario di partenza - Assenza di obbligo per il passeggero di presentarsi all'accettazione - Eccezioni al diritto alla compensazione pecuniaria in caso di cancellazione del volo - Inapplicabilità di tali eccezioni in caso di negato imbarco comunicato anticipatamente - Riconoscimento.

L'art. 4, par. 3, 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, in combinato disposto con l'art. 2, lett. j., del Regolamento n. 261/2004, deve essere interpretato nel senso che: un

* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

vettore aereo operativo, che abbia informato in anticipo un passeggero del fatto che rifiuterà di farlo imbarcare su un volo per il quale tale passeggero, non consenziente, dispone di una prenotazione confermata, deve versare una compensazione pecuniaria a detto passeggero anche qualora quest'ultimo non si sia presentato all'imbarco alle condizioni stabilite all'art. 3, par. 2, di tale Regolamento¹.

L'art. 5, par. 1, lett. c., i., del Regolamento n. 261/2004 deve essere interpretato nel senso che: tale disposizione, che introduce un'eccezione al diritto alla compensazione pecuniaria dei passeggeri in caso di cancellazione di un volo, non disciplina la situazione in cui un passeggero sia stato informato, almeno due settimane prima dell'orario di partenza del volo previsto, del fatto che il vettore aereo operativo rifiuterà di trasportarlo, cosicché tale passeggero, non consenziente, deve beneficiare del diritto a compensazione pecuniaria per negato imbarco previsto all'art. 4 di tale Regolamento².

¹⁻² Le due questioni pregiudiziali sull'interpretazione Regolamento (Ce) n. 261/2004 (in *Gu-UE* n. L 46 del 2004, p. 1) sono state presentate nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, un viaggiatore e, dall'altro lato, la compagnia aerea LATAM Airlines in merito a una domanda di compensazione pecuniaria presentata dal ricorrente, sulla base del Regolamento n. 261/2004, dopo che la compagnia aerea aveva bloccato la sua prenotazione per un volo che avrebbe dovuto effettuare da Madrid a Francoforte.

Con la prima questione il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte di chiarire se il diritto del passeggero ad ottenere una compensazione pecuniaria ai sensi dell'art. 4, par. 3, del Regolamento (Ce) n. 261/2004, in combinato disposto con l'art. 2, lett. j., sia subordinato al fatto che il passeggero si sia presentato all'imbarco alle condizioni stabilite all'art. 3, par. 2, di tale Regolamento, sebbene sia stato avvisato anticipatamente del fatto che non sarebbe partito.

Alla luce del tenore letterale di tale art. 4, par. 3, un passeggero può beneficiare della compensazione pecuniaria prevista da tale disposizione solo se è stato oggetto di un «negato imbarco», ai sensi dell'art. 2, lett. j., di detto Regolamento (sentenze del 4 ottobre 2012 in causa n. C-22/11, *Finnair*, EU:C:2012:604, nonché del 4 ottobre 2012 in causa n. C-321/11, *Rodríguez Cachafeiro e Martínez-Reboredo Varela-Villamor*, EU:C:2012:609). Ai sensi di quest'ultima disposizione, un «negato imbarco» designa «il rifiuto di trasportare passeggeri su un volo sebbene i medesimi si siano presentati all'imbarco nel rispetto delle condizioni di cui all'art. 3, par. 2, [di tale regolamento] salvo se vi sono ragionevoli motivi per negare loro l'imbarco, quali ad esempio motivi di salute o di sicurezza ovvero documenti di viaggio inadeguati». A parere della Corte, la nozione di «negato imbarco» include un negato imbarco comunicato anticipatamente, a condizione che il passeggero si sia presentato, in tempo utile, all'imbarco, conformemente all'art. 2, lett. j., di tale Regolamento. Sul punto la Corte di giustizia ha chiarito che, nel caso di specie, il passeggero ha diritto ad una compensazione pecuniaria per negato imbarco anche se non si è presentato il giorno della partenza in quanto, essendo stato informato in tempo utile costituirebbe una inutile formalità (sull'obiettivo di garantire un elevato livello di protezione ai passeggeri aerei, cfr. sentenze del 19 novembre 2009 in causa n. C-402/07 e n. C-432/07, *Sturgeon e a.*, EU:C:2009:716, annotata in questa *Rivista*, 2009, p. 785, e del 29 luglio 2019 in causa n. C-354/18, *Rusu*, EU:C:2019:637).

Infine, la Corte di giustizia ha chiarito che il passeggero ha diritto alla compensazione pecuniaria anche se è stato informato con sufficiente anticipo, ovvero due settimane prima della partenza (cfr. sentenza del 10 gennaio 2006 in causa n. C-344/04, *IATA e ELFAA*, EU:C:2006, in questa *Rivista*, 2006, p. 41 con commento di M. FRAGOLA, *Convenzione di*

Montreal e norme comunitarie sull'«overbooking»: la Corte di giustizia riconosce la legittimità dei principi "chiave" dell'ordinamento comunitario, 2006, p. 51 ss.) non trovando applicazione la regola prevista nell'ipotesi di cancellazione del volo all'art. 5 del Regolamento al par. 1, lett. c.

LA CORTE DI GIUSTIZIA DICHIARA PROPORZIONATA UNA SANZIONE PECUNIARIA PARI AL 50% DELLA PERDITA DI ENTRATE DERIVANTI DAI DAZI DOGANALI

Corte di giustizia

Sentenza del 23 novembre 2023 in causa n. C-653/22

J.P. Mali Kerékpárgyártó és Forgalmazó Kft. c. Nemzeti Adó- és Vámhivatal Fellebbviteli Igazgatósága

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Unione doganale - Art. 42, par. 1, del Regolamento (Ue) n. 952/2013 - Sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive - Obblighi - Dichiarazione inesatta del Paese d'origine delle merci importate - Normativa nazionale che prevede un'ammenda pari al 50% della perdita di entrate derivanti dai dazi doganali - Principio di proporzionalità - Conformità della normativa nazionale.

L'art. 42, par. 1, del Regolamento (Ue) n. 952/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 ottobre 2013, che istituisce il codice doganale dell'Unione, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale che prevede, in caso di perdita di entrate provenienti dai dazi doganali causata dalla fornitura di informazioni inesatte in una dichiarazione in dogana relativa a merci importate nell'Unione europea, un'ammenda amministrativa corrispondente, in linea di principio, al 50% di tale perdita di entrate e applicata nonostante la buona fede dell'operatore interessato e le precauzioni da quest'ultimo adottate, allorché tale aliquota del 50% è nettamente inferiore a quella prevista in caso di malafede di tale operatore ed è, inoltre, notevolmente ridotta in alcune situazioni precisate in tale normativa, tra cui quella in cui l'operatore in buona fede rettifica la sua dichiarazione in dogana prima della conclusione del controllo a posteriori¹.

¹ È legittima e proporzionata una sanzione doganale pari al 50% dei diritti contestati dalla Dogana. A stabilirlo è la Corte di giustizia con la sentenza, sopra massimata, la quale ha ribadito che ogni Stato membro dell'Ue deve individuare sanzioni proporzionate, effettive e dissuasive.

La domanda di pronuncia pregiudiziale sull'interpretazione del Regolamento (Ue) n. 952/2013 che istituisce il codice doganale dell'Unione (in *Gu-Ue* n. L 269 del 2013, p. 1) è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposte, da un lato, una società ungherese («J.P. Mali») e, dall'altro lato, la direzione ungherese per i ricorsi dell'amministrazione nazionale delle imposte e delle dogane in merito a un'ammenda inflitta alla J.P. Mali per l'errata dichiarazione del Paese d'origine delle merci importate.

Nel corso degli anni 2017 e 2018, la società ungherese J.P. Mali importava biciclette e parti di biciclette da una società di Taiwan, dichiarando alle autorità doganali, tramite il proprio rappresentante, che le merci erano di origine taiwanese. Tuttavia, l'autorità doganale ungherese accertava che queste provenivano in realtà dalla Cina, e pertanto soggette a dazio *antidumping*. Di conseguenza, l'autorità chiedeva il pagamento di un'obbligazione doganale che veniva versata dal rappresentante doganale. Successivamente, l'autorità doganale irrogava, altresì, un'ammenda amministrativa per violazione della legge doganale. Il giudice del rinvio, interrogandosi sulla proporzionalità della sanzione inflitta ha deciso di rivolgersi alla Corte di giustizia per chiarire se l'art. 15 del Regolamento (Ue) n. 952/2013 obblighi chiunque intervenga direttamente o indirettamente nell'espletamento delle formalità doganali a fornire informazioni accurate e complete nella dichiarazione in dogana.

La Corte ha precisato che l'inosservanza di tale obbligo costituisce una «violazione della normativa doganale», in quanto ciò non si riferisce esclusivamente alle attività fraudolente, ma comprende qualsiasi inosservanza della normativa doganale dell'Unione, indipendentemente dal fatto che l'inosservanza sia stata intenzionale o commessa per negligenza o, ancora, non vi sia stata condotta illecita dell'operatore interessato (cfr., sentenze del 4 marzo 2020 in causa n. C-655/18, *Schenker*, EU:C:2020:157, nonché dell'8 giugno 2023 in causa n. C-640/21, *ZES Zollner Electronic*, EU:C:2023:457).

Una sanzione amministrativa pari al 50% della perdita di entrate doganali causata da informazioni inesatte può essere considerata effettiva e dissuasiva secondo l'art. 42 del Regolamento (Ue) n. 952/2013. Questa sanzione incentiva gli operatori economici dell'Unione a garantire la correttezza delle informazioni sulle merci importate e ad assicurare la precisione delle dichiarazioni doganali, contribuendo all'applicazione delle misure tariffarie (sentenza del 22 marzo 2017 in causa n. C-497/15 e n. C-498/15, *Euro-Team e Spirál-Gép*, EU:C:2017:229 e giurisprudenza *ivi* citata). Gli Stati membri, pur potendo scegliere le sanzioni appropriate, devono rispettare il principio di proporzionalità, garantendo che le misure non eccedano quanto necessario per raggiungere gli scopi della normativa (cfr. sentenza dell'8 giugno 2023 in causa n. C-640/21, *Zes Zollner Electronic*, EU:C:2023:457).

La Corte di giustizia ha, pertanto, ritenuto di concludere nel senso che la normativa nazionale in contestazione non appare eccessiva rispetto all'obiettivo perseguito dalla normativa doganale dell'Ue in quanto consente anche di garantire il principio di proporzionalità nel pieno rispetto di quanto precisato al *considerando* 38 del Regolamento: «*E opportuno tener conto della buona fede della persona interessata nei casi in cui un'obbligazione doganale sorge in seguito a inosservanza della normativa doganale e minimizzare l'impatto della negligenza da parte del debitore*».

VIOLENZA CONTRO LE DONNE E PROTEZIONE INTERNAZIONALE

Corte di giustizia

Sentenza del 16 gennaio 2024 in causa n. C-621/21

WS c. Intervyuirasht organ na Darzhavna agentsia za bezhantsite pri Ministerskia savet con l'intervento di Predstavitelstvo na Varhovnia komisar na Organizatsiyata na obedinenite natsii za bezhantsite v Bulgaria

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Spazio di libertà, sicurezza e giustizia - Politica comune in materia di asilo - Direttiva n. 2011/95/UE - Condizioni per la concessione dello *status* di rifugiato - Motivi di persecuzione - «Appartenenza a un determinato gruppo sociale» - Atti di persecuzione - Collegamento tra i motivi e gli atti di persecuzione, o tra i motivi di persecuzione e la mancanza di protezione contro tali atti - Soggetti non statuali - «Danno grave» - Valutazione delle domande di protezione internazionale ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato o dello *status* di protezione sussidiaria - Violenza contro le donne basata sul genere - Violenza domestica - Minaccia di «delitto d'onore» - Riconoscimento.

L'art. 10, par. 1, lett. d., della direttiva n. 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta, deve essere interpretato nel senso che: sulla base delle condizioni esistenti nel Paese d'origine, possono essere considerate appartenenti a «un determinato gruppo sociale», come «motivo di persecuzione» che può condurre al riconoscimento dello status di rifugiato, tanto le donne di tale Paese nel loro insieme quanto gruppi più ristretti di donne che condividono una caratteristica comune supplementare¹.

L'art. 9, par. 3, della direttiva n. 2011/95/UE deve essere interpretato nel senso che: qualora un richiedente alleghi il timore di essere perseguitato nel suo Paese d'origine da soggetti non statuali, non è necessario stabilire un collegamento tra uno dei motivi di persecuzione menzionati all'art. 10, par. 1, di detta direttiva e tali atti di persecuzione, se può essere stabilito un tale collegamento tra uno di detti motivi di persecuzione e la mancanza di protezione contro tali atti da parte dei soggetti che offrono protezione, di cui all'art. 7, par. 1, di detta direttiva².

L'art. 15, lett. a. e b., della direttiva n. 2011/95/UE deve essere interpretato nel senso che: la nozione di «danno grave» ricomprende la minaccia effettiva, gravante sul richiedente, di essere ucciso o di subire atti di violenza da parte di un membro della sua famiglia o della sua comuni-

*tà, a causa della presunta trasgressione di norme culturali, religiose o tradizionali, e che tale nozione può quindi condurre al riconoscimento dello status di protezione sussidiaria, ai sensi dell'art. 2, lett. g., di tale direttiva*³.

¹⁻³ La questione pregiudiziale che viene sottoposta alla Corte dal Tribunale amministrativo bulgaro di Sofia è per chiarire se sussista la possibilità di concedere la protezione internazionale a una cittadina turca, di origine curda, tenuto conto, da un lato, della natura degli atti di violenza ai quali rischierebbe di essere esposta se ritornasse nel suo Paese di origine. Tali atti potrebbero consistere in violenza nella cerchia familiare, se non addirittura in un delitto d'onore, oppure in un matrimonio forzato. Dall'altro lato, occorre anche tenere conto delle circostanze nelle quali detti atti vengono commessi, ovvero da soggetti non statali.

La questione pregiudiziale sull'interpretazione della direttiva n. 2011/95/UE (in *Gu-UE* n. L 337 del 2011, p. 9) è stata presentata nel contesto di una controversia tra la ricorrente e l'Ufficio delle udienze dell'Agenzia nazionale per i rifugiati, presso il Consiglio dei Ministri (DAB), riguardante una decisione che respingeva la richiesta di riavviare una procedura per il riconoscimento di protezione internazionale a seguito di una nuova domanda presentata dalla ricorrente.

La Corte è stata, *in primis*, chiamata a chiarire le condizioni in presenza delle quali una cittadina di un Paese terzo, che rischia di essere vittima di un delitto d'onore o di un matrimonio forzato nonché di essere esposta ad atti di violenza domestica una volta di ritorno nel proprio Paese, possa essere considerata perseguitata per appartenenza a un «determinato gruppo sociale» e ottenere lo *status* di rifugiato. In secondo luogo, dovrà chiarire quando l'autorità nazionale deve stabilire un nesso causale tra la persecuzione da parte di soggetti non statali e la mancanza di protezione nel Paese d'origine (art. 9, par. 3). Infine, la Corte dovrà esaminare se queste violenze possano giustificare la concessione dello *status* di protezione sussidiaria ed essere qualificate come «danni gravi» ai sensi dell'art. 15 della direttiva n. 2011/95/UE laddove costituissero una minaccia grave alla vita di tale persona o un trattamento inumano o degradante.

La Corte di giustizia ha osservato come le disposizioni della direttiva debbano essere interpretate nel rispetto della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, conclusa a Istanbul l'11 maggio 2011, firmata dall'UE il 13 giugno 2017, approvata con decisione (UE) n. 2023/1076 del Consiglio (in *Gu-UE* n. L 143 I del 2023, p. 4) denominata la «Convenzione di Istanbul», anche se taluni Stati membri, tra cui la Bulgaria, non hanno ratificato detta Convenzione e le donne, nel loro insieme, possono essere considerate come appartenenti a un «determinato gruppo sociale», ai sensi dell'art. 10, par. 1, lett. *d.*, della direttiva n. 2011/95/UE, qualora sia accertato che, nel loro Paese d'origine, esse siano, a causa del loro sesso, esposte a violenze fisiche o mentali, incluse violenze sessuali e violenze domestiche.

Ne consegue che le donne, considerate come appartenenti ad un gruppo, possono sia beneficiare dello *status* di rifugiato qualora nel loro Paese di origine siano esposte a violenze fisiche, sessuali o domestiche sia godere della protezione sussidiaria qualora sussista il rischio che nel loro Paese possano essere uccise o subire violenze.

LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA SULLE FERIE ANNUALI NON GODUTE DAL LAVORATORE

Corte di giustizia

Sentenza del 18 gennaio 2024 in causa n. C-218/22

BU c. Comune di Copertino

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Politica sociale - Art. 7 della Direttiva n. 2003/88/Ce - Art. 31, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue - Indennità finanziaria per ferie annuali retribuite non godute versata alla fine del rapporto di lavoro - Normativa nazionale che vieta il pagamento di tale indennità in caso di dimissioni volontarie di un dipendente pubblico - Esigenze di contenimento della spesa pubblica - Esigenze organizzative del datore di lavoro pubblico - Messa in condizione di fruire delle ferie - Perdita del diritto - Contrasto.

L'art. 7 della direttiva n. 2003/88/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, e l'art. 31, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale che, per ragioni attinenti al contenimento della spesa pubblica e alle esigenze organizzative del datore di lavoro pubblico, prevede il divieto di versare al lavoratore un'indennità finanziaria per i giorni di ferie annuali retribuite maturati sia nell'ultimo anno di impiego sia negli anni precedenti e non goduti alla data della cessazione del rapporto di lavoro, qualora egli ponga fine volontariamente a tale rapporto di lavoro e non abbia dimostrato di non aver goduto delle ferie nel corso di detto rapporto di lavoro per ragioni indipendenti dalla sua volontà¹.

¹ I lavoratori hanno il diritto di monetizzare le ferie annuali retribuite non godute? A questo interrogativo è stata chiamata la Corte di giustizia a dare una risposta interpretando la direttiva n. 2003/88/Ce concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro (in *Gu-Ue* n. L 299 del 2003, p. 9). Ai sensi dell'art. 7 della direttiva n. 2003/88/Ce «Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché ogni lavoratore benefici di ferie annuali retribuite di almeno 4 settimane, secondo le condizioni di ottenimento e di concessione previste dalle legislazioni e/o prassi nazionali. Il periodo minimo di ferie annuali retribuite non può essere sostituito da un'indennità finanziaria, salvo in caso di fine del rapporto di lavoro».

La domanda di pronuncia pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 7 della direttiva n. 2003/88/Ce, nonché dell'art. 31, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è sorta nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, un ex dipendente pubblico del Comune italiano di Copertino e, dall'altro lato, detto Comune in merito al rifiuto di versare al dipendente un'indennità finanziaria per ferie annuali retribuite non godute alla data della cessazione del rapporto di lavoro a seguito delle dimissioni volontarie dello stesso al fine di accedere al collocamento in pensione anticipata.

Il Tribunale di Lecce, in qualità di giudice del rinvio nella presente causa, ha chiesto alla Corte di giustizia di stabilire in che misura la direttiva concernente l'orario di lavoro possa vietare la «monetizzazione» delle ferie annuali retribuite, vale a dire la conversione in una somma di denaro di diritti non goduti alle ferie annuali retribuite.

In *primis*, la Corte di giustizia ha sottolineato come il diritto di ogni lavoratore alle ferie annuali retribuite deve essere considerato un principio comunitario fondamentale inderoga-

bile, la cui attuazione da parte delle autorità nazionali competenti può essere effettuata solo nei limiti esplicitamente indicati dalla direttiva n. 2003/88/Ce (cfr. sentenza del 6 novembre 2018 in causa n. C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, EU:C:2018:874 e giurisprudenza *ivi* citata). E tale diritto riconosciuto include, quindi, anche il diritto a ottenere un pagamento nonché, in quanto diritto connaturato a detto diritto alle ferie annuali «retribuite», il diritto a un'indennità finanziaria per le ferie annuali non godute al momento della cessazione del rapporto di lavoro (cfr. sentenza del 25 novembre 2021 in causa n. C-233/20, *job-medium*, EU:C:2021:960 e giurisprudenza *ivi* citata).

E tale diritto non può essere limitato dall'obiettivo legato al contenimento della spesa pubblica in quanto dal considerando 4 della direttiva n. 2003/88/Ce risulta che la protezione efficace della sicurezza e della salute dei lavoratori non può dipendere da considerazioni di carattere puramente economico (cfr. sentenza del 14 maggio 2019 in causa n. C-55/18, *CCOO*, EU:C:2019:402 e giurisprudenza *ivi* citata).

E l'obiettivo connesso alle esigenze organizzative del datore di lavoro (Comune di Cupertino) per la programmazione delle ferie risponde alle finalità della direttiva, ovvero consentire ai lavoratori di poter godere delle ferie.

La Corte ha, pertanto, affermato che solamente nell'ipotesi in cui il lavoratore, deliberatamente si sia astenuto dal fruire delle ferie annuali retribuite dopo essere stato posto in condizione di esercitare in modo effettivo il suo diritto alle stesse, potrebbe essere prevista la perdita del diritto (cfr. sentenza del 6 novembre 2018 in causa n. C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, EU:C:2018:874). La Corte ha concluso che compete al giudice del rinvio verificare che il datore di lavoro abbia dimostrato di aver esercitato tutta la diligenza necessaria affinché il lavoratore sia effettivamente in condizione di fruire delle ferie annuali retribuite alle quali aveva diritto. Qualora tale dimostrazione non risulti, l'estinzione del diritto a tali ferie alla fine del periodo di riferimento o del periodo di riporto autorizzato e, in caso di cessazione del rapporto di lavoro, il correlato mancato versamento di un'indennità finanziaria per le ferie annuali non godute violano, rispettivamente, l'art. 7, par. 1, e l'art. 7, par. 2, della direttiva n. 2003/88/Ce, nonché l'art. 31, par. 2, della Carta (cfr. sentenza del 6 novembre 2018 in causa n. C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, EU:C:2018:874).

Ne consegue che i lavoratori possono decidere di non esercitare il proprio diritto al riposo dal lavoro e di percepire invece l'equivalente in denaro quando cessa il loro rapporto di lavoro e il diritto dell'Unione osta a che gli Stati membri introducano misure volte a precludere una scelta di questo tipo.

LA LEGGE PROFESSIONALE BULGARA SUGLI ONORARI MINIMI VIOLA LA NORMATIVA COMUNITARIA IN MATERIA DI CONCORRENZA E IL GIUDICE DEVE DISAPPLICARE LA NORMA NAZIONALE

Corte di giustizia

Sentenza del 25 gennaio 2024 in causa n. C-438/22

Em akaunt BG EOOD c. Zastrahovatelno aktsionerno druzhestvo Armeets AD

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale- Concorrenza - Intese - Art. 101 TFUE - Legge nazionale che stabilisce tariffe minime di onorari per avvocati - Decisione di un'associazione d'impresе - Divieto per un giudice di disporre la rifusione di un importo di onorari inferiore a tali importi minimi - Restrizione di concorrenza - Giustificazioni – Obiettivi legittimi - Qualità dei servizi forniti dagli avvocati - Attuazione della sentenza *CHEZ Elektro Bulgaria e FrontEx International* – Richiamo alla sentenza *Wouters* in presenza di una restrizione di concorrenza per oggetto - Violazione della normativa comunitaria.

L'art. 101, par. 1, TFUE, in combinato disposto con l'art. 4, par. 3, TUE, dev'essere interpretato nel senso che, nell'ipotesi in cui un giudice nazionale constati che un regolamento che fissa gli importi minimi degli onorari degli avvocati, reso obbligatorio da una normativa nazionale, è contrario a detto art. 101, par. 1, esso è tenuto a rifiutare di applicare tale normativa nazionale nei confronti della parte condannata a pagare le spese corrispondenti agli onorari d'avvocato, anche qualora tale parte non abbia sottoscritto alcun contratto di servizi d'avvocato e di onorari d'avvocato¹.

*L'art. 101, par. 1, TFUE, in combinato disposto con l'art. 4, par. 3, TUE, dev'essere interpretato nel senso che una normativa nazionale che, da un lato, non consente all'avvocato e al suo cliente di pattuire un compenso inferiore all'importo minimo fissato da un regolamento adottato da un'organizzazione professionale di avvocati, come il *Visshia advokatski savet* (Consiglio superiore dell'ordine forense), e, dall'altro, non autorizza il giudice a disporre la rifusione degli onorari per un importo inferiore a tale minimo, dev'essere considerata una restrizione della concorrenza «per oggetto», ai sensi di tale disposizione. In presenza di una simile restrizione, non possono essere invocati, al fine di sottrarre il comportamento in questione al divieto degli accordi e delle pratiche restrittivi della concorrenza, enunciato all'art. 101, par. 1, TFUE gli obiettivi legittimi asseritamente perseguiti da detta normativa nazionale².*

L'art. 101, par. 2, TFUE, in combinato disposto con l'art. 4, par. 3, TUE, dev'essere interpretato nel senso che, nel caso in cui un giudice nazionale constati che un regolamento che fissa gli importi minimi degli onorari degli avvocati, reso obbligatorio da una normativa nazionale, viola il divieto enunciato all'art. 101, par. 1, TFUE, esso è tenuto a rifiutare l'applicazione di tale normativa nazionale, anche quando gli importi minimi previsti da tale regolamento riflettono i prezzi reali del mercato dei servizi d'avvocato³.

¹⁻³ Con la sentenza, sopra massimata, la Corte di giustizia dell'Ue ha affrontato il tema della compatibilità tra il principio sulla libera concorrenza nel mercato interno e la possibilità per una normativa nazionale di stabilire importi minimi inderogabili per il pagamento degli onorari professionali.

La questione pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la Em akaunt BG EOOD e l'assicurazione Zastrahovatelno aktsionerno druzhestvo Armeets AD in merito a una domanda di risarcimento danni nella quale erano incluse anche le spese legali.

L'assicuratore contestava l'importo degli onorari considerandoli eccessivi e ne chiedeva la riduzione. Il giudice di primo grado accoglieva parzialmente la domanda di risarcimento e riduceva gli onorari dell'avvocato. Successivamente, la decisione del giudice del rinvio sulla domanda di risarcimento è stata oggetto di ricorsi proposti da entrambe le parti e la ricorrente ha, altresì, presentato una domanda di riesame della decisione relativa alle spese dinanzi al giudice del rinvio, sulla base del rilievo che gli onorari d'avvocato erano stati fissati al di sotto della soglia prevista dalla normativa nazionale.

La Corte di giustizia è stata, dunque, invitata a chiarire se e in quale misura i giudici nazionali, quando sono chiamati a determinare l'importo delle spese ripetibili a titolo di onorari d'avvocato, siano vincolati da una tariffa che fissa importi minimi di onorari, adottata da un'organizzazione professionale di avvocati della quale questi ultimi sono obbligatoriamente membri per legge alla luce del divieto di intese previsto all'art. 101, par. 1, TFUE, come interpretato, in particolare, nella sentenza *CHEZ Elektro Bulgaria e FrontEx International* (del 23 novembre 2017 in causa n. C-427/16 e C-428/16, EU:C:2017:890).

A parere della Corte, il giudice nazionale che abbia constatato il contrasto tra il regolamento che fissa gli importi minimi degli onorari degli avvocati, reso obbligatorio da una normativa nazionale, con le disposizioni comunitarie può rifiutare di applicare la suddetta normativa nazionale.

La Corte ha sottolineato come l'art. 101, par. 1, TFUE produca effetti diretti nei rapporti fra i singoli e attribuisca a questi diritti che i giudici nazionali devono tutelare (sentenza del 6 ottobre 2021 in causa n. C-882/19, *Sumal*, EU:C:2021:800 e giurisprudenza citata). Inoltre, qualora le restrizioni della concorrenza risultanti dal regolamento relativo agli importi minimi degli onorari degli avvocati non siano considerate inerenti al perseguimento di obiettivi legittimi, la normativa nazionale che lo rende obbligatorio sarebbe incompatibile con l'art. 101, par. 1, TFUE, in combinato disposto con l'art. 4, par. 3, TUE e il giudice avrà l'obbligo di disapplicare la norma nazionale controversa.

Infine, con riferimento agli «obiettivi legittimi» che dovrebbe perseguire una normativa nazionale per garantire la qualità dei servizi forniti dagli avvocati, che, da un lato, non consente all'avvocato e al suo cliente di pattuire un compenso inferiore all'importo minimo fissato da un regolamento adottato da un'organizzazione professionale di avvocati, e, dall'altro, non autorizza il giudice a disporre la rifusione degli onorari per un importo inferiore a tale minimo, viola la normativa comunitaria. La Corte di giustizia ha precisato che le restrizioni evidenziate non possono in nessun caso essere giustificate dal perseguimento di «obiettivi legittimi», come quelli asseritamente perseguiti dalla normativa relativa agli importi minimi degli onorari d'avvocato, la quale è oggetto del procedimento principale (cfr. sentenze del 21 dicembre 2023 in causa n. C-333/21, *European Superleague Company*, EU:C:2023:1011; del 28 febbraio 2013 in causa n. C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, EU:C:2013:127, annotata in questa *Rivista*, 2013, p. 156; del 4 settembre 2014 in causa da n. C-184/13 a n. C-187/13, C-194/13, in causa n. C-195/13 e in causa n. C-208/13, *API e a.*, EU:C:2014:2147, cfr. il commento di B. CALABRESE, *La responsabilità antitrust dello Stato in materia di fissazione dei prezzi: soluzioni consolidate e problemi latenti nel controllo di compatibilità concorrenziale sulla legislazione nazionale*, in questa *Rivista*, 2015, p. 87 ss., e del 23 novembre 2017 in causa n. C-427/16 e in causa n. C-428/16, *CHEZ Elektro Bulgaria e FrontEx International*, EU:C:2017:890).

POTERI DELLE AUTORITÀ NAZIONALI DI CONTROLLO IN CASO DI TRATTAMENTO ILLECITO DEI DATI

Corte di giustizia

Sentenza del 14 marzo 2024 in causa n. C-46/23

Budapest Főváros IV. Kerület Újpest Önkormányzat Polgármesteri Hivatala c. Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali - Art. 58, par. 2, lett. d. e g., del Regolamento (Ue) n. 2016/679 - Poteri dell'autorità di controllo di uno Stato membro di ordinare la cancellazione dei dati trattati illecitamente - Art. 17, par. 1 - Assenza di una previa richiesta dell'interessato - Cancellazione dei dati raccolti presso l'interessato e presso un'altra fonte.

L'art. 58, par. 2, lett. d. e g., del Regolamento (Ue) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva n. 95/46/Ce (regolamento generale sulla protezione dei dati), deve essere interpretato nel senso che: l'autorità di controllo di uno Stato membro è legittimata, nell'esercizio del suo potere di adozione delle misure correttive previste da tali disposizioni, a ordinare al titolare del trattamento o al responsabile del trattamento di cancellare dati personali che sono stati trattati illecitamente, e ciò anche qualora l'interessato non abbia presentato a tal fine alcuna richiesta di esercitare i suoi diritti in applicazione dell'art. 17, par. 1, di tale Regolamento¹.

L'art. 58, par. 2, del Regolamento n. 2016/679 deve essere interpretato nel senso che: il potere dell'autorità di controllo di uno Stato membro di ordinare la cancellazione di dati personali che sono stati trattati illecitamente può riguardare sia dati raccolti presso l'interessato sia dati provenienti da un'altra fonte².

¹⁻² Ancora una volta la Corte di giustizia interpreta il Regolamento (Ue) n. 2016/679 GDPR (in *Gu-Ue* n. L 119 del 2016, p. 1) e questa volta per chiarire come le autorità nazionali di controllo abbiano il potere di ordinare la cancellazione dei dati dell'interessato.

La questione pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, l'Amministrazione municipale di Újpest (Ungheria) e, dall'altra parte, l'Autorità nazionale ungherese per la protezione dei dati e la libertà dell'informazione in merito a una decisione con cui quest'ultima ha ordinato all'amministrazione di Újpest di cancellare dati personali che sono stati trattati in modo illecito.

La controversia trae origine dalla rilevazione, da parte dell'Autorità di controllo *privacy* ungherese di alcune violazioni della normativa GDPR, commesse da un ente locale in merito alla raccolta di dati necessari per verificare le condizioni di ammissibilità per un aiuto finanziario.

Il Garante ungherese ordinava perciò all'amministrazione locale la cancellazione dei dati personali degli interessati; per contro, l'ente locale contestava tale decisione sostenendo che l'Autorità di controllo non avesse il potere di ordinare la cancellazione di dati personali in assenza di una espressa richiesta presentata dall'interessato.

Il giudice del rinvio, investito della controversia, ha deciso di rivolgersi alla Corte di giustizia per chiarire se in forza del Regolamento GDPR l'autorità ungherese sia legittimata ad ordinare la cancellazione dei dati trattati illecitamente sia raccolti direttamente presso l'interessato sia provenienti da altra fonte.

La Corte di giustizia ha osservato che, qualora il trattamento di dati personali non soddisfi i principi previsti in particolare all'art. 5 del GDPR (liceità, correttezza e trasparenza del trattamento), le autorità di controllo degli Stati membri sono autorizzate a intervenire per assicurare l'applicazione del Regolamento (cfr. sentenza del 16 luglio 2020 in causa n. C-311/18, *Facebook Ireland e Schrems*, EU:C:2020:559 e sul principio di responsabilizzazione, cfr. sentenza del 4 maggio 2023 in causa n. C-60/22, *Bundesrepublik Deutschland*, EU:C:2023:373 e giurisprudenza *ivi* citata). Le autorità di controllo, dispongono di effettivi poteri per agire in maniera efficace contro le violazioni del Regolamento e devono porvi rimedio, anche d'ufficio, pure nelle ipotesi in cui gli interessati non siano stati informati del trattamento e non abbiano chiesto la cancellazione dei loro dati (sugli obiettivi del GDPR cfr. sentenze del 6 ottobre 2020 in causa n. C-511/18, C-512/18 e C-520/18, *La Quadrature du Net e a.*, EU:C:2020:791, nonché del 28 aprile 2022 in causa n. C-319/20, *Meta Platforms Ireland*, EU:C:2022:322).

GESTIONE DEI DIRITTI D'AUTORE E RESTRIZIONE ALLA LIBERA PRESTAZIONE DI SERVIZI SE VENGONO ESCLUSE LE SOCIETÀ STABILITE IN UN ALTRO PAESE UE

Corte di giustizia

Sentenza del 21 marzo 2024 in causa n. C-10/22

Liberi editori e autori (LEA) c. Jamendo SA

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2014/26/UE - Gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi - Organismi di gestione collettiva - Entità di gestione indipendenti - Tutela dei diritti di proprietà intellettuale - Motivo imperativo di interesse generale - Accesso all'attività di gestione dei diritti d'autore e dei diritti connessi - Direttiva n. 2000/31/CE - Ambito di applicazione materiale - Direttiva n. 2006/123/CE - Ambito di applicazione materiale - Art. 56 TFUE - Contrasto con il principio della libera prestazione di servizi.

L'art. 56 TFUE, in combinato disposto con la direttiva n. 2014/26/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenze multiterritoriali per i diritti su opere musicali per l'uso online nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che: esso osta a una normativa di uno Stato membro che esclude in modo generale e assoluto la possibilità per le entità di gestione indipendenti stabilite in un altro Stato membro di prestare i loro servizi di gestione dei diritti d'autore nel primo di tali Stati membri¹.

¹ L'Avvocato Generale Maciej Szpunar nelle proprie conclusioni presentate il 25 maggio 2023 ha sottolineato come l'avvento del digitale e di internet abbia trasformato radicalmente la creazione e la diffusione delle opere artistiche, rendendo non più indispensabile il supporto di editori o studi specializzati. Molti autori ora utilizzano internet per diffondere le proprie opere, semplificando la gestione dei diritti. Parallelamente, un numero crescente di utenti non necessita dell'accesso all'intero repertorio delle società di gestione collettiva, favorendo la nascita di entità di gestione indipendenti, spesso *online*, il cui *status* e rapporti con le società tradizionali restano oggetto di conflitti, nonostante il riconoscimento legislativo.

È in questo contesto che la Corte di giustizia è stata chiamata a rispondere alla questione pregiudiziale proposta dal Tribunale di Roma (sull'interpretazione della direttiva n. 2014/26/UE, in *Gu-Ue* n. L 84 del 2014, p. 72) nell'ambito di una controversia tra la Liberi editori e autori (LEA) (un organismo italiano di gestione collettiva e legittimato all'intermediazione di diritti d'autore in Italia) e la Jamendo SA (società lussemburghese di gestione indipendente che svolge la sua attività in Italia da circa vent'anni), in merito allo svolgimento, da parte di quest'ultima, dell'attività di intermediazione in materia di diritti d'autore e di diritti connessi nel territorio italiano.

La LEA proponeva un'azione inibitoria dinanzi al Tribunale ordinario di Roma contro la Jamendo, chiedendo che quest'ultima interrompesse la propria attività di intermediazione dei diritti d'autore in Italia. La LEA ha sostenuto che Jamendo operava illegalmente nel Paese poiché non era iscritta nell'elenco degli organismi autorizzati, non soddisfaceva i requisiti previsti dal dlgs n. 35/2017 e non aveva informato il Ministero delle Telecomunicazioni prima di iniziare l'attività, violando così la normativa italiana in quanto tale attività è riservata in via esclusiva alla SIAE (Società italiana degli autori ed editori) nonché ad altri enti di gestione come per esempio la LEA (art. 180 della Legge n. 633/941 sulla protezione del diritto d'autore).

Nel risolvere la questione relativa alla conformità della misura di cui trattasi nel procedimento principale relativa alla libera prestazione dei servizi garantita dall'art. 56 TFUE, la Corte di giustizia ha affermato che una misura nazionale che vieti, ostacoli e renda difficoltoso l'esercizio, da parte dei cittadini dell'Unione, della libera prestazione dei servizi garantita da tale articolo (cfr. sentenza dell'11 febbraio 2021, *Katoen Natie Bulk Terminals e General Services Antwerp*, in causa n. C-407/19 e C-471/19, EU:C:2021:107, del 10 luglio 2014 in causa n. C-358/12, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, EU:C:2014:206 e del 23 dicembre 2009 in causa n. C-376/08, *Serrantoni e Consorzio stabile edili*, EU:C:2009:808) costituisce una restrizione alla libera prestazione di servizi. La Corte ha concluso precisando che la suddetta restrizione, se da un lato, potrebbe essere giustificata da motivi imperativi di interesse generale legati alla protezione del diritto d'autore (cfr. sentenza del 27 febbraio 2014 in causa n. C-351/12, *OSA*, EU:C:2014:110), dall'altro lato, risulterebbe sproporzionata in quanto la normativa nazionale preclude di fatto alle entità di gestione indipendenti stabilite in un altro Stato membro di svolgere l'attività di gestione dei diritti d'autore in Italia, consentendo ad organismi di gestione collettiva stabiliti in altri Stati membri di svolgere una tale attività.

**LA NORMATIVA ITALIANA CHE IMPONE OBBLIGHI
ULTERIORI ALLE SOCIETÀ FORNITRICI DI SERVIZI
ON LINE VIOLA LA NORMATIVA COMUNITARIA**

Corte di giustizia

Sentenza del 30 maggio 2024 in cause riunite n. C-662/22 e n. C-667/22

Airbnb Ireland UC (causa n. C-662/22), Amazon Services Europe Sàrl (causa n. C-667/22) c. Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Libera prestazione dei servizi - Prestatori di servizi della società dell'informazione - Obblighi supplementari previsti per un fornitore di servizi *online* stabilito in un altro Stato membro - Direttiva n. 2000/31/Ce - Ambito regolamentato - Principio del controllo nello Stato membro di origine - Deroghe - Nozione di «provvedimenti adottati per quanto concerne un determinato servizio della società dell'informazione» - Regolamento (Ue) n. 2019/1150 - Obiettivo - Sussistenza del contrasto.

L'art. 3 della direttiva n. 2000/31/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («direttiva sul commercio elettronico»), deve essere interpretato nel senso che: esso osta a misure adottate da uno Stato membro, allo scopo dichiarato di garantire l'adeguata ed efficace applicazione del Regolamento (Ue) n. 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online, ai sensi delle quali, a pena di sanzioni, i fornitori di servizi di intermediazione online stabiliti in un altro Stato membro sono obbligati, al fine di prestare i loro servizi nel primo Stato membro, a iscriversi in un registro tenuto da un'autorità di tale Stato membro, a comunicare a quest'ultima una serie di informazioni dettagliate sulla loro organizzazione e a versare alla stessa un contributo economico¹.

¹ Le questioni pregiudiziali sollevate dal TAR Lazio hanno riguardato l'interpretazione del Regolamento (Ue) n. 2019/1150 (in *Gu-Ue* n. L 186 del 2019, p. 57) e delle direttive n. 2000/31/Ce (in *Gu-Ue* n. L 178 del 2000, p. 1), n. 2006/123/Ce (in *Gu-Ue* n. L 241 del 2006, p. 1) e n. 2015/1535 (in *Gu-Ue* n. L 376 del 2015, p. 36).

Tali questioni traggono origine dalla contestazione, da parte di alcuni prestatori di servizi di intermediazione *online* e di motori di ricerca *online* della normativa italiana che impone loro, in particolare, l'obbligo di iscriversi in un registro e di trasmettere informazioni relative alla loro struttura e alla loro situazione economica (per esempio: iscrizione al-

l'Agcom, trasmissione di un documento relativo alla situazione economica, comunicazione di informazioni dettagliate e versamento di un contributo economico, etc.).

Infatti, a seguito delle modifiche del quadro normativo nazionale la Airbnb e la Amazon, in quanto fornitrici di servizi di intermediazione *online*, sono attualmente soggette, a pena di sanzioni, all'obbligo di iscriversi in un registro tenuto dall'Agcom, il ROC, e di comunicare, di conseguenza, una serie di informazioni a tale autorità nonché di versare un contributo economico a quest'ultima.

Esse ritengono di aver subito un aggravamento di oneri amministrativi, tra l'altro in contrasto con la normativa comunitaria sulla libera prestazione dei servizi in quanto esse sono assoggettate allo Stato membro in cui sono stabilite (Irlanda e Lussemburgo). Infatti, conformemente al principio del mutuo riconoscimento, spetta a ciascuno Stato membro, in quanto Stato membro di destinazione di servizi della società dell'informazione, non limitare la libera circolazione di tali servizi esigendo il rispetto di obblighi aggiuntivi, rientranti nell'ambito regolamentato, che esso avesse adottato (cfr. sentenza del 9 novembre 2023 in causa n. C-376/22, *Google Ireland e a.*, EU:C:2023:835).

La Corte di giustizia ha concluso dichiarando che il contrasto con la normativa comunitaria delle misure nazionali adottate e l'Italia non può imporre alle ricorrenti obblighi aggiuntivi non previsti dal Paese nel quale sono stabiliti.

LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA LA DIRETTIVA SUI CONTRATTI A DISTANZA

Corte di giustizia

Sentenza del 30 maggio 2024 in causa n. C-400/22

AVT, UR c. Conny GmbH

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Tutela dei consumatori - Art. 8, par. 2, della direttiva n. 2011/83/UE - Contratti a distanza conclusi con mezzi elettronici - Obblighi d'informazione gravanti sul professionista - Ordine che implica un obbligo di pagamento - Ordine inoltrato mediante l'attivazione di un pulsante o di una funzione analoga su un sito internet - Obbligo del professionista di attirare l'attenzione del consumatore sul fatto che l'inoltro dell'ordine comporta l'obbligo di pagare il professionista - Obbligo di pagamento condizionato - Garanzia di un elevato livello di tutela dei consumatori.

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: nel caso dei contratti a distanza conclusi mediante siti internet, l'obbligo gravante sul professionista di garantire che il consumatore, quando inoltra il suo ordine, accetti espressamente l'obbligo di pagamento, si applica anche quando il consumatore è tenuto a pagare a tale professionista il corrispettivo a titolo oneroso solo dopo la realizzazione di un'ulteriore condizione¹.

¹ La questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 8, par. 2, comma 2, della direttiva n. 2011/83/UE (in *Gu-Ue* n. L 304 del 2011, p. 64) è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti da un lato, due locatori e, dall'altro lato, la proprietà locataria, la società Conny GmbH, in merito ai diritti di un locatario ceduti alla Conny, che, nella sua qualità di cessionaria dei diritti di tale locatario, reclama da detti locatori il rimborso di un'eccedenza di canoni.

La domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra due locatori di un alloggio e la Conny GmbH, una società tedesca di recupero crediti. La disputa riguarda i diritti di un locatario, ceduti alla Conny, la quale, in qualità di cessionaria, chiede ai locatori il rimborso di un'eccedenza nei canoni di locazione.

I locatori e il locatario hanno stipulato un contratto di locazione per un alloggio soggetto a un massimale di canone previsto dalla legge, che garantisce il rimborso dell'eccedenza al locatario in caso di superamento. La Conny, offre ai locatari un contratto di gestione che le permette di agire come cessionaria dei loro diritti nei confronti dei locatori se il canone supera il massimale. I locatari devono accettare le condizioni *online* e pagare una commissione pari a un terzo del canone annuale, o una tariffa simile a quella di un avvocato, se la Conny riesce a far valere i loro diritti.

Secondo i locatori, la Conny non poteva far valere i diritti del locatario perché violava l'art. 8, par. 2, della direttiva n. 2011/83/CE in quanto l'obbligo di pagamento per il locatario non sorgeva soltanto dall'ordine inoltrato sul sito internet della Conny, ma richiedeva, altresì, il verificarsi di ulteriori condizioni quali l'esito positivo dell'azione legale e l'invio di una diffida al locatore (sull'obbligo di informazione del consumatore di pagare il professionista, cfr. sentenza del 7 aprile 2022 in causa n. C-249/21, *Fuhrmann-2*, EU:C:2022:269). La Corte di giustizia, investita della questione dal giudice del rinvio, ha chiarito *in primis* che la finalità della direttiva è quella di garantire un livello elevato di tutela dei consumatori assicurando la loro informazione e la loro sicurezza nelle transazioni con i professionisti (cfr. sentenze del 7 aprile 2022 in causa n. C-249/21, *Fuhrmann-2*, EU:C:2022:269 e del 5 maggio 2022 in causa n. C-179/21, *Victorinox*, EU:C:2022:353 e giurisprudenza *ivi* citata). In secondo luogo, rafforzando così la tutela riconosciuta ai consumatori, la Corte ha precisato che, nel caso di specie, trattandosi di un contratto a distanza concluso mediante internet, l'obbligo che grava sul professionista di garantire che il consumatore, quando inoltra l'ordine con il pulsante, accetti espressamente l'obbligo di pagamento, si applichi anche quando il consumatore sia tenuto a pagare il corrispettivo a titolo oneroso a tale professionista solo dopo il verificarsi di un'ulteriore condizione. In sostanza, l'attivazione del pulsante per inoltrare un ordine o una funzione simile deve chiaramente indicare, in modo leggibile e inequivocabile, che l'inoltro dell'ordine comporta per il consumatore l'obbligo di pagare.

LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA LA DIRETTIVA SUI BIOCIDI SPECIFICANDO LE MODALITÀ PUBBLICITARIE

Corte di giustizia

Sentenza del 20 giugno 2024 in causa n. C-296/23

Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV c. dm-drogerie markt GmbH & Co. KG

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Ravvicinamento delle legislazioni - Biocidi - Art. 72 del Regolamento (Ue) n. 528/2012 - Disinfettante contenente biocidi - Restrizioni alla pubblicità indicata sull'etichetta - Nozione di «indicazioni analoghe» - Obiettivo di assicurare un elevato livello di tutela della salute umana e animale e dell'ambiente - Nozione «delicato sulla pelle» - Fuorviante.

L'art. 72, par. 3, seconda frase, del Regolamento (Ue) n. 528/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2012 relativo alla messa a disposizione sul mercato e all'uso dei biocidi, deve essere interpretato nel senso che: la nozione di «indicazioni analoghe», ai sensi di tale disposizione, comprende qualsiasi indicazione contenuta nella pubblicità relativa ai biocidi che, come le diciture riportate in tale disposizione, faccia riferimento a detti prodotti in modo tale da fuorviare l'utilizzatore quanto ai rischi che essi possono presentare per la salute umana, per la salute animale o per l'ambiente o quanto alla loro efficacia, minimizzando tali rischi o anche negandone l'esistenza, pur senza avere necessariamente carattere generale¹.

¹ Il Regolamento n. 528/2012 relativo alla messa a disposizione sul mercato e all'uso dei biocidi (in *Gu-Ue* n. L 167 del 2012, p. 1) «(...) ha lo scopo di migliorare il funzionamento del mercato interno attraverso l'armonizzazione delle norme relative alla messa a disposizione sul mercato e all'uso dei biocidi, garantendo al contempo un elevato livello di tutela della salute umana e animale e dell'ambiente. Le disposizioni del presente regolamento si fondano sul principio di precauzione, nell'ottica di tutelare la salute umana, la salute animale e l'ambiente. La tutela dei gruppi vulnerabili è oggetto di particolare attenzione» (art. 1). L'art. 3 del Regolamento contiene la definizione di "biocidi": "qualsiasi sostanza o miscela nella forma in cui è fornita all'utilizzatore, costituita da, contenenti o capaci di generare uno o più principi attivi, allo scopo di distruggere, eliminare e rendere innocuo, impedire l'azione o esercitare altro effetto di controllo su qualsiasi organismo nocivo, con qualsiasi mezzo diverso dalla mera azione fisica o meccanica» e «qualsiasi sostanza o miscela, generata da sostanze o miscele che non rientrano in quanto tali nel primo trattino, utilizzata con l'intento di distruggere, eliminare, rendere innocuo, impedire l'azione o esercitare altro effetto di controllo su qualsiasi organismo nocivo, con qualsiasi mezzo diverso dalla mera azione fisica o meccanica» (art. 3).

La questione pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposte, da un lato, l'Associazione tedesca per la lotta contro la concorrenza

sleale («ZBUW») e, dall'altro lato, una catena di drogherie operante in Germania, la dm-drogerie markt GmbH & Co. KG («dm»), per le modalità di descrizione di un biocida nella relativa pubblicità.

La dm, infatti, commercializzava un disinfettante chiamato «BioLYTHE», pubblicizzandolo come «disinfettante ecologico universale ad ampio spettro», «delicato sulla pelle», «biologico» e «efficace contro il SARS-Covid». La ZBUW accusava la dm di pubblicità ingannevole, sostenendo che le etichette violassero il Regolamento (Ue) n. 528/2012 sui biocidi, e chiedeva al tribunale di Karlsruhe di vietare tali indicazioni. Il Tribunale accoglieva la richiesta, ma in appello l'Oberlandesgericht Karlsruhe riformava parzialmente la sentenza, stabilendo che la dicitura «delicato sulla pelle» non minimizza i rischi del prodotto in modo ingannevole e non rientra tra le «indicazioni analoghe» vietate dal Regolamento.

Il Bundesgerichtshof, adito dalla ZBUW, ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia per chiarire se la nozione di «indicazioni analoghe» comprenda ogni indicazione che, al pari delle formule contenute nel Regolamento, minimizzi i rischi che il biocida può presentare per la salute umana, per la salute animale o per l'ambiente o relativi alla sua efficacia, pur senza avere carattere generale.

L'art. 72, par. 3, 2° frase, del Regolamento (Ue) n. 528/2012 non contiene alcuna indicazione in base alla quale il divieto di utilizzo nella pubblicità dei biocidi sarebbe circoscritto soltanto alle indicazioni generali. Inoltre, la pubblicità dei biocidi deve consentire ai consumatori di ottenere un livello di informazioni sufficiente sui rischi associati all'uso di tali prodotti affinché essi non li sottovalutino e possano effettuare una scelta consapevole all'atto dell'acquisto.

Con riferimento al carattere apparentemente generale delle diciture contenute all'art. 72, par. 3, 2° frase, di tale Regolamento, la Corte ha precisato che tanto un'indicazione generale quanto una specifica può fuorviare il consumatore sui rischi associati all'utilizzo dei biocidi, sia minimizzando i rischi che tali biocidi possono presentare, sia anche negando l'esistenza di tali rischi.

Nel caso di specie, la dicitura «delicato sulla pelle» utilizzata nella pubblicità del biocida di cui trattasi, contiene, da un lato, una connotazione positiva che evita l'evocazione di qualsiasi rischio, e, dall'altro è idonea a relativizzare gli effetti secondari nocivi di tale prodotto, o perfino, lascerebbe intendere che tale prodotto possa essere addirittura benefico per la pelle.

La Corte ha concluso riconoscendo un effetto fuorviante ad una dicitura siffatta così da giustificare il divieto del suo uso nella pubblicità dello stesso prodotto, ai sensi dell'art. 72, par. 3, del Regolamento (Ue) n. 528/2012 (sulla tutela della salute umana, della salute animale e dell'ambiente cfr. sentenza del 14 ottobre 2021 in causa n. C-29/20, *Biofa*, EU:C:2021:843 e su un livello elevato di tutela della salute umana e animale e dell'ambiente cfr. sentenza del 19 gennaio 2023 in causa n. C-147/21, *CIHEF e a.*, EU:C:2023:31).

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

LIMITI ALL'EVOCAZIONE DELLE DENOMINAZIONI PROTETTE: IL CASO DELL'ACETO BALSAMICO DI MODENA*

**Corte di cassazione, sezione prima civile
Ordinanza del 17 aprile 2024 n. 10352**

Consorzio Tutela Aceto Balsamico di Modena c. Acetaia del Balsamico Trentino di A.A. & C. società semplice agricola

Art. 13 del Regolamento (Ue) n. 1151/2012 - Evocazione delle denominazioni protette - Limiti.

La specificazione «Balsamico di mela» non costituisce un'evocazione della Indicazione Geografica Protetta «Aceto Balsamico di Modena IGP».

**Corte di cassazione, sezione prima civile
Ordinanza del 17 aprile 2024 n. 10350**

Consorzio Tutela Aceto Balsamico di Modena c. Acetificio Mengazzoli snc di A.A.

* I testi integrali delle ordinanze n. 10352/2024 e n. 10350/2024 sono reperibili sul sito internet <https://www.italgiure.giustizia.it/sncass/>. In argomento v. *infra*, p. 177 ss., la nota di *MARCO CASINI*.

DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI, FASC. 1-2/2024, PP. 165-175
© EDITORIALE SCIENTIFICA SRL

Art. 13 del Regolamento (Ue) n. 1151/2012 - Evocazione delle denominazioni protette - Limiti.

La denominazione «Acetaia del Balsamico Trentino» non costituisce evocazione della Indicazione Geografica Protetta «Aceto Balsamico di Modena IGP».

In prosieguo vengono riportati alcuni passi fondamentali della sola ordinanza n. 10352/2024 relativa all'Acetaia del Balsamico Trentino tenuto conto che la motivazione giuridica alla base delle due ordinanze è la stessa.

(Omissis)

4.2. Il quadro normativo.

Nell'obiettivo di una progressiva e costante armonizzazione in una normativa unitaria delle diverse discipline, nazionali ed internazionali, nel settore agro-alimentare, si segnala il Regolamento CE n. 1151 del 21 novembre 2012, sui regimi di qualità dei prodotti agricoli ed alimentari, in vigore attualmente. Detto Regolamento (nel quale sono state fatte confluire, in un unico quadro unitario, vari regolamenti, tra cui le disposizioni, rivedute ed aggiornate, del Regolamento CE n. 510/2006 del Consiglio, del 20 marzo 2006, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli e alimentari) assicura una protezione specifica alle denominazioni di origine e alle indicazioni geografiche, al fine di garantire agli agricoltori e ai produttori «un giusto guadagno per le qualità e caratteristiche di un determinato prodotto o del suo metodo di produzione e di fornire informazioni chiare sui prodotti che possiedono caratteristiche specifiche connesse all'origine geografica, permettendo in tal modo ai consumatori di compiere scelte di acquisto più consapevoli» (Considerando 18).

L'art.5 definisce: I) la «denominazione di origine» (DOP) un nome «che identifica un prodotto: a) originario di un luogo, regione o, in casi eccezionali, di un paese determinati; b) la cui qualità o le cui caratteristiche sono dovute essenzialmente o esclusivamente ad un particolare ambiente geografico ed ai suoi intrinseci fattori naturali e umani; e c) le cui fasi di produzione si svolgono nella zona geografica delimitata»; II) la «indicazione geografica» (IGP) un nome «che identifica un prodotto: a) originario di un determinato luogo, regione o paese; b) alla cui origine geografica sono essenzialmente attribuibili una data qualità; la reputazione o altre caratteristiche; e c) la cui produzione si svolge per almeno una delle sue fasi nella zona geografica delimitata».

Per la IGP dunque, a differenza della DOP, è sufficiente anche che una sola qualità sia influenzata dal territorio ovvero che l'ambiente geografico influenzi

soltanto la reputazione del prodotto e occorre che anche una sola delle fasi di produzione avvenga sul territorio. Il regime di protezione e di registrazione prevede controlli rigidi all'ingresso, dovendo essere allegato alla domanda un disciplinare nel quale sono contenuti gli elementi caratterizzanti il c.d. milieu (ambiente, termine di derivazione francese) ovvero gli standard della produzione.

Le «*indicazioni geografiche*» svolgono quindi nel sistema europeo una funzione di certificazione di *standard* qualitativi del prodotto, raggiunta attraverso una normativa vincolante che richiede il simultaneo sussistere di tre elementi: il nesso eziologico tra prodotto e territorio, un sistema di certificazione e controllo ad opera di un organo pubblico e il rispetto di un rigoroso disciplinare di produzione.

Quanto alla protezione, l'art. 13 dispone espressamente che il nome registrato venga tutelato di fronte a: a) qualsiasi impiego commerciale diretto o indiretto di un nome registrato per prodotti che non sono oggetto di registrazione, qualora questi ultimi siano comparabili ai prodotti registrati con tale nome o l'uso di tale nome consenta di sfruttare la notorietà del nome protetto, anche nel caso in cui tali prodotti siano utilizzati come ingrediente; b) qualsiasi usurpazione, imitazione o «*evocazione*», anche se l'origine vera dei prodotti o servizi è indicata o se il nome protetto è una traduzione o è accompagnato da espressioni quali «*stile*», «*tipo*», «*metodo*», «*alla maniera*», «*imitazione*» o simili, anche nel caso in cui tali prodotti siano utilizzati come ingrediente; c) qualsiasi altra indicazione falsa o ingannevole relativa alla provenienza, all'origine, alla natura o alle qualità essenziali del prodotto usata sulla confezione o sull'imballaggio, nel materiale pubblicitario o sui documenti relativi al prodotto considerato nonché l'impiego, per il confezionamento, di recipienti che possano indurre in errore sulla sua origine; d) qualsiasi altra pratica che possa indurre in errore il consumatore sulla vera origine del prodotto.

Ai sensi dell'art. 13, ultimo comma, paragrafo 1, «*Se una denominazione di origine protetta o un'indicazione geografica protetta contiene il nome di un prodotto considerato generico, l'uso di tale nome generico non è considerato contrario al primo comma, lettera a) o b)*».

Una volta ottenuta la protezione le denominazioni di origine protette e le indicazioni geografiche protette non diventano mai generiche.

Nel nostro ordinamento le indicazioni geografiche e le denominazioni di origine sono disciplinate dagli artt. 29 e 30 c.p.i., d.lgs. 30/2005, come modificato dal d.lgs. 131/2010. Gli artt. 29 e 30 del nostro c.p.i. disciplinano la tutela delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine: essi sono infatti segni distintivi della provenienza e consistono nell'accostamento del nome geografico al nome del prodotto, garantendo la provenienza del prodotto da una zona geograficamente determinata cui i consumatori tradizionalmente associano una qualità costante, derivante da fattori territoriali ed umani.

4.3. La giurisprudenza della Corte UE.

Un precedente, richiamato dal Consorzio ricorrente, è la sentenza della Corte di Giustizia del 7/6/2018, nella causa C-44/17 (relativo alla indicazione geografi-

ca registrata come “*Scotch Whisky*” – Whisky prodotto in Germania e commercializzato con la denominazione “*Glen Buchenbach*”) che concerneva l’interpretazione dell’art.16, lettere da a) a c), del regolamento (CE) n. 110/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 gennaio 2008, relativo alla definizione, alla designazione, alla presentazione, all’etichettatura e alla protezione delle indicazioni geografiche delle bevande spiritose (non applicandosi a dette bevande il Reg. CE n. 510/2006).

La lett. b) dell’art.16 comunque sempre contemplava la protezione delle indicazioni geografiche registrate da «*qualsiasi usurpazione, imitazione o evocazione, anche se la vera origine del prodotto è indicata o se l’indicazione geografica è usata in forma tradotta o è accompagnata da espressioni quali “genere”, “tipo”, (...) “stile”, “marca”, “gusto” o altri termini simili*».

La Corte, dopo avere chiarito che per accertare l’esistenza di un «*impiego commerciale indiretto*» di un’indicazione geografica registrata, ai sensi della lett. a) dell’art.16, occorre che l’elemento controverso sia utilizzato in una forma che sia identica a tale indicazione, oppure simile dal punto di vista fonetico e/o visivo, ha affermato, con riguardo alla lettera b) ed alla tutela c.d. «*evocativa*» dell’indicazione geografica registrata, che: a) il giudice nazionale deve verificare se il consumatore, in presenza del nome del prodotto interessato, sia indotto ad aver in mente, come immagine di riferimento, la merce che beneficia dell’indicazione geografica protetta (punto 46); b) ai fini della determinazione della nozione di «*evocazione*» ai sensi dell’articolo 16, lettera b), del regolamento n. 110/2008, il criterio determinante è dunque «*quello di accertare se il consumatore, in presenza di una denominazione controversa, sia indotto ad avere direttamente in mente, come immagine di riferimento, la merce che beneficia dell’indicazione geografica protetta, circostanza che spetta al giudice nazionale valutare tenendo conto, se del caso, dell’incorporazione parziale di una indicazione geografica protetta nella denominazione controversa, di una similarità fonetica e/o visiva di tale denominazione con tale indicazione, o ancora di una somiglianza concettuale tra detta denominazione e detta indicazione*» (punti 51 e 56); c) in risposta alla seconda parte della seconda questione, l’articolo 16, lettera b), del regolamento n. 110/2008 deve essere interpretato «*nel senso che, per accertare l’esistenza di un’«evocazione» di un’indicazione geografica registrata, non occorre tener conto del contesto in cui si inserisce l’elemento controverso e, in particolare, del fatto che quest’ultimo sia corredato da una precisazione circa la vera origine del prodotto in questione*».

La sentenza qui impugnata ha invece espressamente richiamato quanto statuito dalla Corte di Giustizia, nell’ambito di una causa riguardante proprio l’odierna ricorrente (C-432/18, Consorzio Tutela Aceto Balsamico di Modena – Balema GmbH).

In quell’occasione la controversia originava da una lettera di diffida inviata dal Consorzio all’azienda tedesca Balema, produttrice di vini a base di aceto, che aveva commercializzato detti prodotti apponendo etichette sulle quali figuravano i termini «*Balsamico*» e «*Deutscher balsamico*», che, secondo il Consorzio di

Modena, recavano pregiudizio all'IGP «*Aceto Balsamico di Modena*». La società Balema, in risposta, esercitava dinanzi ai giudici tedeschi un'azione di accertamento negativo del suo obbligo di astensione dall'utilizzazione di tale termine; l'azione veniva accolta in appello e la decisione impugnata dal Consorzio il quale proponeva ricorso in cassazione. Il Bundesgerichtshof (la Corte federale di giustizia tedesca) ritenne di sospendere il procedimento sottoponendo alla Corte di Giustizia dell'UE una necessaria questione pregiudiziale: se l'uso del termine «*Balsamico*» o del sintagma «*Deutscher balsamico*» violasse l'articolo 13, paragrafo 1, primo comma, lettere a) o b), del regolamento n. 1151/2012, il che implicava che si dovesse determinare innanzitutto se la protezione della denominazione «*Aceto Balsamico di Modena*», accordata dall'articolo 1 del regolamento n. 583/2009 - adottato sulla base del regolamento n. 510/2006, che aveva abrogato e sostituito il regolamento (CEE) n. 2081/92 e che a sua volta è stato abrogato e sostituito dal regolamento (UE) n. 1151/2012, - vertesse unicamente su tale denominazione globale o si estendesse all'utilizzo dei singoli termini non geografici della stessa.

La Corte di Giustizia, premesso che alla denominazione «*Aceto Balsamico di Modena*» IGP è conferita protezione dal regolamento n. 583/2009, ha ribadito che, nel sistema di protezione istituito mediante il regolamento n. 2081/92, ormai previsto dal regolamento n. 1151/2012, «*le questioni relative alla protezione da accordare ai diversi elementi di una denominazione registrata rientrano nell'ambito di una valutazione che spetta al giudice nazionale effettuare in base a un'analisi dettagliata del contesto fattuale dinanzi ad esso ricostruito dagli interessati (v., in tal senso, sentenze del 9 giugno 1998, Chiciak e Fol, C-129/97 e C-130/97, EU:C:1998:274, punto 38, nonché del 26 febbraio 2008, Commissione/Germania, C-132/05, EU:C:2008:117, punto 30)*» (par.25).

Ha tuttavia precisato che, nel caso di una denominazione «*composta*», il fatto «*che per quest'ultima non esistano indicazioni sotto forma di note a piè di pagina, le quali precisino che la registrazione non è stata richiesta per una delle parti di questa denominazione, non implica a contrario che ogni sua singola parte sia protetta*» (par.26). La Corte ha puntualizzato infatti che, anche se dall'articolo 13 del regolamento n. 2081/92 discende che, ove manchino specifiche circostanze in senso contrario, la protezione conferita da questa disposizione «*si estende non solo alla denominazione composta in quanto tale, ma anche ad ogni sua componente, ciò avviene solo se tale componente non è né un termine generico né un termine comune (v., in tal senso, sentenza del 9 giugno 1998, Chiciak e Fol, C-129/97 e C-130/97, EU:C:1998:274, punti 37 e 39)*». Poiché le disposizioni dell'articolo 13 del primo regolamento (CEE) n. 2081/92 sono state riprese, anch'esse senza modifiche sostanziali, all'articolo 13 di ciascuno di tali regolamenti successivi (in particolare, il Reg. CE 1151/2012), se ne ricava che tale giurisprudenza rimane pertinente e si applica quindi anche alle denominazioni composte, come l'IGP in questione, protette dal regolamento n. 1151/2012.

La Corte ha quindi affermato che «*dalle specifiche circostanze della registrazione, mediante il regolamento n. 583/2009, della denominazione «Aceto*

Balsamico di Modena», risulta che la protezione conferita a tale denominazione non può estendersi ai singoli termini non geografici della stessa», rilevando che le opposizioni formulate dal Consorzio di Modena contro la registrazione della suddetta denominazione da parte della Repubblica federale di Germania e della Repubblica ellenica, non avevano tenuto in debito conto che, al considerando 10 del regolamento n. 583/2009 (di protezione della IGP), si tutelava solo «la denominazione nel suo complesso – o composta -, ovvero «Aceto Balsamico di Modena», non alcuni suoi elementi, ossia i termini «aceto», «balsamico» e «aceto balsamico» o le rispettive traduzioni», mentre che singoli termini «non geografici» della denominazione composta, vale a dire «aceto» e «balsamico», anche utilizzati congiuntamente, nonché la loro traduzione, possono essere adoperati sul territorio dell'Unione nel rispetto dei principi e delle norme applicabili nell'ordinamento giuridico dell'Unione (par.31). Ha osservato inoltre la Corte di Giustizia (par.34) che, poiché risulta indubbio che il termine «aceto» sia un termine comune (v. sentenza del 9 dicembre 1981, Commissione/Italia, 193/80, EU:C:1981:298, punti 25 e 26) e che il termine balsamico sia la traduzione, in lingua italiana, dell'aggettivo «balsamique», che non ha alcuna connotazione geografica e che, per quanto riguarda l'aceto, è comunemente usato per designare un aceto che si caratterizza per un gusto agrodolce, detti termini non possono beneficiare della protezione assicurata dal regolamento n. 1151/2012 all'IGP «Aceto Balsamico di Modena».

Alla luce di quanto esposto, la Corte di Giustizia ha dunque fornito risposta alla questione pregiudiziale sottopostale, affermando che l'articolo 1 del regolamento n. 583/2009 deve essere interpretato nel senso che la protezione della denominazione «Aceto Balsamico di Modena» non si estende all'utilizzo dei termini individuali non geografici della stessa.

La Corte di Giustizia, con successiva sentenza del 17 dicembre 2020 (Causa C-490/2019, su pronuncia pregiudiziale vertente sull'interpretazione dell'articolo 13, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 510/2006 e dell'articolo 13, paragrafo 1, del regolamento (UE) n. 1151/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 novembre 2012, in una controversia insorta in merito a un'asserita violazione della denominazione d'origine protetta (DOP) «Morbier», per un formaggio francese), ha affermato che l'articolo 13, paragrafo 1, del regolamento n. 510/2006 e l'articolo 13, paragrafo 1, del regolamento n. 1151/2012 devono essere interpretati nel senso che essi «non vietano solo l'uso, da parte di un terzo, della denominazione registrata», in quanto le lettere da b) a d) degli artt. 13 di tali regolamenti vietano anche altri comportamenti contro i quali le denominazioni registrate sono tutelate e che non utilizzino né direttamente né indirettamente le denominazioni stesse. Con riguardo specifico alla nozione di «evocazione», presente nella lett. b), la Corte ha ricordato che «il criterio determinante è quello di accertare se il consumatore, in presenza di una denominazione controversa, sia indotto ad avere direttamente in mente, come immagine di riferimento, la merce protetta dalla DOP, circostanza che spetta al giudice nazionale valutare tenendo conto, se del caso, dell'incorporazione parziale di una DOP nella denominazione controversa, di una similarità fonetica e/o visiva di tale denominazione con tale

DOP, o ancora di una somiglianza concettuale tra detta denominazione e detta DOP (v., per analogia, sentenza del 7 giugno 2018, Scotch Whisky Association, C-44/17, EU:C:2018:415, punto 51)» e che, come chiarito nella sentenza del 2 maggio 2019, Fundación Consejo Regulador de la Denominación de Origen Protegida Queso Manchego (C-614/17), «l'evocazione di una denominazione registrata può derivare dall'uso di segni figurativi...in grado di richiamare direttamente nella mente del consumatore, come immagine di riferimento, i prodotti che beneficiano di una denominazione registrata, a motivo della loro vicinanza concettuale con siffatta denominazioni». Con riguardo all'articolo 13, paragrafo 1, lettera d), del regolamento n. 510/2006 e all'articolo 13, paragrafo 1, lettera d), del regolamento n. 1151/2012, si è affermato che essi «devono essere interpretati nel senso che essi vietano la riproduzione della forma o dell'aspetto che caratterizzano un prodotto oggetto di una denominazione registrata, qualora questa riproduzione possa indurre il consumatore a credere che il prodotto di cui trattasi sia oggetto di tale denominazione registrata».

Nella sentenza del 9 settembre 2021, Causa C-783/19, in controversia concernente il conflitto tra la DOP «Champagne» e la denominazione commerciale «Champanillo», la Corte UE ha affermato che «L'articolo 103, paragrafo 2, lettera b), del regolamento n. 1308/2013 deve essere interpretato nel senso che l'«evocazione» di cui a tale disposizione, da un lato, non richiede, quale presupposto, che il prodotto che beneficia di una DOP e il prodotto o il servizio contrassegnato dal segno contestato siano identici o simili e, dall'altro, si configura quando l'uso di una denominazione produce, nella mente di un consumatore europeo medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, un nesso sufficientemente diretto e univoco tra tale denominazione e la DOP. L'esistenza di un tale nesso può risultare da diversi elementi, in particolare, dall'incorporazione parziale della denominazione protetta, dall'affinità fonetica e visiva tra le due denominazioni e dalla somiglianza che ne deriva, e anche in assenza di tali elementi, dalla vicinanza concettuale tra la DOP e la denominazione di cui trattasi o ancora da una somiglianza tra i prodotti protetti da tale medesima DOP e i prodotti o servizi contrassegnati da tale medesima denominazione». Si è ribadito che il criterio determinante è quello di accertare se il consumatore, in presenza di una denominazione controversa, sia indotto ad avere direttamente in mente, come immagine di riferimento, la merce protetta dalla DOP, circostanza che spetta al giudice nazionale valutare.

Nella sentenza del 14/7/2022 (Causa C-159/20, relativa all'uso da parte di produttori lattiero-caseari della denominazione «Feta» per designare formaggio non conforme al disciplinare pubblicato nel regolamento (CE) n. 1829/2002 della Commissione, del 14 ottobre 2002), la Corte di Giustizia ha ribadito che «Le DOP e le IGP sono quindi protette dal regolamento n. 1151/2012, e in particolare dall'articolo 13 di quest'ultimo, in quanto diritto di proprietà intellettuale, come confermato dall'articolo 4, lettera b), di tale regolamento, secondo il quale è istituito un sistema di DOP e di IGP al fine di aiutare i produttori di prodotti legati a una zona geografica garantendo una protezione uniforme dei nomi in quanto diritto di proprietà intellettuale sul territorio dell'Unione».

Nel caso «*Queso Manchego*» (sentenza del 2 maggio 2019, *Fundación Consejo Regulador de la Denominación de Origen Protegida Queso Manchego*, C-614/17), la Corte di Giustizia ha ritenuto che si fosse in presenza di evocazione anche nel caso in cui, per un prodotto generico, vengano utilizzati, in etichetta, segni figurativi che richiama il luogo di produzione della DOP. L'aspetto determinante per stabilire se un elemento evochi la denominazione registrata è quindi quello di accertare se esso possa richiamare direttamente nella mente del consumatore, come immagine di riferimento, il prodotto che beneficia di tale denominazione protetta.

4.4. La percezione di un consumatore europeo medio «*normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto*» è un parametro che, nel corso degli anni, è divenuto ricorrente nella giurisprudenza europea, utile sia a valutare la sussistenza di evocazione in caso di prodotti di qualità che, in generale, a determinare la legittimità delle pratiche commerciali delle imprese operanti sul mercato.

Tale criterio è risultato decisivo, ai fini della sussistenza dell'evocazione, nel caso, già citato, «*Scotch Whisky Association*» (Corte giust., 7 giugno 2018, *Scotch Whisky Association*, C-44/17), più volte richiamato dal ricorrente. In questo contesto, riguardante un *whisky* commercializzato *on line* sulla cui etichetta apparivano elementi potenzialmente evocativi della indicazione geografica registrata «*Scotch Whisky*», la Corte UE ha conferito importanza primaria, fra i criteri atti a stabilire la sussistenza di evocazione, alla valutazione del giudice nazionale relativa alla percezione del consumatore che, in presenza del nome del prodotto interessato, sia indotto ad aver in mente, come immagine di riferimento, la merce che beneficia dell'indicazione geografica. A questa valutazione risultano subordinati gli altri criteri individuati dalla giurisprudenza precedente, fra cui la parziale incorporazione di un'indicazione geografica protetta nel segno controverso, la similarità fonetica e/o visiva con questa, la somiglianza concettuale fra i termini e il contesto in cui è inserito l'elemento controverso del segno. Nel caso *Whisky Association* del 2018, tale concetto viene esteso all'ipotesi in cui il segno utilizzato per designare un prodotto incorpori «*una parte di una indicazione geografica protetta o di una DOP*», di modo che il consumatore, in presenza del nome del prodotto di cui trattasi, sia indotto ad aver in mente, come immagine di riferimento, la merce che fruisce di detta indicazione o denominazione, nonché nel caso in cui, trattandosi di prodotti di apparenza analoga, vi sia un'affinità fonetica e visiva tra l'indicazione geografica protetta o la DOP e il segno contestato. Peraltro, tali presupposti non devono necessariamente sussistere perché vi sia evocazione: è infatti sufficiente la semplice «*vicinanza concettuale*» tra la denominazione protetta e il segno di cui trattasi.

4.5. Avuto riguardo alla sentenza (impugnata, con causa allo stato pendente dinanzi alla Corte di Giustizia) del Tribunale UE del luglio 2023, Causa T-34/22, richiamata nella memoria dal Consorzio ricorrente, occorre rilevare che era stata impugnata la decisione di esecuzione (UE) 2021/1879 della Commissione, del 26 ottobre 2021, che ha respinto tre domande di protezione «*di un nome come indicazione geografica – IGP - a norma dell'articolo 52, paragrafo 1, del regola-*

mento (UE) n. 1151/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio «Jambon sec de l'Île de Beauté» (IGP), «Lonzo de l'Île de Beauté» (IGP) e «Coppa de l'Île de Beauté» (IGP) ». I nomi «Jambon sec de Corse»/«Jambon sec de Corse – Prisuttu», «Lonzo de Corse»/«Lonzo de Corse – Lonzu» e «Coppa de Corse»/«Coppa de Corse – Coppa di Corsica» erano già stati oggetto di un'iscrizione come denominazioni di origine protette (DOP) del 2014. La Commissione aveva ritenuto sussistente un rischio di evocazione tra, da una parte, le denominazioni, oggetto di richiesta di registrazione come IGP, «Jambon sec de l'île de Beauté», «Lonzo de l'île de Beauté» e «Coppa de l'île de Beauté» e, dall'altra parte, le denominazioni DOP «Jambon sec de Corse»/«Jambon sec de Corse – Prisuttu», «Lonzo de Corse»/«Lonzo de Corse – Lonzu» e «Coppa de Corse»/«Coppa de Corse – Coppa di Corsica», avendo ritenuto, tra l'altro, che fosse di dominio pubblico che il nome «Île de Beauté» costituisce un'espressione corrente che, per i consumatori francesi, designa univocamente la Corsica.

Il Tribunale ha respinto il ricorso, rilevando, in particolare, che la Commissione non aveva ecceduto le sue competenze. La Commissione invero deve verificare che l'utilizzo del nome di cui si chiede la protezione «nel commercio o nel linguaggio comune» non violi la protezione contro l'evocazione prevista all'articolo 13, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 1151/2012. Infatti, «ammettere la registrazione di un'IGP benché la stessa sia evocativa di una DOP già registrata priverebbe di effetto utile la protezione prevista dall'articolo 13, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 1151/2012, poiché, una volta registrato tale nome come IGP, la denominazione precedentemente registrata come DOP non potrebbe più beneficiare, nei suoi confronti, della protezione prevista all'articolo 13, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 1151/2012». Correttamente pertanto la Commissione aveva rifiutato la registrazione.

Nel testo integrale della decisione, disponibile in lingua francese, ai par. da 90 a 92, il Tribunale UE, nell'esaminare quanto sostenuto dai ricorrenti secondo cui la protezione delle DOP contro un'eventuale evocazione non si potesse estendere ai termini individuali non geografici e che dovesse essere limitata al termine geografico «Corsica», con specifico riferimento alla sentenza del 4 dicembre 2019, nella causa 432/18, riguardante il Consorzio Tutela - già sopra citata - ed all'affermazione che la protezione della denominazione «Aceto Balsamico di Modena» non si estendeva all'utilizzo dei termini non geografici di quella, ha ritenuto il richiamo non era pertinente: l'arresto della Corte UE - «*rendu sur renvoi préjudiciel, portait sur la question de savoir si le terme «Balsamico» pouvait être utilisé sur les étiquettes de produits à base de vinaigre qui ne répondaient pas au cahier des charges de l'IGP «ceto Balsamico di Modena»* - non verteva infatti sulla questione della evocazione tra due denominazioni e non se ne potrebbe quindi dedurre che, per apprezzarla - l'eventuale evocazione -, non sarebbe necessario prendere in esame il nome nella sua interezza, inclusi i termini individuali non geografici («*ne portait donc pas sur la question de l'éventuelle évocation entre deux appellations et il ne saurait en être déduit que, pour l'apprécier, il n'y aurait pas lieu de prendre en compte la dénomination dans son entièreté, y compris les termes individuels non géographiques*»).

Nella fattispecie in esame, l'analisi dell'evocazione eventuale della DOP «*Jambon sec de Corse*» da parte della IGP «*Jambon sec de l'Île de Beauté*» doveva essere condotta avuto riguardo agli interi nomi e non ai soli nomi geografici «*Île de Beauté*» et «*Corse*».

Questo e soltanto il senso della pronuncia del Tribunale UE.

4.6. Nella specie, «*aceto balsamico di Modena*» è un'indicazione Geografica Protetta, che ha ottenuto il riconoscimento comunitario con il Regolamento CE n. 583/2009 della Commissione del 3/7/2009.

Va ricordato che, ai sensi dell'articolo 1 del regolamento n. 583/2009, in combinato disposto con il considerando 11 e l'allegato I, la denominazione «*Aceto Balsamico di Modena (IGP)*» è registrata e quindi è iscritta nel registro delle denominazioni di origine protette e delle indicazioni geografiche protette e tutelato nella sua formulazione complessa.

Dal considerando 8 del regolamento n. 583/2009 risulta che la denominazione «*Aceto Balsamico di Modena*» «*gode di fama indiscussa sia sul mercato nazionale che su quelli esteri e che, quindi, tale denominazione composta, in quanto tale, soddisfa alla condizione inerente ad una reputazione specifica del prodotto corrispondente a quest'ultima*» (Corte Giustizia, causa C-432/18, cit.).

Nel considerando (10) del Regolamento 583/2009, riconoscendo l'IGP Aceto Balsamico di Modena, si precisa che «*la protezione è conferita alla denominazione composta «Aceto Balsamico di Modena». I singoli termini non geografici della denominazione composta, anche utilizzati congiuntamente, nonché la loro traduzione, possono essere adoperati sul territorio comunitario nel rispetto dei principi e delle norme applicabili nell'ordinamento giuridico comunitario*».

4.7. Alla luce di tali complessive considerazioni, si deve affermare che correttamente la Corte d'appello ha respinto il gravame, precisando che la condotta «*evocativa*» vietata dalla predetta norma deve avere ad oggetto una caratteristica che comunque richiami l'origine geografica del prodotto, che rappresenta specificamente il bene tutelato dall'art. 13 del Regolamento e che la protezione accordata dalla disposizione in parola non può estendersi sino all'utilizzo esclusivo di singoli termini non geografici, generici e comuni – come nel caso delle parole «*aceto*», «*balsamico*», «*aceto balsamico*» – in quanto ciò avrebbe l'effetto di istituire un monopolio del soggetto registrante proprio su detti termini.

In sostanza, la Corte di merito ha mostrato, attraverso il proprio *iter* logico argomentativo, senza alcun equivoco circa l'oggetto della tutela accordata dal Reg. (UE) 1151/2012 (per avere, erroneamente secondo il ricorrente, affermato che la tutela concerne non tanto il prodotto nel suo complesso, quanto il solo termine geografico della denominazione registrata, nel caso di specie il toponimo «*Modena*»), di avere ben presente la portata della tutela garantita dall'art. 13 par. 1 lett. b) del Regolamento 1151/2012, rilevando come il prodotto commercializzato dall'appellata si presentasse privo di elementi evocativi dell'IGP dell'Aceto Balsamico di Modena, nella denominazione e alla luce dell'esame complessivo delle caratteristiche esterne dello stesso prodotto, in alcun modo idonee a creare un'associazione con la città di Modena.

Risulta infondato anche il secondo motivo di ricorso, considerato che la Corte d'appello ha escluso la fattispecie evocativa non soltanto per la precisa indicazione di un differente luogo di provenienza del prodotto, quanto sulla base dell'esame di tutti gli elementi e le caratteristiche, anche figurative, del prodotto che non ha permesso di ravvisare alcuna associazione con l'origine geografica del bene.

Nessun richiamo evocativo per il consumatore medio della denominazione geografica protetta si poteva verificare.

(Omissis)

LA CORTE DI CASSAZIONE CONFERMA I LIMITI DELLA PROTEZIONE DELLA DENOMINAZIONE «ACETO BALSAMICO DI MODENA IGP»

Con due ordinanze gemelle pubblicate in data 17 aprile 2024¹ la Suprema Corte ha confermato le decisioni di primo e secondo grado dei giudici di Milano e Brescia con riferimento all'utilizzo del termine «Balsamico» per condimenti diversi dall'IGP Aceto Balsamico di Modena.

In entrambi i casi e cioè «Balsamico di mela» e «Acetaia del Balsamico Trentino» il Consorzio aveva chiesto l'inibitoria dell'uso del nome «Aceto Balsamico» non essendo detti prodotti conformi all'IGP e ritenendo l'utilizzo del termine «Balsamico» evocativo della produzione tutelata e quindi vietato.

Nel fascicolo n. 3/2022 di questa *Rivista*² avevamo già commentato, in particolare, la decisione della Corte d'appello di Brescia che, al pari di quella meneghina, aveva respinto le richieste del Consorzio, ritenendo che il prodotto contestato «Balsamico di mela» non evocasse la denominazione geografica protetta «Aceto Balsamico di Modena».

Ora, la Suprema Corte, interpretando il Regolamento (Ue) n. 1151/2012 (sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari e che, tra le altre cose, regola e protegge le denominazioni di origine e le indicazioni geografiche) osserva che la protezione riconosciuta alla denominazione «Aceto Balsamico di Modena» riguarda la denominazione composta

¹ Cass. civ., sez. I, ord., (data ud. 10/04/2024) del 17 aprile 2024, n. 10350, registro generale n. 4602/2023 e Cass. civ., Sez. I, ord., (data ud. 10/04/2024) n. 10352, registro generale n. 10874/2023.

² Cfr. M. CASINI, *I limiti della protezione della denominazione «Aceto balsamico di Modena IGP»*, in questa *Rivista*, 2022, p. 417 ss.

e non i singoli termini «aceto» e «balsamico» che sono considerati generici. Inoltre, afferma che per configurare una condotta evocativa vietata, deve esserci un richiamo all'origine geografica del prodotto.

I Giudici di merito avevano escluso la presenza di elementi evocativi e a tale conclusione erano pervenuti considerando tutti gli elementi dei prodotti, compreso il loro aspetto e le etichette, che non suggerivano alcuna associazione con Modena. Parimenti risultava corretta la loro interpretazione della sentenza della Corte di giustizia europea del 4 dicembre 2019 (in causa n. C-432/18), laddove aveva ritenuto che la protezione fosse riconosciuta alla denominazione composta.

La Corte perviene alla propria conclusione passando in rassegna alla giurisprudenza della Corte di giustizia anche successiva alla sentenza sopra espressamente richiamata e osserva che la condotta «evocativa» vietata dalla norma (art. 13 del Regolamento (Ue) n. 1151/2012) debba avere ad oggetto una caratteristica che comunque richiami l'origine geografica del prodotto, che rappresenta specificamente il bene tutelato e che la protezione accordata non possa estendersi sino all'utilizzo esclusivo di singoli termini non geografici, generici e comuni – come nel caso delle parole «aceto», «balsamico», «aceto balsamico» – in quanto ciò avrebbe l'effetto di istituire un monopolio su detti termini.

Al contrario, i prodotti contestati si presentavano privi di elementi evocativi dell'IGP dell'Aceto Balsamico di Modena, nella denominazione e alla luce dell'esame complessivo delle caratteristiche esterne dello stesso prodotto, in alcun modo idonee a creare un'associazione con la città di Modena.

La Corte osserva, infine, che la portata della tutela riconosciuta alla IGP Aceto balsamico di Modena è stata espressamente chiarita dalla Corte di giustizia (nella suddetta sentenza del 4 dicembre 2019 in causa n. C-432/18) e che a nulla rilevano i tentativi di limitarne gli effetti all'impiego diretto della denominazione tutelata in quanto anche per l'evocazione trovano applicazione i medesimi presupposti e principi.

In conclusione, la Suprema Corte chiarisce definitivamente che la protezione accordata dall'IGP «Aceto Balsamico di Modena» non può estendersi ai termini generici «aceto» e «balsamico» usati singolarmente o congiuntamente, a meno che non vi sia un esplicito richiamo all'origine geografica protetta, cosa che nei casi sottoposti all'esame dei giudici non è stata riscontrata.

Marco Casini*

* Avvocato / Foro di Cremona

SINTESI

La condotta «evocativa» vietata dall'art. 13 del Regolamento (Ue) n. 1151/2012 deve avere ad oggetto un elemento che richiami l'origine geografica del prodotto di una denominazione tutelata.

I singoli termini non geografici, generici e comuni di una denominazione protetta – come le parole «aceto», «balsamico», «aceto balsamico» – non sono riservati.

Considerato che le denominazioni «Aceto balsamico di mele» e «Acetaia del Balsamico Trentino», compreso il loro aspetto, la presentazione e le etichette non suggerivano alcuna associazione con Modena («Aceto Balsamico di Modena IGP»), non sussiste alcun illecito evocativo. In caso contrario la tutela riconosciuta dal Regolamento avrebbe l'effetto di istituire un monopolio su termini generici.

ABSTRACT

The "evocative" conduct prohibited by Article 13 of Regulation (EU) No. 1151/2012 must have as its object an element that recalls the geographical origin of the product of a protected name.

The individual non-geographical, generic and common terms of a protected name – such as the words "vinegar", "balsamic", "balsamic vinegar" – are not reserved.

In view of the fact that the designations «Aceto balsamico di mele» and «Acetaia del Balsamico Trentino», including their appearance, presentation and labels, did not suggest any association with Modena («Aceto Balsamico di Modena PGI»), there is no evocative offence. Otherwise, the protection granted by the Regulation would have the effect of establishing a monopoly on generic terms.

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

LE PROBLEMATICHE GIURIDICHE CONNESSE AL DISTACCO DEI LAVORATORI CHE EFFETTUANO PRESTAZIONI DI SERVIZI ALL'INTERNO DELL'UNIONE EUROPEA*

Direttiva n. 2014/67/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, concernente l'applicazione della direttiva n. 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi e recante modifica del Regolamento (UE) n. 1024/2012 relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno («regolamento IMI»)¹

Direttiva (UE) n. 2018/957 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 giugno 2018 recante modifica della direttiva n. 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi²

* In argomento v. *infra*, p. 183 ss., il contributo di *AURORA VISENTIN*.

¹ In *Gu-UE* n. L 159 del 28 maggio 2014, p. 11 ss. Il testo integrale è reperibile sul sito internet <https://eur-lex.europa.eu>.

² In *Gu-UE* n. L 173 del 9 luglio 2018, p. 16 ss. Il testo integrale è reperibile sul sito internet <https://eur-lex.europa.eu>.

LE RESPONSABILITÀ DEL COMMITTENTE FRANCESE E DELL'APPALTATORE ITALIANO NEL DISTACCO DI LAVORATORI IN FRANCIA

Sommario: 1. *Premessa* - 2. *Gli obblighi dell'appaltatore italiano* - 3. *Gli obblighi del committente francese. Le responsabilità e il dovere di vigilanza del committente.*

1. Premessa

a. La definizione di distacco

Secondo la normativa francese¹, che riprende la definizione di quella comunitaria², si parla di distacco quando un datore di lavoro, legalmente

¹ Artt. L1262-1 e L1262-2 del Codice del lavoro francese (*Code du travail*).

«Article L1262-1 (Modifié par LOI n°2008-67 du 21 janvier 2008 - art. 3) - Un employeur établi hors de France peut détacher temporairement des salariés sur le territoire national, à condition qu'il existe un contrat de travail entre cet employeur et le salarié et que leur relation de travail subsiste pendant la période de détachement. Le détachement est réalisé: 1° Soit pour le compte de l'employeur et sous sa direction, dans le cadre d'un contrat conclu entre celui-ci et le destinataire de la prestation établi ou exerçant en France; 2° Soit entre établissements d'une même entreprise ou entre entreprises d'un même groupe; 3° Soit pour le compte de l'employeur sans qu'il existe un contrat entre celui-ci et un destinataire.

Article L1262-2 (Modifié par Ordonnance n°2019-116 du 20 février 2019 - art. 1). A la condition qu'il existe un contrat de travail entre l'entreprise de travail temporaire et le salarié et que leur relation de travail subsiste pendant la période de détachement, une entreprise exerçant une activité de travail temporaire établie hors du territoire national peut détacher temporairement des salariés: 1° Auprès d'une entreprise utilisatrice établie sur le territoire national; 2° Auprès d'une

stabilito all'estero e che vi svolge attività sostanziali, invia i suoi dipendenti a lavorare in Francia per uno scopo specifico e per un periodo di tempo limitato.

b. Il quadro europeo

La revisione della direttiva n. 96/71/Ce ha delineato il quadro giuridico europeo per il distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi. Tale quadro si fonda su due principi:

- la libertà di prestazione di servizi, definita dall'art. 57 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea;
- la protezione dei lavoratori, che è garantita conformemente alla legislazione del Paese ospitante, rispettando il principio della parità di trattamento.

Il Regolamento (Ce) n. 593/2008 (Roma I) che incorpora la Convenzione di Roma n. 80/934/Cee del 19 giugno 1980 consente di determinare la legge applicabile ad un contratto di lavoro in caso di conflitto di leggi, in assenza di una scelta delle parti.

Prevede inoltre che, qualunque sia la legge applicabile al contratto di lavoro, quando un lavoratore svolge la propria attività in un Paese (Paese ospitante), si applichino le disposizioni imperative di quel Paese. La direttiva è una *lex specialis* rispetto al Regolamento Roma I ed obbliga gli Stati membri ad applicare le disposizioni del Paese ospitante in un elenco di materie, relative alle condizioni di lavoro e di occupazione, detto "nocciolo duro". Queste norme, la cui scelta spetta al Paese ospitante, sono applicate indipendentemente dalla legislazione scelta dalle parti ed indipendentemente dalla legge che regola il contratto di lavoro.

c. La normativa interna francese

Il quadro giuridico francese in materia di distacco preesisteva alla legislazione europea. Le disposizioni sono state inserite nel diritto interno

entreprise utilisatrice établie hors du territoire national et exerçant temporairement une activité sur le territoire national. Les dispositions du chapitre Ier du titre V du présent livre relatives au travail temporaire sont applicables aux salariés détachés dans le cadre d'une mise à disposition au titre du travail temporaire, à l'exception des articles L. 1251-32 et L. 1251-33 pour les salariés titulaires d'un contrat de travail à durée indéterminée dans leur pays d'origine.

Nota: Conformément aux dispositions des I et II de l'article 7 de l'ordonnance n° 2019-116 du 20 février 2019, ces dispositions entrent en vigueur le 30 juillet 2020. Toutefois, les salariés roulants des entreprises de transport routier mentionnées à l'article L. 1321-1 du code des transports restent régis par les dispositions du code du travail dans leur rédaction antérieure à la présente ordonnance».

² Direttive n. 2014/67/UE e n. 2018/957 UE che hanno modificato le direttive comunitarie del 1996 e del 2008.

francese dal 1993, anno di adozione dell'art. L341-5 del Codice del lavoro. Successivamente, sono stati adottati due decreti, nel maggio e nel settembre 2000, per adeguare la legislazione francese alla direttiva comunitaria.

Le disposizioni relative al distacco di cui al titolo VI del libro II della parte I del Codice del lavoro si applicano a prescindere dal Paese in cui è stabilito il datore di lavoro distaccante o dalla nazionalità del lavoratore distaccato.

2. Gli obblighi dell'appaltatore italiano

Qui di seguito vengono illustrate, in forma di domanda e risposta, le principali questioni.

Quando un'azienda italiana può distaccare dipendenti in Francia?

Un'azienda italiana può fornire servizi sul territorio francese e distaccarvi dipendenti, a condizione che:

1. dimostri di essere legalmente stabilita in Italia nonché costituita e gestita in conformità alla legislazione italiana;
2. dimostri di avere un'attività significativa, stabile e continuativa in Italia, poiché il Codice del lavoro francese vieta la creazione di una stabile organizzazione in uno Stato membro al solo scopo di distaccare dipendenti³.

Quali condizioni devono rispettare i dipendenti per poter essere distaccati?

Per rientrare nel campo di applicazione delle norme sul distacco, un dipendente deve:

1. lavorare abitualmente per l'azienda stabilita in Italia: il rapporto di lavoro deve essere stato instaurato prima del distacco e continuare per tutto il periodo di distacco;
2. svolgere il proprio lavoro temporaneamente in Francia.

Quali sono le situazioni per le quali è possibile distaccare dipendenti in Francia?

Il Codice del lavoro prevede quattro situazioni di distacco:

1. distacco nell'ambito di un contratto di fornitura di servizi;
2. distacco infragruppo (tra stabilimenti della stessa azienda o tra aziende dello stesso gruppo);
3. distacco di dipendenti temporanei;

³ Art. L1262-3 del Codice del lavoro francese.

4. distacco al di fuori dell'ambito della prestazione di servizi (esclusivamente per conto del datore di lavoro).

Saranno oggetto di esame, in questo contesto, le responsabilità di committente ed appaltatore nel primo caso: quello della fornitura di servizi.

Quali sono le formalità che devono seguire le aziende italiane che intendono distaccare dipendenti in Francia nell'ambito di una prestazione di servizi?

Per distaccare i dipendenti in Francia nell'ambito dell'esecuzione di una prestazione di servizi, le aziende italiane devono espletare una serie di formalità, che verranno analizzate nel dettaglio:

1. effettuare una dichiarazione preventiva di distacco;
2. procedere alla nomina di un rappresentante sul territorio francese;
3. richiedere l'attribuzione di una carta professionale se la prestazione di servizi rientra nel settore dell'edilizia e dei lavori pubblici;
4. conservare e mettere a disposizione dell'Ispettorato del lavoro i documenti richiesti dalla normativa francese per la gestione dei dipendenti distaccati, elencati nell'art. R1263-1 del Codice del lavoro.

La dichiarazione preventiva di distacco

Prima di iniziare a distaccare i lavoratori in Francia, le aziende italiane devono presentare una dichiarazione preventiva⁴ all'Ispettorato del lavoro del luogo in cui si svolgerà l'attività, utilizzando il portale internet SIPSI. Se il servizio viene prestato in più di una località, la dichiarazione deve essere inviata all'Ispettorato del lavoro della prima località in cui viene prestato il servizio.

Se il distacco viene cancellato o le date inizialmente previste per il distacco vengono modificate, il datore di lavoro deve cancellare o rettificare la sua dichiarazione precedente utilizzando lo stesso servizio *online* SIPSI.

La durata dei distacchi non può superare i dodici mesi (salvo autorizzazione concessa dall'Ispettorato del lavoro).

A partire dal tredicesimo mese, si applicheranno tutte le condizioni legali e collettive applicabili ai dipendenti francesi⁵ (applicazione del c.d. *status* di lavoratore distaccato a lungo termine), ad eccezione di quelle relative alla redazione di un contratto di lavoro, alla sua risoluzione e quelle

⁴ Artt. L1262-2-1 e R1263-3 del Codice del lavoro.

⁵ Art. L1262-4 II del Codice del lavoro.

relative ai regimi pensionistici complementari professionali⁶. In caso di sostituzione di un dipendente distaccato con un altro dipendente distaccato sullo stesso posto di lavoro, il periodo di dodici mesi è raggiunto quando la durata cumulativa del distacco di dipendenti successivi sullo stesso posto di lavoro (stessa mansione nella stessa sede) è pari a dodici mesi.

Se la dichiarazione preventiva di distacco non viene presentata tramite la piattaforma SIPSI, il datore di lavoro è passibile di una multa fino a 4.000 euro per ogni dipendente distaccato (in caso di reiterazione della violazione entro due anni, la multa può aumentare a 8.000 euro), fino a un limite totale di 500.000 euro⁷.

Quali sono le attività esonerate?

Alcune attività sono esonerate dal deposito della dichiarazione preventiva di distacco:

- i.* il distacco di dipendenti esclusivamente per conto del datore di lavoro è esente dall'obbligo di presentare una dichiarazione preventiva di distacco e di nominare un rappresentante (c.d. Distacco per conto proprio).
- ii.* il distacco per servizi di breve durata di:
 - artisti;
 - apprendisti in mobilità internazionale.
 - sportivi e membri delle squadre che li accompagnano.
 - ricercatori o insegnanti che partecipano a conferenze, seminari ed eventi scientifici.

Nomina di un rappresentante sul territorio francese

L'azienda italiana deve nominare un rappresentante che sia presente in Francia per tutta la durata del servizio e che possa fare da tramite con le autorità francesi.

La dichiarazione resa sul portale internet del SIPSI costituisce la nomina del rappresentante. Tale designazione contiene le seguenti informazioni, tradotte in francese:

- nome o ragione sociale del rappresentante;
- dati di contatto (indirizzo e-mail e numero di telefono);
- indicazione del luogo in cui sono conservati i documenti necessari al distacco.

⁶ Possibilità di essere elettori nelle elezioni professionali, diritto alle ferie e permessi retribuiti previsti dalla contrattazione collettiva francese, possibilità di usufruire della formazione professionale francese, ricompresi nell'effettivo della società ospitante etc.

⁷ Art. L1264-3 del Codice del lavoro.

Quali sono il ruolo e le responsabilità del rappresentante?

Per tutto il periodo del distacco, il rappresentante dell'azienda che distacca i dipendenti in Francia è responsabile dei rapporti con gli ispettori dell'Ispettorato del lavoro (ma anche con la polizia giudiziaria, le autorità fiscali, le autorità doganali e gli enti previdenziali) e della messa a disposizione degli ispettori dei documenti necessari al distacco, che può fornire in forma cartacea o elettronica.

Se il rappresentante sul territorio francese non viene nominato, il datore di lavoro è passibile di un'ammenda fino a 4.000 euro per ogni dipendente distaccato (in caso di reiterazione della violazione entro due anni, la multa può aumentare a 8.000 euro), fino a un limite totale di 500.000 euro⁸.

La carta professionale nel settore dell'edilizia e dei lavori pubblici (BTP)

Ogni datore di lavoro i cui dipendenti eseguono, dirigono od organizzano lavori edili o di pubblica utilità, anche in modo occasionale, secondario o accessorio, è tenuto a richiedere una tessera di identificazione professionale, nota come «tessera BTP», per i dipendenti interessati. Questo obbligo vale anche per le aziende che distaccano dipendenti che presteranno la loro attività in questi settori.

Per ottenere tale tessera, il datore di lavoro deve effettuare una dichiarazione all'Union des Caisses de France (UCF) tramite la piattaforma *online*, per ciascuno dei dipendenti interessati, prima del distacco. Questa dichiarazione viene fatta dopo aver compilato la dichiarazione preventiva di distacco tramite il servizio SIPSI. Il numero della dichiarazione preventiva viene utilizzato per recuperare automaticamente le informazioni precedentemente inserite nel portale SIPSI. Prima di effettuare la dichiarazione in vista della richiesta di una carta, il datore di lavoro deve informare il dipendente che i dati personali che lo riguardano saranno inviati all'UCF. Il datore di lavoro deve inoltre fornire al lavoratore il documento informativo sulle norme francesi applicabili in materia di diritto del lavoro, disponibile sul sito dell'UCF.

Obbligo del datore di lavoro di conservare e mettere a disposizione dell'Ispettorato del lavoro i documenti relativi ai propri dipendenti distaccati e alla propria attività

In Francia l'ispettore del lavoro ha il diritto di accedere al cantiere, ai locali nei quali i lavoratori distaccati svolgono la propria attività e ai luoghi dove i lavoratori sono alloggiati collettivamente. L'ispettore ha il diritto di

⁸ Art. L1264-3 del Codice del lavoro.

interrogare i dipendenti (e chiunque altro sia presente nel luogo dell'ispezione) per raccogliere informazioni personali (identità, luogo di residenza, ecc.) e informazioni relative alle condizioni di lavoro ed al distacco.

Se viene riscontrato un reato, l'ispettore può redigere un rapporto ufficiale che viene trasmesso al pubblico ministero. L'ispettore può anche constatare una violazione degli obblighi relativi al distacco e proporre una sanzione amministrativa al direttore regionale competente. Quest'ultimo informerà l'interessato dei fatti che possono costituire reato o essere oggetto di sanzione amministrativa e delle sanzioni previste.

Per consentire all'Ispettorato del lavoro di verificare il rispetto delle norme sul distacco, i datori di lavoro devono mettere a sua disposizione rapidamente i seguenti documenti⁹, tradotti in lingua francese:

- qualsiasi documento che attesti l'effettivo pagamento della retribuzione;
- un foglio di presenza che indichi l'inizio, la fine e la durata dell'orario di lavoro giornaliero di ciascun dipendente;
- un documento che attesti una visita medica "equivalente" a quella francese realizzata nel Paese d'origine;
- se del caso, il permesso di lavoro che consente al dipendente di un Paese terzo di lavorare in Francia;
- il contratto di lavoro o qualsiasi documento equivalente che attesti in particolare il luogo di assunzione del dipendente;
- qualsiasi documento che attesti la legge applicabile al contratto tra l'azienda e l'appaltatore stabilito sul territorio francese;
- qualsiasi documento che attesti il numero di contratti eseguiti e l'ammontare del fatturato realizzato dall'azienda in Italia ed in Francia.

Per i distacchi della durata di un mese o più: buste paga di ciascun dipendente distaccato o qualsiasi documento equivalente che attesti la retribuzione e contenga le seguenti informazioni:

- retribuzione;
- periodo e ore di lavoro a cui si riferisce la retribuzione, distinguendo tra le ore pagate alla tariffa normale e quelle pagate a una tariffa superiore;
- congedi e giorni festivi ed elementi della retribuzione ad essi relativi;
- il nome del contratto collettivo applicabile al dipendente.

Per i distacchi inferiori ad un mese è sufficiente la messa a disposizione di un qualsiasi documento che comprovi il rispetto del salario minimo. La mancata presentazione di questi documenti tradotti in francese è punita con una sanzione amministrativa fino a 4.000 euro per dipendente distaccato

⁹ Art. R1263-1 del Codice del lavoro.

(in caso di reiterazione della violazione entro due anni, la multa può aumentare a 8.000 euro), fino a un limite complessivo di 500.000 euro.

L'ispettore del lavoro può decidere di sospendere la prestazione di servizi per un periodo massimo di un mese, se il datore di lavoro non presenta all'ispettorato del lavoro i documenti tradotti in francese per verificare il rispetto del salario minimo legale, dei periodi minimi di riposo giornaliero e settimanale e dell'orario massimo di lavoro giornaliero e settimanale. Lo stesso vale se presenta documenti deliberatamente errati.

L'alloggio dei dipendenti distaccati

Le aziende italiane che distaccano personale in Francia non sono obbligate a fornire un alloggio ai dipendenti distaccati.

Se decidono di istituire un sistema di alloggio collettivo per i dipendenti distaccati, devono però rispettare le disposizioni del Codice del lavoro.

Quali sono le caratteristiche principali e le dotazioni minime degli alloggi¹⁰?

La superficie e il volume abitabile non devono essere inferiori a 6 metri quadrati e a 15 metri cubi per persona.

I locali con un'altezza inferiore a 1,90 metri non sono considerati spazio abitabile.

Gli alloggi devono essere dotati di finestre o altre aperture con una superficie trasparente che dia accesso diretto all'esterno e dotate di un dispositivo di oscuramento.

Il lavoratore deve avere la possibilità di chiudere l'alloggio e di accedervi liberamente.

Le attrezzature e le caratteristiche di questi locali devono consentire di mantenere la temperatura interna ad almeno 18°C.

Ogni persona deve avere la propria biancheria da letto e i propri mobili. I dormitori possono essere occupati solo da persone dello stesso sesso. Il numero di persone per camera è limitato a 6 ed i letti devono essere distanziati di almeno 80 cm.

I servizi igienici devono essere installati vicino alle stanze di alloggio e deve essere disposto un lavabo ogni 3 persone.

¹⁰ Caso specifico: le caratteristiche principali e le attrezzature degli alloggi nel settore dell'edilizia e dei lavori pubblici. Nei cantieri in cui sono alloggiati i lavoratori, gli alloggi devono rispettare gli obblighi del datore di lavoro per quanto riguarda le condizioni di alloggio di cui sopra e la prevenzione dei rischi di incendio e di evacuazione. Tuttavia, trattandosi di installazioni temporanee, queste disposizioni non impediscono l'uso di alloggi mobili come autovetture o rimorchi stradali, a condizione che vengano attuate misure compensative per garantire ai lavoratori condizioni di alloggio almeno equivalenti. Le vie di accesso agli alloggi dei lavoratori devono essere mantenute in modo da essere percorribili e adeguatamente illuminate.

In caso di mancato rispetto delle condizioni di alloggio, la prestazione di servizi può essere sospesa per un mese dall'autorità amministrativa e l'ispettore del lavoro può inoltre imporre una sanzione amministrativa fino a 4.000 euro per ogni dipendente distaccato (8.000 euro in caso di recidiva entro due anni), fino a un limite complessivo di 500.000 euro.

In aggiunta il mancato rispetto delle disposizioni sulle condizioni di alloggio, se colpevole, è punibile con un'ammenda di 30.000 euro e un anno di reclusione in caso di recidiva.

3. Gli obblighi del committente francese. Le responsabilità e il dovere di vigilanza del committente

Committenti privati e pubblici che si avvalgono dei servizi di società stabilite fuori dalla Francia, che distaccano dipendenti in Francia, sono tenute a rispettare determinati obblighi e responsabilità, ed in particolare ad un obbligo di vigilanza in una serie di settori.

Il committente o il titolare di un progetto che ha stipulato un contratto con un fornitore di servizi che ha distaccato dipendenti deve verificare con quest'ultimo, prima dell'inizio del distacco, che abbia adempiuto agli obblighi di dichiarazione del distacco e di nomina di un rappresentante in Francia.

I committenti devono vigilare affinché gli appaltatori rispettino le regole in materia di protezione del lavoro illegale, sull'impiego di lavoratori stranieri con permesso di lavoro e le norme sul distacco dei lavoratori. La vigilanza si applica, alle stesse condizioni, agli appaltatori stabiliti in Francia così come ai fornitori di servizi stabiliti all'estero e che distaccano dipendenti in Francia.

Prima dell'inizio di ogni distacco di uno o più dipendenti, deve chiedere al suo appaltatore una copia di una conferma di ricezione della dichiarazione di distacco presentata tramite il servizio *online* SISPI¹¹.

Se l'appaltatore non gli ha inviato un avviso di ricevimento della dichiarazione prima dell'inizio del distacco, il committente è tenuto a presentare una dichiarazione entro 48 ore dall'inizio del distacco utilizzando il servizio *online* del SIPS.

L'inosservanza da parte del committente dell'obbligo di verificare le formalità che il suo appaltatore deve espletare (dichiarazione preventiva e nomina di un rappresentante) è punibile con una sanzione amministrativa fino a 4.000 euro per dipendente distaccato e 8.000 euro in caso di recidiva.

¹¹ Artt. L1262-4-1 e R1263-12 e seguenti del Codice del lavoro.

Nei cantieri edili il committente deve informare i dipendenti distaccati delle norme a loro applicabili affiggendo un avviso sul posto di lavoro¹².

L'affissione deve fornire informazioni sulle norme del diritto del lavoro francese applicabili ai lavoratori distaccati in Francia in termini di orario di lavoro, salario minimo, alloggio, equipaggiamento personale obbligatorio e le spiegazioni relative alla procedura da utilizzare per far valere i propri diritti.

Queste informazioni, tradotte in una delle lingue ufficiali parlate in ciascuno dei Paesi a cui appartengono i dipendenti distaccati nel cantiere, devono essere esposte negli spogliatoi dei dipendenti e conservate in modo chiaramente leggibile.

Il committente ha la responsabilità di garantire che l'appaltatore e i subappaltatori paghino il salario minimo obbligatorio. Se un funzionario ispettivo rileva il mancato rispetto del salario minimo legale o contrattuale per i lavoratori distaccati da parte di un appaltatore, il committente deve intimare all'appaltatore di porre immediatamente fine a tale violazione.

Se la situazione segnalata non viene sanata, il committente, a meno che non risolva il contratto di prestazione di servizi, sarà responsabile in solido con l'appaltatore per il pagamento della retribuzione e delle indennità dovute a ciascun lavoratore distaccato e, nel caso in cui il lavoratore sia coperto da un regime di previdenza sociale francese, dei relativi contributi previdenziali dovuti agli enti incaricati della loro riscossione.

I committenti devono vigilare sul rispetto delle condizioni di alloggio dei dipendenti dei loro appaltatori e subappaltatori.

Quando constati una violazione di tali norme, o sia allertato dall'ispettore del lavoro, il committente deve dare immediatamente istruzioni scritte all'appaltatore affinché ponga fine a questa situazione senza indugio. Il committente deve informare poi l'ispettore del lavoro entro 24 ore dall'ingiunzione.

Se il datore di lavoro non pone rimedio alla situazione, il committente è tenuto ad assumersi la responsabilità di fornire una sistemazione collettiva ai dipendenti, in condizioni conformi agli *standard* di salute e sicurezza sul lavoro, e di ricollocare i dipendenti in una nuova sistemazione collettiva in condizioni simili.

Aurora Visentin*

¹² Artt. L1262-4-5 e D1263-21 del Codice del lavoro francese.

* Avvocato e Avocat à la cour

SINTESI

L'articolo analizza le responsabilità del committente francese e dell'appaltatore italiano nel contesto del distacco dei lavoratori in Francia. Viene esaminato il quadro normativo europeo e francese, definendo le condizioni in cui un'azienda italiana può distaccare dipendenti in Francia, e specificando gli obblighi di dichiarazione e di nomina di un rappresentante sul territorio francese. Inoltre, l'articolo evidenzia l'importanza del dovere di vigilanza del committente, che deve garantire che l'appaltatore rispetti le normative sul salario minimo e sulle condizioni di lavoro. L'articolo sottolinea come, in caso di mancato rispetto delle norme, il committente possa essere esposto ad una responsabilità solidale per le eventuali violazioni commesse.

ABSTRACT

The article analyzes the responsibilities of the French principal and the Italian contractor in the context of posting workers to France. It examines the European and French regulatory frameworks, outlining the conditions under which an Italian company can post employees to France, and detailing the obligations of declaration and the appointment of a representative on French territory. Furthermore, the article highlights the importance of the principal's duty of vigilance, ensuring that the contractor complies with minimum wage regulations and working conditions. The article emphasizes that, in case of non-compliance, the principal may be exposed to joint liability for any violations committed.

IMPATTO DEL PRINCIPIO DI SOSTENIBILITÀ NELLA GESTIONE DELLE IMPRESE

Direttiva (Ue) n. 2022/2464 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 che modifica il Regolamento (Ue) n. 537/2014, la direttiva n. 2004/109/Ce, la direttiva n. 2006/43/Ce e la direttiva n. 2013/34/Ue per quanto riguarda la rendicontazione societaria di sostenibilità*

Il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea,
visto il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in particolare gli artt. 50 e 114,
vista la proposta della Commissione europea,
previa trasmissione del progetto di atto legislativo ai parlamenti nazionali,
visto il parere del Comitato economico e sociale europeo¹,
deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria²,
considerando quanto segue:

(Omissis)

8. (...) Molte organizzazioni e iniziative e molti professionisti del settore della rendicontazione di sostenibilità fanno riferimento alle «informazioni sulla sostenibilità». È dunque preferibile utilizzare l'espressione «informazioni sulla sostenibilità» anziché «informazioni di carattere non finanziario». (...)

9. Se le imprese hanno effettuato [*rectius*: effettuato *n.d.r.*] una migliore rendicontazione di sostenibilità, in ultima analisi ciò va a vantaggio dei singoli

* Il testo integrale è reperibile sul sito internet <https://eur-lex.europa.eu>. In argomento v. *infra*, p. 199 ss., il commento di *PATRIZIA QUAIA*.

¹ *Gu-Ue* n. C 517 del 22 dicembre 2021, p. 51.

² Posizione del Parlamento europeo del 10 novembre 2022 (non ancora pubblicata nella Gazzetta ufficiale) e decisione del Consiglio del 28 novembre 2022.

cittadini e dei risparmiatori, inclusi i sindacati e i rappresentanti dei lavoratori, che sarebbero adeguatamente informati e quindi in grado di impegnarsi meglio nel dialogo sociale. I risparmiatori che lo desiderano potranno investire in maniera sostenibile, mentre un sistema economico stabile, sostenibile e inclusivo apporterebbe vantaggi a tutti i cittadini. Affinché ciò sia possibile, le informazioni sulla sostenibilità comunicate nelle relazioni annuali delle imprese devono innanzitutto raggiungere due gruppi principali di utenti. Il primo gruppo di utenti è costituito da investitori, compresi i gestori di patrimoni, che desiderano comprendere meglio i rischi e le opportunità che le questioni di sostenibilità presentano per i loro investimenti e l'impatto di tali investimenti sulle persone e sull'ambiente. Il secondo gruppo di utenti è costituito da attori della società civile, tra cui organizzazioni non governative e parti sociali, che si aspettano che le imprese siano maggiormente responsabili del loro impatto sulle persone e sull'ambiente. Anche altri portatori di interessi potrebbero avvalersi delle informazioni sulla sostenibilità comunicate nelle relazioni annuali, in particolare per promuovere la comparabilità nei vari settori del mercato e tra di essi.

I partner commerciali delle imprese, compresi i clienti, potrebbero basarsi sulle informazioni sulla sostenibilità per comprendere, e all'occorrenza, comunicare, i propri rischi e impatti in termini di sostenibilità lungo tutte le proprie catene del valore. I responsabili politici e le agenzie per l'ambiente potrebbero utilizzare tali informazioni, in particolare su base aggregata, per monitorare gli sviluppi in materia ambientale e sociale, contribuire ai conti ambientali e orientare le politiche pubbliche. I singoli cittadini e consumatori consultano raramente, in maniera diretta, le relazioni annuali delle imprese, ma potrebbero utilizzare le informazioni sulla sostenibilità indirettamente, ad esempio quando valutano i consigli o i pareri di consulenti finanziari o di organizzazioni non governative. Molti investitori e gestori di patrimoni acquistano informazioni sulla sostenibilità da fornitori terzi di dati, che raccolgono informazioni da varie fonti, comprese le relazioni pubblicamente accessibili delle imprese.

10. Il mercato delle informazioni sulla sostenibilità è in rapida crescita e il ruolo dei fornitori terzi di dati diventa sempre più importante alla luce dei nuovi obblighi cui investitori e gestori di patrimoni devono adempiere. Con l'aumento della disponibilità di dati disaggregati, le informazioni sulla sostenibilità dovrebbero presentare costi più ragionevoli. Gli emendamenti alla direttiva 2013/34/UE previsti dalla presente direttiva modificativa dovrebbero aumentare la comparabilità dei dati e armonizzare i principi. Si prevede che le pratiche dei fornitori terzi di dati miglioreranno e che le competenze aumenteranno in tale settore, con un vasto potenziale di creazione di posti di lavoro.

11. Negli ultimi anni si è registrato un notevole incremento della domanda di informazioni societarie sulla sostenibilità, soprattutto da parte della comunità degli investitori. Tale incremento è determinato dalla natura mutevole dei rischi a cui sono esposte le imprese e dalla crescente consapevolezza degli investitori riguardo alle implicazioni finanziarie di tali rischi. Ciò vale soprattutto per i rischi finanziari connessi al clima. C'è inoltre una crescente consapevolezza dei rischi e delle opportunità che altre questioni ambientali, come la perdita di biodiversità, e

le problematiche sanitarie e sociali, compreso il lavoro minorile e forzato, comportano per le imprese e per gli investimenti. La maggiore domanda di informazioni sulla sostenibilità è determinata anche dalla crescita di prodotti di investimento che cercano esplicitamente di conformarsi a determinati principi di sostenibilità e di garantire la coerenza con le ambizioni dell'accordo di Parigi adottato nell'ambito della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici il 12 dicembre 2015 («accordo di Parigi»), con la Convenzione delle Nazioni Unite sulla diversità biologica e con le politiche dell'Unione. Parte di tale incremento è la logica conseguenza della normativa dell'Unione adottata in precedenza, in particolare il Regolamento (Ue) 2019/2088 e il Regolamento (Ue) 2020/852. Una certa porzione di tale incremento si sarebbe verificata comunque, in una certa misura, per via della rapida evoluzione della consapevolezza dei cittadini, delle preferenze dei consumatori e delle pratiche di mercato. La pandemia di COVID-19 ha accelerato ulteriormente l'aumento delle esigenze di informazione degli utenti, in particolare in quanto ha portato alla luce le vulnerabilità dei lavoratori e delle catene del valore delle imprese. Le informazioni concernenti l'impatto ambientale sono pertinenti anche nel contesto della mitigazione di future pandemie, considerato che le perturbazioni antropiche degli ecosistemi sono sempre più legate all'insorgenza e alla diffusione di malattie.

12. Le imprese stesse possono trarre beneficio da una rendicontazione di qualità elevata in merito alle questioni di sostenibilità. Il maggior numero di prodotti di investimento che mirano a conseguire obiettivi di sostenibilità indica che una buona rendicontazione di sostenibilità può migliorare l'accesso di un'impresa al capitale finanziario. La rendicontazione di sostenibilità può aiutare le imprese a individuare e gestire i rischi e le opportunità legati alle questioni di sostenibilità. Essa può costituire il presupposto per migliorare il dialogo e la comunicazione tra le imprese e i loro portatori di interessi e può aiutare le imprese a migliorare la propria reputazione. Inoltre, un sistema di riferimento coerente per la rendicontazione di sostenibilità, nella forma di principi di rendicontazione di sostenibilità, dovrebbe assicurare che siano fornite informazioni pertinenti e sufficienti e, pertanto, ridurre considerevolmente le richieste di informazioni *ad hoc*.

(*Omissis*)

LA DIRETTIVA N. 2022/2464/UE E LE SCELTE D'IMPRESA ECOSOSTENIBILI

Sommario: **1.** *Introduzione* - **2.** *Principio di integrazione e sviluppo sostenibile* - **3.** *Flussi finanziari e appalti verdi* - **4.** *Il Regolamento Tassonomia* - **5.** *La modifica delle risorse proprie dell'Unione* - **6.** *Il rinnovato rapporto della società con l'ambiente* - **7.** *La direttiva n. 2022/2464/UE* - **8.** *Dalla direttiva «Corporate sustainability reporting directive» (CSRD) verso un nuovo concetto di corporate purpose e modello di crescita* - **9.** *Il ruolo cruciale degli stakeholder* - **10.** *Impatto della direttiva* - **11.** *La Pubblica Amministrazione nel suo ruolo di stakeholder* - **12.** *Gli stakeholder ed il Terzo Settore* - **13.** *Corporate Sustainability e valutazioni ambientali* - **14.** *Conclusioni*.

I. Introduzione

«Data la natura sistemica delle sfide ambientali a livello mondiale, è necessario adottare un approccio sistemico e lungimirante all'ecosostenibilità che affronti le crescenti tendenze negative, quali i cambiamenti climatici, la perdita di biodiversità, il consumo eccessivo di risorse a livello mondiale, la scarsità alimentare, la riduzione dello strato di ozono, l'acidificazione degli oceani, il deterioramento del sistema di acqua dolce e i cambiamenti di destinazione dei terreni, nonché l'emergere di nuove minacce, tra cui le sostanze chimiche pericolose e i relativi effetti combinati».

Così recita implacabile il primo *considerando* del Regolamento (UE) n. 2020/852¹, per giustificare la necessità di introdurre un sistema di clas-

¹ In *Gu-UE* n. L 198 del 22 giugno 2020, p. 13 ss.

sificazione delle attività economiche, che consideri l'impatto delle stesse sul cambiamento climatico.

Le richiamate “*crescenti tendenze negative*” creano un rischio sistemico a livello planetario, che richiede un intervento normativo innovativo, considerato che l'approccio finora considerato non è stato sufficiente a contenere e scongiurare l'aumento costante del suddetto rischio.

Viene da chiedersi se ci sia ancora spazio per scelte politiche ambientali, che si pongano al servizio di fini autonomi, del bene e della felicità dell'uomo, in prospettiva ecocentrica e non puramente antropocentrica.

E se vi sia ancora spazio per una autonomia dei fini umani etico-politici contro l'automatismo del progresso tecnico – tra cui i recenti sviluppi dell'intelligenza artificiale – oggi che la politica sembra ridotta al ruolo di mera tecnica funzionale.

Un illustre giurista – Natalino Irti – e un illustre filosofo – Emanuele Severino – si erano già posti la questione: si erano confrontati sul punto se esistesse ancora la possibilità (affermata dal primo e negata dal secondo) che il diritto, per quanto debole, potesse ancora orientare con le sue scelte di valore il capitalismo e la tecnica, anziché esserne ridotto a mero funzionario garante di un uso regolato e socialmente accettabile².

Il rapporto dell'uomo con la natura – in positivo ed in negativo – ha informato la nostra civiltà e la nostra cultura sino a quando il progresso tecnico ha abbondantemente risolto le necessità di sopravvivenza, andando oltre le aspettative più esigenti: gran parte delle sofisticatissime tecnologie di cui ci serviamo oggi quotidianamente e banalmente – basti pensare agli *smartphone* – restano ai più sconosciute.

Manca la consapevolezza degli strumenti di cui ormai non possiamo più fare a meno e l'intelligenza artificiale è presente ormai in tutti i campi.

Nel frattempo, tuttavia, i progressi tecnici dell'ultimo secolo non hanno risparmiato la salute del pianeta e le sue risorse naturali, rischiando di compromettere la vita delle generazioni future.

È dunque interessante procedere dagli interrogativi di cui sopra per comprendere, anche da questo punto di vista, gli obiettivi che il legislatore comunitario ha perseguito emanando la direttiva n. 2022/2464/UE³, nota anche come direttiva CSRD (acronimo di *Corporate Sustainability Reporting Directive*).

Essa rafforza ed estende gli obblighi in materia di *reporting* di sostenibilità già imposti alle imprese dalla direttiva n. 2014/95/UE⁴ (“*Non Fi-*

² N. IRTI - E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2001.

³ In *Gu-Ue* n. L 322 del 16 dicembre 2022, p. 15 ss.

⁴ In *Gu-Ue* n. L 330 del 15 novembre 2014, p. 1 ss.

nancial Reporting Directive", NFRD), concludendo un percorso intrapreso, a livello unionale, con l'Accordo di Parigi del 2015 e proseguito con il Sustainable Action Plan del 2018⁵, nonché con il *Green Deal* europeo⁶ del 2019.

Publicata il 16 dicembre 2022 e in vigore dal 5 gennaio 2023, la direttiva CSRD prevedeva quale termine di recepimento negli ordinamenti nazionali la data del 6 luglio 2024.

La Francia è stata la prima a trasporla nel proprio ordinamento il 6 dicembre 2023; per quanto riguarda l'Italia, il recepimento è avvenuto con il dlgo n. 125 del 6 settembre 2024⁷.

Le società interessate dalla sua applicazione saranno le stesse che sono già obbligate a pubblicare la "Dichiarazione Non Finanziaria" prevista dalla direttiva n. 2013/34/UE⁸ (c.d. direttiva NFRD), con almeno 500 dipendenti e fatturato netto annuo di almeno 50 milioni di euro.

La direttiva CSRD prevede, però, ampliamenti progressivi, in particolare:

- dal 2025 saranno interessate le società di grandi dimensioni, con almeno 250 dipendenti e fatturato netto annuo di almeno 40 milioni di euro;
- dal 2026 le PMI quotate, con più di 50 dipendenti e fatturato netto annuo superiore ai 10 milioni di euro;
- dal 2028 le filiali di impresa extra-UE, con fatturato netto annuo di almeno 150 milioni di euro nell'Unione europea.

Pur non essendo la citata direttiva una novità assoluta nel processo legislativo comunitario – si inserisce in un'evoluzione dello stesso iniziata da tempo – essa rappresenta tuttavia uno scatto in avanti, come vedremo nel prosieguo.

2. Principio di integrazione e sviluppo sostenibile

Da sempre, al tema ambientale è stato riconosciuto il carattere di trasversalità rispetto alle diverse politiche comunitarie, carattere che tuttavia non ha potuto concretamente realizzarsi attraverso l'integrazione degli interessi ambientali nelle altre politiche.

Il Trattato di Amsterdam ha riformato l'art. 6 TCE (oggi 11 TFUE), inscrivendo tra i principi del Trattato quello di integrazione delle esigenze

⁵ Com(2018)97 fin. dell'8 marzo 2018.

⁶ Com(2019)640 fin. dell'11 dicembre 2019.

⁷ In *Guri* n. 212 del 10 settembre 2024. Il decreto legislativo è entrato in vigore il 25 settembre 2024.

⁸ In *Gu-Ue* n. L 182 del 29 giugno 2013, p. 19 ss.

ambientali nella definizione e nella realizzazione delle diverse politiche eurounitarie, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile⁹, quale progresso socio-economico in grado di non alterare il delicato equilibrio ambientale a salvaguardia delle generazioni future.

Il Trattato sull'Unione europea, d'altro lato, a seguito della revisione operata dal Trattato di Lisbona, all'art. 3 (ex art. 2 del TUE) include tra gli obiettivi perseguiti dall'Unione lo «sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente»¹⁰.

Il principio di integrazione della politica ambientale con le altre politiche spesso ha significato nei fatti annullamento (per assorbimento) delle tutele ambientali, in quanto quasi sempre sopraffatte dai più forti interessi economico-produttivistici e ridotte alla “compensazione ambientale” dello “sviluppo sostenibile”.

Ed è invero sotto la bandiera del “principio di integrazione” di derivazione comunitaria che la visione del territorio, in nome della “tutela dina-

⁹ L'art. 3 *quater* del dlgs n. 152/2006, primo comma, definisce nell'ordinamento italiano il principio di sviluppo sostenibile. Il terzo comma della norma suddetta stabilisce che nell'ambito delle dinamiche della produzione e del consumo si inserisca altresì il principio di solidarietà per salvaguardare e per migliorare la qualità dell'ambiente anche futuro. Ed ancora, il quarto comma prevede che «la risoluzione delle questioni che involgono aspetti ambientali deve essere cercata e trovata nella prospettiva di garanzia dello sviluppo sostenibile, in modo da salvaguardare il corretto funzionamento e l'evoluzione degli ecosistemi naturali dalle modificazioni negative che possono essere prodotte dalle attività umane».

¹⁰ La tutela ambientale ha formato oggetto di un progressivo riconoscimento nel diritto dell'Unione europea, essendo tale nozione quasi totalmente assente nei Trattati originari. Già nel 1985, la Corte di giustizia dichiarava l'ambiente uno degli «scopi essenziali della comunità» (sentenza del 7 febbraio 1985 in causa n. C-240/83) e nel 1988 un' «esigenza imperativa» (sentenza del 20 settembre 1988 in causa n. C 302/86) che poteva limitare la libera circolazione delle merci, a condizione che la norma restrittiva del commercio non violasse i criteri di proporzionalità e non discriminazione. Con l'entrata in vigore dell'Atto unico europeo del 1987, le competenze in materia ambientale sono entrate a far parte del Trattato, definendo i principali obiettivi dell'azione comunitaria (salvaguardia, protezione e miglioramento della qualità dell'ambiente, protezione della salute umana, accorta e razionale utilizzazione delle risorse naturali). In applicazione dell'art. 191 TFUE, in materia ambientale, le autorizzazioni (e le determinazioni di rilievo) devono rispettare il requisito della forma espressa e recare un contenuto esplicito. Ma la riconciliazione della crescita economica con la sua sostenibilità potrebbe costituire un obiettivo non facile da conseguire senza una radicale trasformazione delle politiche pubbliche. Dal punto di vista giuridico, infatti, per l'attuazione delle complesse finalità dell'economia circolare sono necessari nuovi strumenti innovativi per determinare un profondo mutamento dell'ordinamento nazionale. Considerato che l'economia circolare è un nuovo modo di gestire creazione di valore – in sostituzione dell'economia lineare – il disallineamento tra crescita economica ed impatto ambientale va inevitabilmente promosso mediante misure economiche finalizzate (cfr. P. DELL'ANNO, *Diritto dell'ambiente*, Milano, Wolters Kluwer, 2022, p. 9).

mica”, conduce spesso a subordinare la tutela paesaggistica alle esigenze dello sviluppo e della crescita”¹¹.

Occorre allora chiedersi se è ancora possibile integrare la valutazione ambientale nel quadro delle politiche economiche e sociali, ad essa conservando una sua autonoma fisionomia e capacità propulsiva, oppure se vi è il serio rischio che l’integrazione divenga riduzione e inglobamento, per cui il profilo ambientale finisca per ridursi al mero dato procedurale della sua presa in considerazione.

Nella dialettica dello sviluppo sostenibile la causa *ambientale* della scelta rischia di essere fagocitata dalla tecnica, nel senso che causa della scelta sarà in realtà lo sviluppo sostenibile e non più la tutela ambientale.

Approfondendo questo aspetto, Paolo Carpentieri ha sostenuto che «l’idea stessa dello sviluppo sostenibile include logicamente l’accettazione del primato assoluto della tecnica, poiché dà per scontato il dato di base (che è forse anche il limite innato strutturale) dell’odierno capitalismo, ovvero la necessità e indefettibilità dello sviluppo, della crescita (della autoriproduzione e dell’incremento infinito del profitto), rispetto al quale il profilo ambientale può al più svolgere un ruolo di mera mitigazione, laddove, invece, è proprio su questo postulato di base che occorrerebbe riflettere, di fronte alla soglia ormai tangibile del limite di consunzione delle risorse naturali (si pensi alla sorte della foresta amazzonica, ineluttabilmente segnata da una crescita demografica incontrollata, o al progressivo discioglimento delle calotte polari per effetto della crescita dei gas climalteranti, ciò che però non impedisce in alcun modo il dilagare dei voli low cost, poiché è politicamente scorretto anche solo pensare a limiti e divieti ambientali che intralcino un settore economico “che tira”»¹².

Se si considera come assoluta ed irrinunciabile la priorità della crescita, il diritto ambientale europeo finirebbe per tener conto degli aspetti ambientali solo come “costi” da internalizzare o esternalità negative dell’impresa da compensare.

È sotto gli occhi di tutti ormai quanto questa logica rischi di ridursi alla logica interna propria del progresso tecnico, che consiste nell’autoalimentazione infinita dove l’unico fine è la crescita, ossia lo sviluppo di nuovi progressi della tecnica.

¹¹ Il testo riprende e rappresenta una parte della sintesi di P. CARPENTIERI, Consigliere di Stato, pubblicato sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it il 22 dicembre 2022, delle relazioni presentate in occasione del Convegno «Paesaggio, una storia lunga un secolo. Dalla tutela alla valorizzazione attraverso la pianificazione», organizzato dalla Regione Piemonte a Torino il 16 novembre 2022, e del seminario di studi «La concezione crociana di paesaggio nel diritto contemporaneo», svoltosi presso l’Istituto Italiano per gli Studi Filosofici di Napoli il 14 dicembre 2022.

¹² P. CARPENTIERI, *loc. cit.*, p. 3.

Secondo E. Severino, la tecnica, che le tradizioni occidentali intendono come «incremento indefinito della capacità di realizzare scopi» ed «incremento indefinito della capacità di soddisfare bisogni»¹³, tende all'onnipotenza.

Per Irti, la tecnica non è da sola capace di darsi uno scopo, è astratta, indeterminata, non in grado di rispondere alle domande fondamentali del diritto: che cosa prescrivere? Come comportarsi? In base a quale criterio decidere, cioè, separare la ragione ed il torto?

Mentre, se quello del diritto positivo è il mondo della decisione e della scelta in circostanze determinate, esso si presenta come capacità di realizzare determinati scopi: la tecnica, così come pensata da Severino, rischia di essere invece un «apparato che risuscita gli antichi dèi», basato su meccanismi e fondamenti che sfuggono alla conoscenza ed alla consapevolezza dei più.

Le risorse naturali sono fisicamente limitate, e ce ne siamo accorti; dei cambiamenti climatici si preoccupa ormai anche chi non compie studi di meteorologia; ma anche gli investitori professionali da tempo hanno individuato nei cambiamenti climatici un rischio sistemico, chiaramente non sottovalutabile.

Ci si è dunque chiesti se la formula dello sviluppo sostenibile, con il suo implicito rifiuto *a priori* dell'idea stessa dell'esistenza di un limite naturale alla crescita economica, non esprimesse una resa al dominio dell'economia e della tecnica su tutto. Alcuni hanno addirittura sostenuto che la locuzione *sviluppo sostenibile* mettesse insieme due concetti contrari e fosse un ossimoro, poiché il postulato (innato nel liberismo capitalista) della indefettibilità della crescita all'infinito si contrapponeva alla tutela dell'ambiente in quanto risorsa inconfessabilmente, ma realisticamente, scarsa.

L'integrazione delle scelte ambientali in quelle economiche e sociali sconta inoltre il rischio che la valutazione ambientale si riduca a mero orpello formale procedurale privo di una reale capacità di imporre alla tecnica la scelta etico-politica.

Anche in considerazione di quanto sopra, l'Unione europea ha concretamente posto in atto un processo di riassetto e risistemazione del diritto unionale dell'ambiente.

Si ragiona sulla costruzione di una nuova sistemica unitaria in cui il legislatore comunitario, e poi quello nazionale, promuova e assicuri la tutela dell'ambiente non più in funzione di uno sviluppo sostenibile, ma in funzione del benessere della società secondo parametri nuovi e diversi da quelli sinora applicati.

¹³ E. SEVERINO, *Il destino della tecnica*, Segrate, BUR Rizzoli, 2011.

In questo contesto storico il nuovo obiettivo non può che essere quello di guidare e conformare i nuovi interventi della legislazione e l'interpretazione delle norme esistenti¹⁴.

Insieme alla novella degli artt. 9 e 41 della nostra Costituzione, le norme UE sembrano avere una *magnitudo* tale da scuotere, fin dalle fondamenta, istituti cardine come la proprietà, il contratto e la responsabilità civile¹⁵.

Questo approccio è limpidamente rappresentato nella Comunicazione sul Green Deal, in cui unitamente all'intervento sulla questione climatica si evidenzia la necessità di «proteggere, conservare, e migliorare il capitale naturale dell'Ue»¹⁶ e di «creare un ambiente privo di sostanze tossiche»¹⁷.

E ciò attraverso interventi nel settore dell'energia, dell'industria, dell'edilizia e dei trasporti¹⁸.

Il capitale naturale dell'UE è un capitale di cui tutti siamo in certa misura azionisti: occorre salvaguardarlo e valorizzarlo.

Con tutta evidenza, tale nuova concezione della protezione ambientale richiede ingenti investimenti finanziari, ma anche e soprattutto la cooperazione dei privati e della società civile.

La transizione verde è iniziata.

¹⁴ A volte le norme Ue sono contraddittorie o ripetitive e numerosi sono gli atti adottati dalle istituzioni europee circa la necessità di produrre una legislazione di maggiore qualità, meno invasiva e più semplice (cfr. la comunicazione della Commissione europea Com(2010)0543 dell'8 ottobre 2010 e l'Accordo interistituzionale «Legiferare meglio» tra il Parlamento europeo, il Consiglio dell'Unione europea e la Commissione europea del 13 aprile 2016, in *Gu-Ue* n. L 123 del 12 maggio 2016, p. 1 ss. Tuttavia, è chiaro che le norme Ue tracciano un percorso evidente verso obiettivi ambientali virtuosi e soprattutto, modificando esse le coordinate di diritto positivo, influenzano anche l'interpretazione di norme ed istituti classici (cfr. A. PISANI TEDESCO, *Tutela ambientale e transizione ecologica*, in *Riv. giur. amb.*, n. 3/2023, p. 489).

¹⁵ L'introduzione di nuove norme nel sistema non è priva di riverberi sistematici, l'ordinamento giuridico, al pari di un organismo vivente, ha un suo delicato equilibrio sistemico. «Le norme giuridiche hanno una loro logica, talora oscura o ardua da scoprire: basta abrogarne una, o introdurne un'altra, perché norme dormienti si ridestino, e tornino ad occupare spazi applicativi, resi vuoti e disponibili da altre norme del codice» (cfr. N. IRTI, *Le due cassazioni civili (in difesa della motivazione)*, in A. DI PORTO (a cura di), *La nuova Cassazione civile*, Milano, Cedam, 2017, p. 5).

¹⁶ Cfr. Com(2019)640 dell'11 dicembre 2019, p. 2. Il «progetto trasparente» sponsorizzato nell'ambito del programma per l'ambiente e l'azione per il clima (programma LIFE) istituito con il Regolamento (Ue) n. 2021/783 del Parlamento europeo e del Consiglio sta elaborando la prima metodologia contabile per il capitale naturale, destinata a migliorare la comparabilità e la trasparenza dei metodi esistenti. Anche il *Natural Capital Protocol* (protocollo per il capitale naturale) è un importante riferimento nel campo della contabilizzazione del capitale naturale. I metodi contabili per il capitale naturale, sebbene servano principalmente a rafforzare le decisioni di gestione interna, saranno tenuti in debito conto dalla Commissione nell'elaborare gli atti delegati relativi all'elaborazione dei principi di rendicontazione di sostenibilità. Alcune metodologie contabili per il capitale naturale cercano di attribuire un valore monetario all'impatto ambientale delle attività delle imprese, il che può aiutare gli utilizzatori delle informazioni sulla sostenibilità a comprendere meglio tale impatto.

¹⁷ Com(2019)640 dell'11 dicembre 2019, par. 16.

¹⁸ M. DELSIGNORE, voce *Ambiente* dell'*Enciclopedia del diritto, Funzioni Amministrative*, Milano, Giuffrè Editore, 2022, p. 53.

3. Flussi finanziari e appalti verdi

I legislatori europeo e nazionale, ben consapevoli di quanto sopra, hanno mobilitato e stanno mobilitando ingenti risorse pubbliche verso obiettivi di tutela ambientale mediante l'istituzione di fondi specificamente vincolati a compensare le perdite legate alla proposta del Green Deal, vale a dire l'allocazione di fondi deputati a finanziare la ripresa dopo gli incommensurabili danni socio-economici conseguenti alla Pandemia da Covid-19, espressamente vincolati alla condizione di non arrecare danno all'ambiente.

Il principio del «non arrecare un danno significativo» all'ambiente (noto come principio DNSH, "*Do No Significant Harm*") nasce per coniugare crescita economica e tutela dell'ecosistema, garantendo che gli investimenti siano realizzati senza pregiudicare le risorse ambientali.

A questo scopo il Regolamento (Ue) n. 2021/241, istitutivo del Dispositivo di Ripresa e Resilienza, dispone che possano essere finanziate, nell'ambito dei singoli Piani nazionali, soltanto le misure che rispettino il principio DNSH¹⁹, introdotto dal Regolamento (Ue) n. 2020/852, il c.d. «Regolamento Tassonomia».

Gli Stati membri sono così incentivati a «inverdire i bilanci nazionali»²⁰, anche realizzando le politiche di appalti “verdi”, note come *Green Public Procurement*²¹.

Ogni anno il 16% del PIL europeo è speso dalle pubbliche amministrazioni per l'acquisto di beni o servizi²², quindi se le pubbliche amministrazioni si procurano beni o servizi con appalti “verdi”, una fetta consistente del PIL europeo potrà dirsi spesa per prodotti e servizi rispettosi dell'ambiente.

Il c.d. “*uso strategico*” degli appalti pubblici consente di utilizzarli quale preziosa leva per il perseguimento dello sviluppo sostenibile.

Anche le pubbliche amministrazioni, quando operano come privati per acquisire beni o servizi, possono essere qualificati *stakeholder*²³ delle imprese

¹⁹ Com(2021)1054 in data 12 febbraio 2021, punto 2.1.

²⁰ Com(2019)640, p. 17.

²¹ Il PLAN GPP (Green Public Procurement, ovvero acquisti pubblici verdi) è uno strumento di politica ambientale che intende favorire lo sviluppo di un mercato di prodotti e servizi a ridotto impatto ambientale attraverso la leva della domanda pubblica, contribuendo, in modo determinante, al raggiungimento degli obiettivi delle principali strategie europee come quella sull'uso efficiente delle risorse o quella sull'economia circolare. Le autorità pubbliche che intraprendono azioni di GPP si impegnano sia a razionalizzare acquisti e consumi sia ad incrementare la qualità ambientale delle proprie forniture ed affidamenti.

²² Com(2019)640, *loc. cit.*, p. 19.

²³ L'Enciclopedia Treccani definisce *stakeholder* chi ha interessi nell'attività di un'organizzazione o di una società, ne influenza le decisioni o ne è condizionato.

erogatrici di servizi o produttrici di beni, figura la cui rilevanza nel processo di transizione verde riveste un ruolo cruciale, come noteremo nel prosieguo.

Beninteso, senza nulla togliere ai loro compiti istituzionali di regolazione e controllo.

Sostenere la domanda di prodotti o servizi sostenibili, imponendo ai propri fornitori requisiti minimi ambientali – mediante i CAM (criteri minimi ambientali) e le clausole sociali (da inserire nei bandi di gara), permette investimenti nei settori dai quali il libero mercato tende ad allontanarsi, considerandoli rischiosi.

È innegabile, infatti, che un prodotto o servizio “verde” possa comportare costi maggiori e, tutto sommato, incontrare il favore del mercato molto meno di quanto lo incontri un prodotto o servizio che non rispetti i criteri di sostenibilità e sia più accattivante ed economicamente più vantaggioso.

Solo pensando in termini di risultati *long term*, si comprende la vantaggiosità di un prodotto o servizio ecosostenibile rispetto ad un altro, che non lo è, ma è comparabilmente meno costoso.

Per non violare il principio di libera concorrenza, si elaborano regole mirate a scongiurare il rischio di un uso non conforme delle deroghe introdotte dall’art. 107 del TFUE, garantendo che la diversa capacità finanziaria dei singoli Stati membri non incida in modo scorretto sul mercato²⁴.

Negli appalti verdi – strumento evidentemente di politica ambientale – si innesta così la componente autoritativa che impone di privilegiare la tutela ambientale nella scelta del contraente²⁵.

Non può non richiamarsi sul punto il Regolamento (Ue) n. 2020/852 del 18 giugno 2020, noto anche come «Regolamento tassonomia», che, come detto sopra, istituisce un quadro per promuovere gli investimenti sostenibili, fornendo una vera e propria classificazione delle attività ecosostenibili, tenendo in considerazione il rispettivo allineamento agli obiettivi ambientali UE (che sono l’Agenda ONU 2030, ma anche l’Accordo di Parigi, adottato nell’ambito della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici ed approvato dall’Unione il 5 ottobre 2016, che mira a rafforzare la risposta ai cambiamenti climatici anche «rendendo i flussi finanziari coerenti con un percorso che conduca ad uno sviluppo a basse emissioni di gas a effetto serra e resiliente ai cambiamenti climatici» per realizzare l’obiettivo di impatto climatico zero entro il 2050)²⁶.

²⁴ Cfr. A. MOLITERNI, *Antitrust e ambiente ai tempi del Green Deal: il caso dei sustainability agreements*, in *Gior. dir. amm.*, 2021, p. 357.

²⁵ Vedi M. DELSIGNORE, voce *Ambiente* dell’*Enciclopedia del diritto, Funzioni Amministrative*, cit. *supra*, nota 18, p. 53.

²⁶ L’Accordo di Parigi è entrato in vigore il 4 novembre 2016, con l’adempimento della condizione della ratifica da parte di almeno 55 Paesi che rappresentano almeno il 55% delle emissioni globali di gas a effetto serra. Tutti i Paesi dell’UE hanno ratificato l’accordo.

4. Il Regolamento Tassonomia

Con il Regolamento (Ue) n. 2020/852, il Legislatore europeo ha scelto una *policy* uniforme in tutta l'UE: aver optato per un Regolamento direttamente applicabile in tutta l'Unione, anziché per una Direttiva, da trasporre nelle diverse normative nazionali, è una scelta di campo rilevante.

Il meccanismo introdotto dal Regolamento per classificare unitariamente le attività economiche sostenibili è interessante ed originale ed è congegnato per veicolare nelle scelte di finanziamento precise direttrici ambientali.

L'art. 17 del Regolamento definisce il danno significativo nei confronti di uno dei sei obiettivi ambientali elencati all'art. 9.

Per gli inevitabili adeguamenti nel tempo al progresso tecnico-scientifico, alla Commissione è affidato il compito di emanare atti delegati (in conformità dell'art. 290 TFUE) per dettagliare le condizioni alle quali ciascuna attività economica possa ritenersi contribuire ad almeno uno dei sei obiettivi fondamentali identificati, senza arrecare danni significativi a nessuno degli altri cinque obiettivi (in base alla nota clausola DNSH, acronimo della clausola *Do No Significant Harm*).

Tali obiettivi sono: la mitigazione e l'adattamento ai cambiamenti climatici, l'uso sostenibile e la protezione delle acque e delle risorse marine, la transizione verso un'economia circolare, la prevenzione e la riduzione dell'inquinamento, la protezione e il ripristino della biodiversità e degli ecosistemi.

Per accedere ai finanziamenti del RRF (Recovery and Resilience Facility), i relativi progettati interventi previsti dai piani di ripresa e resilienza nazionali (PNRR) non devono arrecare alcun danno significativo all'ambiente e devono rispettare il citato principio DNSH, vale a dire devono perseguire uno dei sei predetti obiettivi ambientali senza arrecare danni significativi al perseguimento degli altri cinque.

Il Regolamento delegato (Ue) n. 2023/2486 del 27 giugno 2023, pubblicato in data 21 novembre 2023, integra il Regolamento (Ue) n. 2020/852 e fissa i criteri di vaglio tecnico per determinare a quali condizioni un'attività economica possa essere considerata «green» (ovvero se «contribuisce in modo sostanziale all'uso sostenibile e alla protezione delle acque e delle risorse marine, alla transizione verso un'economia circolare, alla prevenzione e alla riduzione dell'inquinamento o alla protezione e al ripristino della biodiversità e degli ecosistemi e se non arreca un danno significativo a nessun altro obiettivo ambientale»).

5. La modifica delle risorse proprie dell'Unione

Un altro, e non meno importante, segno di trasformazione – se non di rivoluzione – va poi cercato nella direzione degli interessi finanziari dell'UE.

Ex art. 311 del TFUE, l'Unione si dota dei mezzi necessari per conseguire i suoi obiettivi attraverso risorse proprie, ma nessuna entrata, attualmente qualificata come risorsa propria, risulta acquisita in modo autonomo: ogni entrata viene riscossa attraverso il potere impositivo dei singoli Stati membri, che prelevano direttamente gli importi versati dai contribuenti e li trasferiscono all'Unione.

Quindi, riprendendo quanto sintetizzato da Fausto Capelli, l'Unione europea che – senza l'intervento degli Stati membri – non sarebbe in grado di dotarsi dei mezzi finanziari per conseguire i suoi obiettivi, non può essere definita uno Stato federale, perché non gode di piena autonomia finanziaria e di completa indipendenza di bilancio²⁷.

Per diventare uno Stato federale, l'Unione europea dovrebbe dotarsi di un bilancio effettivamente autonomo ed indipendente²⁸: sinora non è stato possibile, com'è noto, per ragioni storiche, economiche e politiche.

Ma un primo grande passo in questa direzione è stato mosso grazie ad un evento eccezionale: la Pandemia da Covid-19²⁹, durante la quale gli Stati hanno raggiunto l'accordo che ha consentito di adottare la Decisione Ue n. 2020/2053³⁰ con la quale è stato modificato il sistema delle risorse proprie dell'Unione.

La succitata Decisione ha fornito lo strumento agli Stati membri per compiere uno straordinario atto di solidarietà europea approvando il con-

²⁷ Vedi F. CAPELLI, *Per impiegare correttamente i fondi PNRR: le indagini e i controlli che la Procura Europea può eseguire sui fondi PNRR in Italia e nell'Unione Europea in base al Regolamento 2021/241*, Atti del Convegno di Napoli del 27 ottobre 2023, in questa Rivista, 2023, p. 591 ss.

²⁸ È la conclusione cui era pervenuto il futuro Ministro dell'economia americana Alexander Hamilton nei suoi scritti pubblicati nel 1787 nella famosa raccolta *The Federalist*, tradotto e pubblicato in lingua italiana con il titolo "*Il Federalista*" dalla Casa Editrice Il Mulino di Bologna nel 1997.

²⁹ Scrive F. CAPELLI, *Per impiegare correttamente i fondi PNRR*, loc. cit., che «in quel frangente è stato effettivamente possibile comprendere la profonda verità contenuta nell'afforisma di Jean Monnet sui limiti posti all'attività politica degli Stati membri, secondo cui "i Governi agiscono solamente in stato di necessità e colgono la necessità solamente nei momenti di crisi"».

³⁰ Decisione UE (Euratom) n. 2020/2053 del Consiglio del 14 dicembre 2020, che modifica il sistema delle risorse proprie dell'Unione e abroga la decisione n. 2014/335/UE, Euratom, in *Gu-Ue* n. L 424 del 15 dicembre 2020, p. 1 ss.

tenuto del *Next Generation EU*, successivamente ratificato come Trattato internazionale, da tutti gli Stati membri³¹.

Grazie al *Next Generation EU*³², l'Unione ha potuto raccogliere direttamente e sotto la sua responsabilità sui mercati finanziari internazionali circa 800 miliardi di euro da destinare agli Stati membri per far fronte ai problemi causati dalla pandemia (50% come prestiti rimborsabili, 50% come sovvenzioni). Inoltre, per consentire la ripartizione dei fondi tra gli Stati membri è stato emanato il Regolamento 2021/241³³, che si può ritenere il primo atto normativo di carattere "federale" che l'Unione abbia adottato da quando è nata³⁴.

Nell'attribuzione dei poteri di gestione dei fondi PNRR, secondo il citato Regolamento, sono le competenti istituzioni europee a decidere «e gli Stati membri devono ubbidire»³⁵, e una volta avviata l'attuazione dell'Accordo attuativo tra Stato e Commissione europea (ai sensi dell'art. 23 del Regolamento (Ue) n. 2021/241), trovano applicazione le drastiche disposizioni degli artt. 22 ss. del Regolamento Ue in materia di indagini e controlli.

L'urgenza del cambiamento ha dunque avviato una trasformazione dell'Unione per un aspetto che fino ad oggi non era mai stato coltivato.

La scelta di finanziare la trasformazione mediante capitali raccolti direttamente dall'Unione conferma una presa di posizione epocale³⁶.

6. Il rinnovato rapporto della società con l'ambiente

Nella stessa misura in cui l'attuale contesto storico ha stimolato il

³¹ F. CAPELLI, *Per impiegare correttamente i fondi PNRR*, cit. supra, nota 27, p. 5.

³² Cfr. A. SANDULLI, *Economic Planning and Administrative Transformations in the NGEU and PNRR: a Paradigm Shift*, in *Italian Journal of Public Law*, n. 1/2022, p. 3 ss.

³³ In *Gu-Ue* n. L 57 del 18 febbraio 2021, p. 17 ss.

³⁴ Cfr. F. CAPELLI, *Per impiegare correttamente i fondi PNRR*, cit. supra, nota 27, p. 6.

³⁵ Cfr. F. CAPELLI, *Per impiegare correttamente i fondi PNRR*, cit. supra, nota 27, p. 6. I settori nei quali devono essere spesi i finanziamenti sulla base del PNRR sono: ambiente, tecnologia digitale, crescita sostenibile, questioni sociali e territorio, salute, infanzia e gioventù; almeno il 37% delle disponibilità finanziarie deve essere utilizzato per tutelare il clima ed almeno il 20% per favorire lo sviluppo digitale.

³⁶ La Banca europea per gli investimenti «diventerà la banca dell'Unione per il clima. Ha annunciato che aumenterà progressivamente la percentuale dei suoi finanziamenti destinata all'azione per il clima e alla sostenibilità ambientale, portandola, entro il 2025, al 50% delle operazioni. Anche la cooperazione con altre istituzioni finanziarie svolgerà un ruolo fondamentale. Se da un lato questo contributo dimostra la determinazione dell'UE a finanziare il Green Deal europeo, dall'altro esso non risulterà di per sé sufficiente per sbloccare gli investimenti necessari. Anche i bilanci nazionali e il settore privato saranno chiamati a contribuire in misura significativa», Piano degli investimenti per un'Europa sostenibile, Piano di investimenti del Green Deal Europeo, Com (2020)21, p. 4.

suddetto importante cambiamento in seno ai rapporti tra istituzioni europee e Stati membri³⁷, esso reca con sé ulteriori stimoli, non meno importanti, in materia socioeconomica.

Anche il rapporto Società-Ambiente deve necessariamente evolvere adattandosi ai limiti di disponibilità delle risorse e alla capacità di assorbimento dell'ecosistema.

Il Legislatore europeo si è trovato a dover compiere le necessarie scelte di valore per comporre, in questo momento storico di transizione, i disastrosi effetti socioeconomici della Pandemia con gli effetti inesorabili del cambiamento climatico, ricercando nuove forme di bilanciamento tra crescita economica e tutela dell'ambiente e dei diritti umani.

L'Unione europea propone pertanto un nuovo modello di crescita economica che porti benessere alle persone ed al pianeta, attraendo la collaborazione del mondo delle imprese ed i loro investimenti per sostenere il cambiamento: dopo il Trattato di Lisbona, il benessere dunque non è più il frutto della libera concorrenza, né di uno sviluppo sostenibile "vecchia maniera", il Legislatore europeo intende «trasformare l'Unione in un'economia moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva che entro il 2050 non avrà emissioni nette di gas a effetto serra»³⁸.

In quest'ottica, decisiva sarà l'azione della Banca europea degli investimenti, che per il finanziamento del Green Deal europeo coinvolgerà anche i bilanci nazionali ed il settore privato.

L'ora della realizzazione di questo programma è già scoccata: le scelte operate dal Legislatore comunitario in questo senso sono già molte e rilevanti per il mondo dell'economia e dell'impresa.

Con la direttiva in commento il diritto unionale intende agire sulla responsabilità delle scelte operative delle grandi imprese, attraverso la direzione dei flussi di investimenti, la trasparenza dei meccanismi di *governance* ed il relativo controllo da parte degli *stakeholder*.

Le modalità di attuazione di tale direttiva, rivoluzionaria per certi aspetti, e naturalmente il tempo, ci diranno se l'ambizioso risultato verrà raggiunto.

Procedendo dalla considerazione degli ingenti danni socioeconomici seguiti alla Pandemia da Covid-19 e dalla improcrastinabile necessità di tutelare ambiente ed ecosistemi, il diritto unionale scommette sulla traspa-

³⁷ Come autorevolmente sostenuto da Sabino Cassese, l'evoluzione del diritto europeo è il risultato di un passaggio da una crisi ad un'altra e dell'endemica ripetizione delle crisi. L'integrazione del processo europeo si rivela più forte ed avanzata a seguito di ogni crisi (Cfr. A. SANDULLI, *Economic Planning and Administrative Transformations in the NGEU and PNRR: a Paradigm Shift*, in *Italian Journal of Public Law*, n. 1/2022, p. 3).

³⁸ Cfr. il primo *considerando* della direttiva n. 2022/2464/Ue.

renza, che rende sostanzialmente obbligatoria per il mondo delle imprese e dei capitali, per controllare e intervenire sulle scelte delle imprese medesime e degli investitori.

Sotto il profilo della tutela ambientale, è dunque il diritto a scegliere la trasparenza per tutti gli operatori del mercato, e non solo per gli enti pubblici.

7. La direttiva n. 2022/2464/Ue

Il *considerando* n. 1 della direttiva in commento riporta che il Green Deal europeo «intende dissociare la crescita economica dall'uso delle risorse e garantire che tutte le regioni e tutti i cittadini dell'Unione partecipino ad una transizione socialmente giusta verso un sistema economico sostenibile, affinché nessuna persona e nessun luogo siano esclusi».

Serve una ripresa sostenibile, inclusiva ed equa e la Commissione «si impegna a garantire che entro il 2050 tutti gli ecosistemi del pianeta siano ripristinati, resilienti ed adeguatamente protetti. Tale strategia si prefigge di riportare la biodiversità in Europa sulla via della ripresa entro il 2030»³⁹.

Confessiamolo, l'obiettivo è veramente ambizioso (se non utopistico, viste le resistenze che si sono già manifestate).

Se la lettura dei *considerando* che precedono gli atti normativi comunitari (regolamenti, direttive e decisioni) serve per chiarire le finalità e l'impatto degli atti adottati – spiegando le intenzioni del legislatore europeo – la direttiva in commento ne conta ben 84.

Il citato primo *considerando* rappresenta ovviamente il manifesto della nuova posizione europea sul problematico dilemma crescita-ambiente, cui più sopra si è accennato.

L'originalità della direttiva in commento consta, a parere di chi scrive, nel rendere gradualmente obbligatoria per tutte le grandi imprese e le piccole e medie imprese quotate, la rendicontazione di sostenibilità in base a principi e *standard* predefiniti, uguali in tutta l'Unione e compatibili con i principi e gli *standard* definiti a livello mondiale.

Il 20 febbraio 2020 è stata avviata la consultazione per la revisione della *Non Financial Reporting Directive*, in linea con quanto anticipato dalla Commissione nella Comunicazione sul *Green Deal* del dicembre 2019.

In esito a tale consultazione, la Commissione ha proposto la *Corporate Sustainability Reporting Directive*, che in tema di rendicontazione societaria di sostenibilità modifica le seguenti direttive:

³⁹ Cfr. il primo *considerando* della direttiva n. 2022/2464/Ue.

- n. 2014/95/Ue, *Non-Financial Reporting Directive*;
- n. 2013/34/Ue, *Accounting Directive*;
- n. 2017/828/Ce, *Shareholders Rights* (c.d. direttiva SHRD II);
- n. 2006/43/Ce, *Audit Directive*.

Gli obiettivi perseguiti sono il miglioramento della rendicontazione non finanziaria ed il coordinamento dei precedenti atti normativi per indirizzare le masse di capitali verso investimenti ecosostenibili.

Quasi a riconoscere al mondo delle imprese e dei capitali un potere di intervento più sostanziale che quello dei singoli Stati, l'Unione punta sulla trasparenza e la riconoscibilità delle scelte delle imprese, già imposta da tempo alle Pubbliche Amministrazioni.

A seguito della trasposizione della direttiva CSRD, le imprese dovranno rendere conto delle loro scelte in tema di sostenibilità, chiarendo i rischi e gli impatti generati dalle loro azioni non solo verso l'impresa e gli azionisti, ma anche con riferimento all'ambiente ed ai diritti umani: il chiarimento dovrà riguardare sia gli effetti all'interno dell'impresa che gli impatti esterni, ma anche il modo in cui questi fattori esterni influenzano la loro *performance* finanziaria (principio della c.d. *doppia materialità*).

Quella che prima si chiamava dichiarazione non finanziaria, con la direttiva CSRD viene ridefinita rendicontazione di sostenibilità, da allegare alla relazione sulla gestione dell'impresa.

Anche la *governance*, nella sua organizzazione e nella distribuzione di responsabilità, deve essere oggetto di informazione al pubblico, gratuitamente, in seno alla rendicontazione di sostenibilità, di cui è prevista la digitalizzazione per una maggiore diffusione e facilità di reperibilità.

La salute dell'impresa non risulta più commensurabile solo all'andamento del valore delle quote o delle azioni nel *short term*, ma anche in relazione alla creazione di valore sociale nel *long term*, con riferimento alle scelte di sostenibilità adottate nell'impresa⁴⁰.

Le scelte politiche cristallizzate nella direttiva *de qua* partono dalla considerazione del crescente «divario tra esigenze di informazione degli utenti e le informazioni sulla sostenibilità delle imprese» e del fatto che «gli investitori hanno inoltre più difficoltà a concentrare le loro risorse fi-

⁴⁰ Ai sensi del *considerando* n. 13, «Numerosi elementi dimostrano che molte imprese non comunicano informazioni rilevanti su tutte le principali questioni attinenti alla sostenibilità, incluse le informazioni relative al clima, tra cui tutte le emissioni di gas a effetto serra e i fattori che incidono sulla biodiversità. La relazione ha inoltre evidenziato che la limitata comparabilità e attendibilità delle informazioni sulla sostenibilità costituisce un problema di rilievo. Inoltre, molte imprese da cui gli utenti hanno la necessità di ottenere informazioni sulla sostenibilità non sono obbligate a comunicarle. Di conseguenza, vi è la chiara necessità di un quadro di riferimento per la rendicontazione solido e accessibile, accompagnato da pratiche di audit efficaci per garantire l'affidabilità dei dati ed evitare il greenwashing e la doppia contabilizzazione».

nanziarie sulle imprese e sulle attività economiche che, anziché esacerbare i problemi sociali e ambientali, li affrontano; ciò pregiudica la realizzazione degli obiettivi del Green Deal, del piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile e dell'accordo di Parigi»⁴¹.

Quanto sopra determina collateralmente un *deficit* di responsabilità e potrebbe «ridurre la fiducia dei cittadini nelle imprese», limitando altresì «la capacità dei portatori di interessi, ivi compresi gli attori della società civile, le organizzazioni sindacali e i rappresentanti dei lavoratori, di avviare un dialogo con le imprese in merito alle questioni di sostenibilità»⁴² e creando rischi sistemici che minacciano la stabilità finanziaria.

Viene ampliato il perimetro delle imprese coinvolte nella redazione della rendicontazione di sostenibilità rispetto alla direttiva c.d. NFRD:

- alle grandi imprese non quotate che alla data di chiusura del bilancio, anche su base consolidata, superino almeno due dei seguenti criteri dimensionali: 250 dipendenti, 25 milioni di euro di stato patrimoniale e 50 milioni di euro di ricavi netti;

- alle piccole e medie imprese quotate (escluse le microimprese), compresi i piccoli istituti di credito e le imprese assicuratrici dipendenti da un Gruppo⁴³;

- alle imprese e succursali con capogruppo extra-Ue, per le quali la capogruppo abbia generato in Ue ricavi superiori a 150 milioni di euro in ciascuno degli ultimi due esercizi consecutivi ed almeno un'impresa figlia soddisfi i requisiti dimensionali fissati come soglia dalla direttiva CSRD ed una succursale abbia generato ricavi netti superiori a 40 milioni di euro nell'esercizio precedente.

Perché gli investitori possano meglio comprendere rischi ed impatti dei propri investimenti, anche le imprese di paesi terzi quotate nell'Unione sono tenute a rilasciare informazioni sulla sostenibilità delle loro azioni⁴⁴.

La rendicontazione societaria di sostenibilità dovrà considerare non solo il perimetro del proprio bilancio ma comprendere anche le informazioni su impatti materiali, rischi ed opportunità connesse all'intera catena di va-

⁴¹ Cfr. *considerando* n. 14 della direttiva n. 2022/2464/Ue.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Gli enti creditizi e le imprese di assicurazione svolgono un ruolo fondamentale nella transizione verso un sistema economico e finanziario pienamente sostenibile e inclusivo in linea con il Green Deal. Essi possono esercitare una notevole influenza positiva o negativa attraverso le rispettive attività di prestito, investimento e sottoscrizione assicurativa (cfr. *considerando* n. 27).

⁴⁴ Cfr. *considerando* n. 19 e n. 20, *ibidem*.

lore a monte ed a valle, risultato delle attività di *due diligence* (come indicato nella nuova direttiva sulla *Corporate Sustainability Due Diligence*⁴⁵).

La direttiva CSRD modifica la definizione dei «fattori di sostenibilità» di cui al Regolamento (Ue) n. 2019/2088, aggiungendo le questioni di *governance* ai fattori di sostenibilità già definiti, dimodoché:

- «rendicontazione di sostenibilità» è la rendicontazione di informazioni relative a questioni di sostenibilità conformemente agli artt. 19 *bis*, 29 *bis* e 29 *quinquies* della direttiva n. 2013/34/UE;

- «questioni di sostenibilità» sono i fattori ambientali, sociali, relativi ai diritti umani e di *governance*, compresi i fattori di sostenibilità quali definiti all'art. 2, punto 24, del Regolamento (Ue) n. 2019/2088.

L'art. 19 *bis* e 29 *bis* della direttiva n. 2013/34/UE, come modificata dalla direttiva n. 2014/95/UE, vengono integrati includendo nelle informazioni di sostenibilità anche informazioni prospettiche e retrospettive (tenendo conto del breve, medio e lungo termine), di tipo sia qualitativo che quantitativo, basate, se del caso, su prove scientifiche, armonizzate e comparabili, riguardanti l'intera catena di valore dell'impresa (cfr. *considerando* n. 33).

Le imprese devono esplicitare il ruolo degli organi di amministrazione, gestione e controllo in merito alle questioni di sostenibilità, specificando competenze e capacità, anche al fine di circoscrivere le conseguenti responsabilità.

L'elaborazione di principi comuni obbligatori di rendicontazione di sostenibilità è necessaria affinché le informazioni sulla sostenibilità acquistino gradualmente uno stato comparabile a quello delle informazioni di carattere finanziario; principi comuni in materia di rendicontazione di sostenibilità sono inoltre necessari per consentire l'attestazione e la digitaliz-

⁴⁵ La direttiva n. 2024/1760/UE, c.d. CSDD (*Corporate Sustainability Due Diligence Directive*) è stata approvata dal Parlamento europeo il 24 aprile 2024 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea* il 5 luglio 2024. Dovrà essere recepita negli Stati membri entro il 26 luglio 2026. Essa impone alle imprese di gestire i rischi legati al rispetto dei diritti umani e agli impatti ambientali che potrebbero generarsi nelle attività che svolgono e nelle catene del valore a cui partecipano. Ciò avrà impatto sulle politiche e sulle strategie aziendali, sulle operazioni e sulle qualifiche di fornitura. Le aziende dovranno, infatti, svolgere attività di *due diligence* all'interno delle proprie operazioni e a monte e a valle della propria *supply chain*, per prevenire o attenuare gli effetti potenziali, ed eliminare o ridurre al minimo gli effetti reali. Inoltre, le aziende dovranno attuare piani di transizione per ridurre le proprie emissioni climalteranti, affinché il loro modello di *business* e la loro strategia siano compatibili con gli obiettivi dell'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici. La relativa proposta di direttiva era stata presentata dalla Commissione europea il 23 febbraio 2022; in data 14 dicembre 2023 il Parlamento e il Consiglio dell'UE avevano raggiunto un accordo politico sugli aspetti più controversi, tra i quali l'ambito di applicazione, le responsabilità delle imprese inadempienti e le sanzioni, ma solo in data 24 aprile 2024 essa è stata approvata dal Parlamento europeo.

zazione della rendicontazione di sostenibilità e per facilitarne il controllo e l'applicazione.

Alla Commissione è affidato il compito di emanare atti delegati recanti i principi di rendicontazione, elaborati avvalendosi della consulenza dell'EFRAG (Gruppo Consultivo Europeo sull'informazione finanziaria).

Lo scopo è quello di ridurre il rischio di incoerenza con imprese che operano a livello internazionale, integrando il contenuto dei principi di base internazionali elaborati dall'ISSB (*International Sustainability Standards Board*) e i metodi di valutazione del capitale naturale (cfr. art 29 *ter* della direttiva n. 2013/34/UE come modificato dall'art. 1 della direttiva n. 2022/2464/UE).

Poiché la realizzazione di un'economia circolare e climaticamente neutra richiede la piena mobilitazione di tutti i settori economici, le imprese dovranno chiarire nella rendicontazione di sostenibilità tutte le informazioni concernenti fattori sociali (ivi comprese le condizioni di lavoro, il coinvolgimento delle parti sociali, la contrattazione collettiva, l'uguaglianza, la non discriminazione, la diversità, l'inclusione e i diritti umani).

Tali informazioni esprimono l'impatto dell'impresa sulle persone, compresi i lavoratori, e sulla salute umana, e devono comprendere, se del caso, anche informazioni in materia di lavoro forzato e lavoro minorile con riferimento alle loro catene del valore⁴⁶.

La figura dei revisori legali rivestirà un ruolo cruciale nell'assicurare l'attestazione circa la conformità della rendicontazione di sostenibilità ai principi di rendicontazione di cui sopra e nel garantire l'affidabilità delle informazioni di sostenibilità, in base a pratiche di attestazione uniformi e ad un elevato livello qualitativo dell'attestazione (cfr. *considerando* n. 61 e seguenti).

Sempre con atti delegati, la Commissione adotterà i principi di attestazione della relativa sostenibilità.

Originalissima innovazione introdotta dalla direttiva in commento è poi quella di assicurare agli azionisti di imprese quotate il diritto di iscri-

⁴⁶ Affinché le aziende possano avviare il *reporting* di sostenibilità, la Commissione è intervenuta il 31 luglio 2023 (Regolamento (UE) n. 2023/2772) approvando il primo *set* di European Sustainability Reporting Standard (ESRS) sviluppati dall'European Financial Reporting Advisory Group (EFRAG). La data di adozione di tali *standard* era stata prevista, per le prime entità interessate, per il 30 giugno 2024, ma a febbraio 2024 il Consiglio dell'Unione europea e il Parlamento hanno trovato un accordo per far slittare l'adozione al 30 giugno 2026 dando così maggiore tempo all'EFRAG per lo sviluppo di nuovi requisiti che facilitino alle aziende il *reporting* su impatti, opportunità e rischi. Ad oggi sono presenti 12 *standard* suddivisi tra «cross cutting standard» di carattere generale e «topical standard» focalizzati su ciascuno dei parametri ESG (cinque ambientali, quattro sociali e uno di *governance*).

vere punti all'ordine del giorno dell'assemblea generale, a condizione che ciascuno di tali punti sia corredato di una motivazione o proposta di delibera (cfr. art. 6, comma 1, della direttiva n. 2007/36/UE così come modificato dalla direttiva CRSD).

Il *considerando* n. 82 chiude annunciando che «poiché gli obiettivi della presente direttiva modificativa non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri ma (...) possono essere conseguiti meglio a livello di Unione, quest'ultima può intervenire in base al principio di sussidiarietà sancito dall'articolo 5 del trattato sull'Unione europea. La presente direttiva modificativa si limita a quanto è necessario per conseguire tali obiettivi in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo».

8. Dalla direttiva «Corporate sustainability reporting directive» (CSRD) verso un nuovo concetto di *corporate purpose* e modello di crescita

La direttiva in commento si inserisce nel processo di transizione verso un nuovo modello di *business* e di crescita; in molti si sono già chiesti, se essa potrà determinare o rendere necessario un ripensamento del *corporate purpose*.

È indubbio che l'Unione sta cercando di costruire un capitalismo sostenibile, in accordo con i propri valori fondanti definiti, tra l'altro, dall'art. 3 del Trattato sull'Unione europea, anche se si sono già manifestate difficoltà tra gli Stati membri a convergere verso una soluzione unitaria e diretta sulla questione dello scopo della società e dei doveri degli amministratori (lo evidenziano i contrasti ed i compromessi occorsi in sede di elaborazione ed approvazione della *Corporate Sustainability Due Diligence Directive*, cui si accennerà in prosieguo).

La direttiva CSRD contribuirà certamente in modo rilevante a rafforzare la cultura della sostenibilità, ma non ha preso esplicita posizione su questi temi. Ed infatti:

- non impone all'organo amministrativo di perseguire finalità sociali o di contemperare tali finalità con gli interessi lucrativi dei soci;

- presuppone e si fonda «sulla facoltà degli amministratori di realizzare politiche a favore degli stakeholders e della sostenibilità sociale ed ambientale (facoltà che diviene un obbligo con riferimento alle strategie aziendali necessarie alla transizione verso un'economia sostenibile e con la limitazione del riscaldamento globale a 1,5° C in linea con l'Accordo di

Parigi), lasciando impregiudicato, tuttavia, il tema dei “limiti” entro i quali questa facoltà possa essere esercitata»⁴⁷.

L'integrazione degli obiettivi ESG⁴⁸ all'interno della strategia di impresa influenzeranno inevitabilmente i suddetti modelli, consentendo una misurazione dei valori non economici dell'impresa: in base alla direttiva, occorrerà rendere conto di tutte le iniziative di sostenibilità che incidano sull'andamento dell'impresa, sui risultati, sulla situazione economico-finanziaria, nonché sulla struttura del modello di *business*.

Le informazioni che devono essere inserite nella Relazione sulla gestione devono includere una breve descrizione del modello e delle strategie aziendali dell'impresa che indichi, tra l'altro:

- la resilienza del modello e della strategia aziendale dell'impresa in relazione ai rischi connessi alle questioni di sostenibilità;
- i piani dell'impresa atti a garantire che il modello e le strategie aziendali siano compatibili con la transizione verso un'economia sostenibile e con la limitazione del riscaldamento globale a 1,5 °C in linea con l'Accordo di Parigi;
- il modo in cui il modello e la strategia aziendali tengono conto degli interessi degli *stakeholder* e del suo impatto sulle questioni di sostenibilità.

Di particolare rilievo pare altresì la prescrizione di una descrizione del ruolo degli organi di amministrazione, gestione e controllo per quanto riguarda le questioni di sostenibilità e delle loro competenze e capacità in relazione allo svolgimento di tale ruolo.

La direttiva medesima è a sua volta il frutto di un progetto maturato nel tempo.

La tutela ambientale e lo sviluppo sostenibile figuravano già tra gli obiettivi dei Trattati, quando il Trattato di Lisbona, rafforzando l'azione dell'Unione, introdusse tra gli obiettivi anche la lotta ai cambiamenti climatici, promuovendo a livello internazionale l'adozione di misure volte a risolvere i problemi dell'ambiente.

L'art. 3, comma 3, del TUE, così come modificato nel 2007, già segnalava un ripensamento generale di portata epocale non considerando più il benessere come frutto della libera concorrenza: «L'Unione (...) si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al pro-

⁴⁷ U. TOMBARI, *Lo “scopo della società”: significati e problemi di una categoria giuridica*, in *Riv. Soc.*, n. 68/2003, p. 345.

⁴⁸ L'acronimo ESG si riferisce a tre aree principali, precisamente *Environmental*, *Social* e *Governance*. Ogni pilastro fa riferimento a un insieme specifico di criteri come l'impegno ambientale, il rispetto dei valori aziendali e se un'azienda agisce con accuratezza e trasparenza o meno.

gresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente».

Tale cambio di rotta evidentemente preparò il terreno ad un nuovo approccio, quello degli obiettivi ESG, non più fondati sul «comando e controllo», ma sicuramente sul controllo non solo da parte delle istituzioni, ma anche da parte dei portatori di interessi, gli *stakeholder*, tra cui gli investitori.

Trasparenza ed informazione sono presupposti indispensabili a questi ultimi per compiere scelte ragionate su dove dirigere il flusso dei loro investimenti (gli investitori professionali *in primis*) ed agli altri *stakeholder* di conoscere e criticare e, non solo, di partecipare alle scelte della *corporate governance* (e qui torna un parallelismo con gli Stati moderni, il diritto di partecipare alle decisioni pubbliche).

Proprio perché la sfida ambientale è globale e sistemica, i grandi investitori professionali agiscono tenendo conto che il rischio è sistemico.

Ma torniamo al concetto di trasparenza, evocato più volte anche nel Regolamento n. 2020/852/UE in più disposizioni.

Ai sensi dell'art. 8, primo comma, rubricato «Trasparenza delle imprese nelle dichiarazioni di carattere non finanziario», «qualsiasi impresa soggetta all'obbligo di pubblicare informazioni di carattere non finanziario ai sensi dell'articolo 19 bis o dell'articolo 29 bis della direttiva 2013/34/UE include, nella dichiarazione di carattere non finanziario o nella dichiarazione consolidata di carattere non finanziario, informazioni su come e in che misura le attività dell'impresa sono associate ad attività economiche considerate ecosostenibili ai sensi degli articoli 3 e 9 del presente regolamento».

Noto tra gli operatori anche come «Tassonomia verde», il Regolamento testé citato crea un sistema di classificazione delle attività economiche ecosostenibili per incentivare gli investimenti sostenibili e contrastare il *greenwashing* dei prodotti finanziari, che si presentano come sostenibili pur non essendolo.

Come detto sopra, la Commissione europea ha stimato che la transizione verde comporti dei costi che le risorse pubbliche non sono sufficienti a coprire, ritenendo dunque indispensabili considerevoli investimenti da parte di privati ed imprese.

Ha quindi elaborato specifici criteri per incentivare investimenti in attività economiche ecosostenibili, predisponendo a tal fine una classificazione delle attività che possono essere considerate, come detto sopra, ecosostenibili.

Uno degli obiettivi della direttiva in commento è proprio quello di contrastare la pratica del *greenwashing*: esistono imprese che affermano la ecosostenibilità dei loro prodotti e delle loro attività senza che lo siano⁴⁹.

⁴⁹ L'impatto della direttiva in epigrafe si rivela dirompente anche per quanto riguarda la repressione di comportamenti di truffa e concorrenza sleale, perpetrati da quelle imprese che

Vi sono inoltre imprese che non comunicano informazioni rilevanti su tutte le principali questioni attinenti alla sostenibilità, incluse le informazioni relative al clima.

Si è constatato che la limitata comparabilità e attendibilità delle informazioni sulla sostenibilità impedisca e addirittura falsi una lettura efficace del mercato, che rimane opaco.

A ciò si aggiunga che, prima della direttiva in oggetto, la rendicontazione di sostenibilità non era obbligatoria per tutte le grandi imprese.

La direttiva ha dunque risposto alla necessità di un quadro di riferimento per la rendicontazione solido e accessibile, accompagnato da pratiche di *audit* efficaci per garantire l'affidabilità dei dati e la loro comparabilità ed evitare il *greenwashing* e la doppia contabilizzazione.

Il faro è dunque puntato non solo sugli amministratori che compiono o meno scelte sostenibili, ma anche sui revisori che devono assicurare la conformità delle informazioni di sostenibilità ai criteri predeterminati normativamente, con conseguenti rilevanti responsabilità non solo per i primi, ma anche per i secondi.

9. Il ruolo cruciale degli *stakeholder*

L'attuazione della direttiva in commento comprende una serie di misure per ridurre l'asimmetria informativa tra il mondo delle imprese e gli utenti e *stakeholder* o portatori di interessi, in quanto, in assenza di intervento politico, il divario tra le esigenze di informazione degli utenti e le informazioni sulla sostenibilità fornite dalle imprese è destinato ad aumentare.

Il legislatore europeo ha dunque innanzitutto dato una nuova rilevanza alla informazione di sostenibilità, già dichiarazione di carattere non finanziario di cui alla direttiva n. 2013/34/UE.

Le modifiche introdotte nella nuova «rendicontazione di sostenibilità», da allegare alla relazione di gestione, allineano sullo stesso piano, arricchendone i contenuti, la predetta dichiarazione non finanziaria e il rendiconto finanziario.

Allargando la platea delle imprese che saranno obbligate a rendere pubblica, gratuitamente, la propria rendicontazione sulle questioni legate alla sostenibilità, saranno messi a disposizione molti più dati utili a rappresentare la transizione verde.

offrono sul mercato prodotti e servizi, spacciandoli per ecosostenibili, senza che essi lo siano. Di quanto sopra, dovrà dunque tener conto il redattore dei modelli di cui al dlgs n. 231/2001, al fine di prevenire nelle imprese il compimento dei suddetti reati, oltre ai gravi reati ambientali e alla violazione di diritti umani.

Ai *partner* commerciali delle imprese, compresi i clienti, sarà dunque data la possibilità di basarsi sulle informazioni sulla sostenibilità per comprendere, e all'occorrenza, comunicare, i propri rischi e impatti in termini di sostenibilità lungo tutte le proprie catene del valore.

La Pubblica Amministrazione e le agenzie per l'ambiente potranno utilizzare tali informazioni, in particolare su base aggregata, per monitorare gli sviluppi in materia ambientale e sociale e orientare le politiche pubbliche.

È noto, infatti, che i cittadini non consultano, se non in rari casi, le relazioni annuali delle imprese, ma potrebbero utilizzare le informazioni sulla sostenibilità messe a disposizione dai propri consulenti finanziari o dalle associazioni o enti non governativi.

Vi è tuttavia una problematica emergente che potrebbe neutralizzare la funzione degli *stakeholder*, di cui si tratterà nel prosieguo, con riguardo alla promozione di azioni legali pretestuose per scoraggiare l'attività di controllo e critica da parte degli *stakeholder* medesimi.

10. Impatto della direttiva

Nel suo complesso, la politica europea promuove la sostenibilità incentivando un maggior impegno degli investitori professionali nell'esercizio di attività di controllo delle politiche di sostenibilità attuate o non attuate dalle imprese in cui investono.

Essa non solo è necessaria, ma si dubita che sarà sufficiente da sola a raggiungere gli obiettivi prestabiliti.

È necessaria, in quanto non esistono interventi regolatori alternativi prospettabili, in grado di fornire rimedio ai gravi problemi che l'attuale situazione pone.

Dove il mercato ha fallito, l'intervento normativo è ancora quello che, attraverso le scelte di valore del legislatore, può ricomporre almeno in principio i pezzi di un vaso rotto da tempo.

Ma anche l'intervento normativo non sarà da solo sufficiente.

Solo il coinvolgimento diretto di tutti gli *stakeholder* potrà assicurare risultati concreti, coinvolgimento che non potrà che essere graduale, unitamente al potenziamento degli strumenti istituzionali che consentano a costoro di poter incidere sulle scelte delle imprese.

La direttiva CSRD arriva dunque al cuore dell'impresa, chiedendone la trasparenza e la controllabilità delle decisioni in tema di sostenibilità ambientale e sociale: in principio, tutti gli attori della società civile potranno monitorare il relativo processo decisionale e incidere sul medesimo.

È doveroso notare che le informazioni da fornire riguardano le questioni di sostenibilità e non tutte le informazioni; l'obiettivo della direttiva non è imporre alle imprese di divulgare il capitale intellettuale, la proprietà intellettuale, il know-how o i risultati dell'innovazione, che comunque restano e si qualificano segreti commerciali.

L'obiettivo è invero quello di assicurare un flusso di informazioni comparabili ed attendibili, elaborate in base a specifici principi di rendicontazione, sia di carattere finanziario sia relative alla sostenibilità delle attività dell'impresa tenuta all'obbligo di rendicontazione di sostenibilità.

Non sembrano validabili altre soluzioni all'attuale situazione.

Da una parte l'intervento regolatore dell'Unione non può ragionevolmente descrivere attività per attività, oggetto e modalità di esercizio dell'impresa, perché questa possa ritenersi sostenibile, guidando le rispettive scelte.

Dall'altra, per alcuni la soluzione potrebbe essere valorizzare i vincoli giuridici che la definizione dell'interesse e dello scopo della società potrebbe creare per gli organi societari.

Premesso che ogni rimedio all'attuale situazione socioeconomica appare ipotizzabile solo ad un livello superiore a quello nazionale e che comunque gli attuali livelli della competizione mondiale rappresentano ostacoli enormi alla possibile azione dei singoli Stati, è l'Unione a poter agire su tutti gli aspetti che riguardano la competitività.

Avendo presenti le dimensioni comunque sovranazionali e spesso extraeuropee delle grandi imprese, anche gli *stakeholder*, talvolta disorientati e dispersi, faticano inevitabilmente a contrastare le pressioni delle grandi imprese, destinatarie dei divieti e dei relativi costi.

Anche in questo contesto, occorre tener presente la ripartizione dei rapporti di forza in campo: una separazione tra economia e politica poteva avere un senso quando i singoli Stati godevano di prestigio e potenza per sostenere efficacemente le decisioni politiche.

Ed è qui che il legislatore comunitario, con la direttiva CSRD, ha intrapreso una strada non battuta: introduce una serie di modifiche alla normativa unionale precedente per riuscire a controllare ed indirizzare le scelte anche di imprese che spesso amministrano risorse che superano abbondantemente i prodotti interni lordi degli Stati da cui dovrebbero essere controllate.

E del resto, da una parte far rispettare le leggi ha un costo e, dall'altra, le decisioni dei giudici, pur essendo strumento duttile di adeguamento interpretativo delle norme vigenti, rappresenta comunque un elemento di imprevedibilità nei suoi esiti.

Essendo poi le leggi, come i contratti, necessariamente incomplete, residuano più o meno estese zone d'ombra (di cui trattano Hart ed altri teorici dell'interpretazione) in cui l'interpretazione della legge è più o meno controvertibile.

Proprio in queste zone d'ombra, l'enorme potere – non solo economico – di cui godono le grandi imprese può talora consentire ai relativi amministratori di agire quasi discrezionalmente, superando i vincoli giuridici che lo Stato aveva costruito.

«La prospettiva di un mondo popolato da raffazzonati divieti, frutto di pressioni e compromessi, e dall'altra da manager cui lo shareholder value e i doveri di agency impongono di cercare ogni ragionevole buco nelle norme vigenti e che, per di più, agiscono nell'interesse di organizzazioni cui è molto difficile infliggere sanzioni calibrate e deterrenti, non appare particolarmente attraente»⁵⁰.

Anche l'ipotesi di indirizzare le scelte delle imprese modificando la definizione legale dello scopo delle società non pare risolutiva.

La garanzia di coerenza tra scopo ufficiale e politiche reali potrà essere affidata solo al funzionamento di meccanismi organizzativi interni alla società, e quindi al modo in cui sono ripartiti i poteri di controllo, tra i vari organi societari ed i rispettivi componenti, e le responsabilità.

Ed è proprio questa la scelta del legislatore unionale: rendere conoscibili e trasparenti i ruoli di controllo e le responsabilità all'interno delle grandi imprese, estendendo collettivamente a tutti gli amministratori la responsabilità di rendere pubbliche informazioni complete e attendibili in «tema di sostenibilità».

Oltre agli Stati nazionali ed agli attori della società civile, la funzione di monitoraggio ed intervento sulla sostenibilità delle iniziative delle imprese è affidata agli investitori.

La maggior parte degli investitori professionali (ed in particolare i grandi fondi come le Big Three⁵¹) non si concentrano su specifici settori, essendo i loro investimenti potenzialmente diretti su tutte le imprese del mercato: il rischio che essi corrono è dunque sistemico, vale a dire legato all'andamento economico complessivo di tutte le imprese.

È ragionevole dunque sostenere che la maggior parte di essi abbia un rilevante interesse per tutti i fenomeni che possano incidere sul sistema e

⁵⁰ F. DENOZZA, *Sostenibilità e corporate governance: dagli investitori agli stakeholder*, in *Riv. soc.*, n. 68/2003, p. 307.

⁵¹ Negli ultimi vent'anni Blackrock, Vanguard e State Street hanno rastrellato un numero impressionante di azioni arrivando ad essere i maggiori azionisti nell'90% delle società quotate sullo S&P 500. I settori di investimento principali: farmaceutica, armamenti, idrocarburi, elettronica.

che quindi l'Unione possa contare sulla loro funzione di controllo sui comportamenti delle imprese.

Poiché un'efficace attività di controllo sulle politiche di sostenibilità adottate dalle imprese comporta costi per i suddetti investitori e vantaggi per tutti, la direttiva CSRD prevede che le rendicontazioni di sostenibilità siano elaborate rispettando determinati *standard*, affinché siano più facilmente comparabili ed attendibili.

AmMESSO che la descritta funzione di controllo sia prontamente attuata dagli investitori, questi ultimi si troverebbero ad assumersi anche la responsabilità di effettuare bilanciamenti tra i vari interessi (non solo quelli tra profitti nel breve termine e sostenibilità) ma anche quelli coinvolti nella contrapposizione tra diverse alternative caratterizzate da diversi livelli di sostenibilità e da diverse possibili redistribuzioni dei relativi costi su diverse categorie sociali⁵².

Non pare del resto che si possa escludere il rischio di un'enorme concentrazione di potere in capo agli investitori professionali, «soprattutto se si tiene conto che in molte situazioni la coordinazione tra un numero limitato di investitori (il pensiero corre sempre alle ... Big Three) sarebbe già sufficiente a creare i meccanismi per l'esercizio di un potere enorme e sostanzialmente incontrollato»⁵³.

La direttiva CSRD potenzia dunque il coinvolgimento di tutti gli *stakeholder* fornendo agli stessi flussi informativi pertinenti, comparabili ed attendibili sui comportamenti delle imprese: in teoria, cittadini, lavoratori dipendenti, fornitori, clienti potranno raggiungere il cuore delle imprese, difendere i propri diritti ed incentivare le azioni sostenibili dell'ente.

11. La Pubblica Amministrazione nel suo ruolo di *stakeholder*

Come detto sopra, la Pubblica Amministrazione, quale committente di servizi ed acquirente di beni, può e, in particolare per certi settori, deve agire per promuovere comportamenti sostenibili da parte delle imprese con cui viene in contatto.

Anche essa in teoria potrebbe essere assimilata ad una portatrice di interessi, innanzitutto l'interesse pubblico a procurarsi beni e servizi *green*, che rispettino i criteri di sostenibilità.

Com'è noto, gli acquisti pubblici coprono una fetta di mercato importante, determinante per la concorrenza tra imprese.

⁵² F. DENOZZA, *Sostenibilità e corporate governance*, cit. supra, nota 50, p. 312.

⁵³ *Ivi*.

Quando la pubblica amministrazione deve procurarsi un bene o un servizio, la complessa normativa in materia di contratti pubblici è finalizzata a consentire di selezionare la migliore offerta, ma anche ad evitare la distorsione della concorrenza.

Ove si inquadrasse la PA nella schiera degli *stakeholder*, come potrà incentivare comportamenti ecosostenibili nelle imprese?

Evidentemente, selezionando le offerte di aziende con un più alto *rating* di sostenibilità, che soddisfino i c.d. CAM (acronimo di criteri ambientali minimi) predefiniti nei bandi di gara con cui vengono selezionati i contraenti pubblici.

Quale acquirente di tali beni e servizi, la PA promuoverà comportamenti virtuosi programmando e deliberando acquisti sostenibili⁵⁴.

Selezionando i prodotti delle imprese virtuose o investendo su di esse, anche la Pubblica Amministrazione lancerà indirettamente un messaggio agli organi societari delle medesime, influenzandone le decisioni, ed agli utenti nel loro complesso, offrendo un esempio virtuoso⁵⁵ di comportamento.

L'azione della Pubblica Amministrazione nell'ambito della transizione *green* è rafforzata ulteriormente dalla necessità di perseguire l'interesse pubblico, che oggi nel buon andamento e nell'efficacia dell'azione pubblica non può non ricomprendere anche il compimento della transizione *green*.

Come detto, i soggetti pubblici possono offrire all'economia circolare un grosso contributo tramite la loro attività contrattuale.

«L'utilizzo strumentale dei contratti pubblici in vista del perseguimento di interessi trasversali, in particolare di carattere ambientale e sociale» costituisce una facoltà espressamente riconosciuta nella disciplina europea e nazionale in materia⁵⁶ (diventando un obbligo in determinati settori di attività).

Le stazioni appaltanti, seppur nel rispetto dei principi di concorrenza e non discriminazione, sono in grado di orientare gli operatori economici

⁵⁴ Ai sensi del secondo comma dell'art. 3 *quater* del dlgs n. 52/2006, «anche l'attività della pubblica amministrazione deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile, per cui nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione».

⁵⁵ Cfr. obiettivo n. 12 dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, in cui si propone di «garantire modelli sostenibili di produzione e consumo» e al punto 12.7 si riporta la necessità di «promuovere pratiche sostenibili in materia di appalti pubblici, in conformità alle politiche e alle priorità nazionali».

⁵⁶ Si conferma l'impegno delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti a conseguire gli obiettivi ambientali delineati dal «Piano d'Azione Nazionale sul Green Public Procurement», il c.d. PLAN GPP, adottato l'11 aprile 2008 e sostituito con decreto del 3 agosto 2023 del Ministero per la Transizione Ecologica.

verso soluzioni produttive ed organizzative ecosostenibili, inserendo nella *lex specialis* di gara criteri idonei a tener conto, nell'individuazione della miglior offerta, dell'impatto ambientale del bene o del servizio⁵⁷.

Come già previsto dall'art. 34 del dlgs n. 50/2016, l'art. 57 del nuovo codice dei contratti pubblici (introdotto con dlgs n. 36/2023), prevede l'inserimento nei documenti progettuali e di gara, «almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi, definiti per specifiche categorie di appalti e concessioni (...) Tali criteri, in particolare quelli premianti, sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 108, commi 4 e 5».

Pertanto, le stazioni appaltanti *possono*, ed in caso di settori appalti per i quali sono previsti i CAM, *devono* selezionare le offerte più rispettose dell'ambiente, anche ove siano economicamente meno vantaggiose.

Quanto sopra, effettuando quel bilanciamento e quella valutazione che viene imposta anche alle imprese: al pari del valore di un'impresa, anche la vantaggiose di un'offerta di gara va valutata tenendo conto anche della sua sostenibilità, sempre ovviamente nel rispetto dei principi di proporzionalità e non discriminazione (per evitare effetti distorsivi della concorrenza).

Beninteso, nei settori in cui sono previsti i criteri ambientali minimi di cui al Piano GPP, essi costituiscono elementi essenziali dell'offerta, trattandosi di caratteristiche qualitative che i beni e i servizi offerti devono necessariamente possedere (cfr. TAR Campania, Napoli, sez. II, 8 marzo 2021, n. 1529)⁵⁸.

I criteri ambientali minimi, quali requisiti ambientali definiti per le varie fasi del processo di acquisto, volti a individuare la soluzione progettuale, il prodotto o il servizio migliore sotto il profilo ambientale lungo il ciclo di vita, tenuto conto della disponibilità di mercato, dispongono dunque di capacità conformativa, anche alla luce dell'art. 41, comma 3, della Costituzione⁵⁹, che consente alla legge di orientare l'attività economica pubblica e privata verso fini ambientali.

⁵⁷ S. VERNILE, "Nuovo" Codice dei Contratti pubblici e criteri ambientali minimi per l'economia circolare, in *Riv. giur. amb.*, n. 3/23, p. 986.

⁵⁸ S. VERNILE, "Nuovo" Codice dei Contratti pubblici, *cit. supra*, nota 57, p. 992.

⁵⁹ La giurisprudenza della Corte costituzionale ha affermato che le Amministrazioni e le imprese devono sempre necessariamente e lealmente collaborare per cercare la migliore soluzione consentanea alla salvaguardia dei beni ambientali e per individuare il massimo miglioramento ottenibile delle prestazioni ambientali dello stabilimento, vero e proprio punto di equilibrio «affinché non emerga un diritto tiranno» (Corte cost. n. 58/2018). Ha stabilito che l'art. 12 del dlgs n. 387/2003 è funzionale al raggiungimento degli obiettivi di massima diffusione delle fonti energetiche rinnovabili sancito dall'Unione europea (Corte Cost. n. 46/2021). Essa ha ulteriormente ritenuto che «può e deve avvenire la valutazione sincronica degli interessi pubblici coinvolti e meritevoli di tutela, a confronto sia con l'interesse del soggetto privato operatore economico, sia ancora (e non da ultimo) con ulteriori interessi di cui sono titolari singoli cittadini e comunità (...) La struttura del processo amministrativo rende possibile

12. Gli *stakeholder* ed il Terzo Settore

Va da sé che un'associazione o altro ente del Terzo Settore potrà riunire un buon numero di cittadini consumatori/investitori e offrire valutazioni e competenze condivise, che il singolo non sarebbe in grado nella maggior parte dei casi di procurarsi.

In genere, la partecipazione procedimentale alle decisioni pubbliche in materia ambientale è aperta «a chiunque vi abbia interesse» (art. 24 dlgs n. 152/2006), oltre gli ordinari confini previsti dagli artt. 7 ss. della legge n. 241/1990, non essendo necessario dimostrare, da parte del soggetto che aspira alla partecipazione, che «dal provvedimento possa derivare un pregiudizio».

A seguito della trasposizione della direttiva CSRD in commento, anche singoli ed associazioni potranno accedere alle informazioni sulla sostenibilità pubblicate dalle imprese (interessate dalla direttiva) accanto alle informazioni finanziarie.

Le associazioni, al pari dei consulenti finanziari, potranno elaborare sintesi comprensibili al grande pubblico, in modo da ridurre l'asimmetria informativa tra il mondo imprenditoriale ed il singolo cittadino consumatore.

Come sopra detto, il legislatore si è dunque prefisso di tutelare l'ambiente attraverso il comportamento sostenibile delle imprese, attrici dello sviluppo socio-economico e capaci di influire sull'ambiente e sul benessere dei cittadini.

E tale comportamento potrà essere monitorato non solo dagli enti a ciò deputati, ma anche da investitori e attori della società civile.

Si è ritenuto che non sia più questione di tutelare l'ambiente solo con divieti, ma di incentivare comportamenti sostenibili delle imprese e conseguentemente dei cittadini, riflettendo sul rapporto tra Stati nazionali e grandi imprese, sempre più grandi e più protagoniste dell'economia mondiale.

«Il nostro pianeta è visibilmente in pericolo e la sostenibilità ambientale e quella economico-sociale (in realtà due facce della stessa medaglia) devono essere poste al centro di un nuovo contratto sociale che ricomprenda anche le *corporation*. D'altra parte, il cambiamento climatico rappresenta uno dei maggiori rischi finanziari per le società quotate che coprono i due terzi della capitalizzazione mondiale»⁶⁰.

l'emersione di tali interessi, la loro adeguata prospettazione, nonché la pubblicità e la trasparenza della loro valutazione» (cfr. Corte cost. n. 221/2022). (Ufficio del Massimario della Giustizia Amministrativa a cura di M. PERRELLI, 30 aprile 2023).

⁶⁰ U. TOMBARI, *Lo scopo della società*, cit. *supra*, nota 47, p. 350.

Ciononostante, la *corporate governance* si sta avvicinando solo ora alle principali sfide sollevate dal *climate change* e gli operatori economici hanno espresso, prima ancora che la direttiva sia trasposta in Italia, dissenso e preoccupazione circa un'eventuale diminuzione di competitività conseguente all'applicazione dei nuovi doveri di sostenibilità.

Nonostante le resistenze sollevate in particolare dagli operatori economici anche con riferimento all'importantissima direttiva n. 2024/1760/UE, c.d. CSDD (*Corporate Sustainability Due Diligence Directive*) la stessa è stata approvata dal Parlamento europeo il 24 aprile 2024 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea* il 5 luglio 2024. Dovrà essere recepita negli Stati membri entro il 26 luglio 2026.

Tale normativa promuove un comportamento sostenibile e responsabile da parte delle grandi imprese lungo tutte le catene mondiali del lavoro (è nota anche come «*Supply Chain Act*»).

A tale proposito, per raggiungere tale obiettivo la Commissione aveva proposto di «intervenire sui meccanismi di corporate governance e, in particolare, sui doveri degli amministratori»⁶¹, attribuendo agli stessi il dovere di agire considerando – nel breve, medio e lungo termine – le conseguenze delle loro decisioni sui profili di sostenibilità e dei diritti umani, il *climate change* e le conseguenze ambientali.

Così non è stato nella versione definitiva della direttiva: tuttavia l'art. 25 della direttiva CSDD prevede dettagliati poteri delle Autorità di controllo circa l'adempimento degli obblighi di sorveglianza e di controllo in capo agli amministratori, come prescritti dalla direttiva.

Alla luce di quanto sopra, non pare quindi essenziale modificare normativamente la funzione economica dell'impresa o affidarle compiti storicamente propri dello Stato, ma è necessario prendere atto che grandi sfide chiamano grandi alleanze tra i principali poteri in gioco^{62 63}.

Come per la partecipazione a decisioni pubbliche in materia ambientale, lo scrutinio discrezionale circa il “come” (prima ancora circa il “se”, ovvero la c.d. “opzione zero”) un progetto o un'iniziativa imprenditoriale possa incidere sull'ambiente deve avvenire con trasparenza, per rendere partecipabile e condivisibile una scelta che inevitabilmente si ripercuote sulla vita di tutti gli attori (economici, sociali, collettivi, istituzionali) presenti sul territorio.

⁶¹ U. TOMBARI, *Lo scopo della società*, cit. supra, nota 47, p. 344.

⁶² Per riflessioni analoghe, vedi R. RAIAN, *Il terzo pilastro. La comunità dimenticata tra Stato e mercati*, Milano, EGEA, 2019, p. 263 ss.

⁶³ U. TOMBARI, *Lo scopo della società*, loc. cit., p. 350.

L'impatto ambientale di un'azione o un'iniziativa si sostanzia invero in «un'alterazione qualitativa o quantitativa, diretta o indiretta, a breve o lungo termine, permanente o temporanea, singola o cumulativa, positiva o negativa» che viene a prodursi sull'ambiente, inteso quale «sistema di relazioni tra i fattori antropici, naturalistici, chimico-fisici, climatici, paesaggistici, architettonici, culturali, agricoli ed economici» in conseguenza dell'attuazione dei sopradescritti progetti o iniziative⁶⁴.

Svolte tali considerazioni, occorre rispondere all'interrogativo che ci siamo posti e cioè se le valutazioni ambientali hanno ancora una pregnante ragion d'essere o rappresentano un modello separato di valutazione e programmazione non compatibile con il nuovo sistema di tutele ambientali.

13. *Corporate Sustainability* e valutazioni ambientali

Alla luce di quanto sopra esposto, le valutazioni ambientali conservano un'utilità ed una rilevanza incomparabili nel presente momento storico.

La valutazione ambientale in sede di programmazione e di pianificazione pone al centro della tutela proprio la conservazione dell'ambiente ed il suo esito – corroborato dalla partecipazione di tutti gli *stakeholder*, tra cui le imprese – è un valido modello da utilizzare per esprimere la scelta di valore che compie la pubblica amministrazione quando pianifica un territorio o autorizza un'attività o uno stabilimento.

La valutazione ambientale strategica – elaborata da una Pubblica Amministrazione formata e competente – fornisce gli elementi utili anche alle imprese per formare le proprie scelte ed indirizzare i propri investimenti, per organizzare servizi e spazi in modo razionale là dove servono ai cittadini per abitare, per costituire le relative imprese, per ampliare le proprie attività.

La valutazione di impatto ambientale guida – e comunque può ragionevolmente influenzare – l'impresa a collocare e progettare adeguatamente un impianto o un'attività, impegnandosi a seguire determinati procedimenti e protocolli.

Essa costituisce un giudizio sintetico globale di comparazione tra il sacrificio ambientale imposto e l'utilità socio-economica procurata dall'opera valutata, tenendo conto anche delle alternative possibili e dei riflessi della c.d. “opzione zero”: a tutela dell'ambiente esistono infatti situazioni che sconsigliano del tutto l'attuazione di un progetto.

Entrambe tali valutazioni ambientali prevedono un meccanismo utile

⁶⁴ Cfr. Cons. Stato, n. 5379/2020.

ad ogni ragionamento in materia di sostenibilità ambientale: prevedono necessariamente competenze specialistiche dall'una e dall'altra parte (da parte dell'impresa e da parte della pubblica amministrazione), un monitoraggio continuo (che può determinare modifiche all'impianto ed alla pianificazione, laddove la valutazione iniziale si riveli non corretta) e presuppongono la insostituibile ma consapevole informazione e partecipazione dei portatori di interesse al processo decisionale (come previsto dalla direttiva in commento per quanto concerne le informazioni di sostenibilità).

È evidente che il presupposto perché tale meccanismo funzioni è la trasparenza e l'accessibilità alle informazioni di carattere ambientale e alle informazioni di sostenibilità delle imprese, unitamente ad una presa di coscienza e una preparazione degli attori della società civile.

Non va taciuto, tuttavia, che potrebbe accadere che le pubbliche amministrazioni o gli interlocutori delle grandi imprese non siano sufficientemente preparati (ad esclusione degli investitori professionali) e che non di rado la partecipazione pubblica venga "bloccata" o scoraggiata da azioni legali delle grandi imprese.

Le SLAPP (acronimo di *strategic lawsuit against public participation*, traducibile in italiano con "azione legale strategica contro la partecipazione pubblica"), sono azioni legali spesso superficiali e prive di contenuto, basate su richieste esagerate e il più delle volte abusive, che mirano a intimidire, screditare professionalmente e molestare i singoli e gli enti del Terzo Settore che si schierano per l'interesse pubblico.

È stata pubblicata il 16 aprile 2024 la direttiva europea c.d. "anti-SLAPP", approvata il 27 febbraio 2024, per frenare tale fenomeno, con l'obiettivo di garantire che le persone e le organizzazioni che lavorano su questioni di interesse pubblico, quali i diritti fondamentali, le accuse di corruzione, la protezione della democrazia o la lotta alla disinformazione, godano della protezione dell'UE contro le cause legali strategiche tese a bloccare indebitamente la partecipazione pubblica.

14. Conclusioni

Alla luce delle riflessioni esposte, si può concludere innanzitutto che in questo primo scorcio di secolo sia divenuta indispensabile la partecipazione proattiva alla transizione verde di cittadini, imprese, organizzazioni governative, enti del terzo settore.

Ed inoltre, per monitorare ed influenzare le scelte delle imprese non meno importanti restano le Istituzioni, la Pubblica Amministrazione e gli investitori.

Dal lato del mondo imprenditoriale, è poi essenziale che le informazioni di sostenibilità concorrano effettivamente a costruire la reputazione delle imprese medesime⁶⁵.

Nel medio periodo, solo un'impresa attenta agli *stakeholder* e alle esigenze complessive del pianeta potrà creare valore per i propri soci⁶⁶; già oggi il cambiamento climatico rappresenta uno dei maggiori rischi finanziari per le grandi imprese (e sicuramente non solo per le grandi) e gli investitori.

L'impresa sostenibile e socialmente responsabile persegue l'obiettivo del profitto e dell'economicità della gestione, ma anche l'obiettivo più ampio di generare valore non solo per gli azionisti e soci, ma anche per tutti i portatori di interesse.

Attraverso un'adeguata pubblicità, i profili di sostenibilità dell'impresa ed i suoi impatti esterni non potranno essere ignorati, contribuiranno alla sua reputazione e faranno parte del suo successo⁶⁷.

Il Legislatore europeo, con la direttiva CSRD, si è ispirato ad un capitalismo prossimo venturo che non potrà che essere – auspicabilmente – un capitalismo “sostenibile”.

Patrizia Quai*

SINTESI

L'obiettivo fondamentale della direttiva CSRD è il pieno coinvolgimento del settore privato nella realizzazione della transizione *green*, orientando e responsabilizzando la direzione di impresa verso strategie e scelte imprenditoriali ecosostenibili. La competitività ed il valore delle imprese si misurerà non solo in ter-

⁶⁵ Nell'analisi dei rischi, non andrà sottovalutato l'aggravamento del rischio reputazionale dell'impresa.

⁶⁶ Cfr. TOMBARI, *Lo scopo della società*, cit. supra, nota 47, p. 351.

⁶⁷ Le leggi societarie e l'autodisciplina sembrano essersi generalmente adeguate a tale impostazione. Il Codice di autodisciplina italiano delle società quotate nell'edizione 2020 ha introdotto il concetto di «successo sostenibile» definendolo come «obiettivo che guida l'azione dell'organo di amministrazione e che si sostanzia nella creazione di valore nel lungo termine a beneficio degli azionisti, tenendo conto degli interessi degli altri portatori di interessi (gli *stakeholders* della società)». Questo concetto deriva dallo *UK Corporate Governance Code* (art. 1, Principio 1) e riecheggia la formula contenuta nell'art. 1833 del *Code Civil* francese, al quale la c.d. *Loi Pacte* del 2019 ha aggiunto che «la società è gestita nel suo interesse sociale, prendendo in considerazione i problemi sociali e ambientali della sua attività». Risalendo nel tempo, l'etica degli affari ha dato impulso sia alla responsabilità sociale dell'impresa sia alla *stakeholder theory*.

* Avvocato / Foro di Milano

mini finanziari, ma anche in relazione all'impatto delle stesse sul benessere delle persone e sull'ambiente, da documentare nella rendicontazione di sostenibilità. È previsto che incentivi e finanziamenti, pubblici e privati, sostengano tale trasformazione.

ABSTRACT

CRSD directive aims to the full involvement of the private sector in the implementation of the green transition, orienting and making company management responsible towards eco-sustainable business strategies and choices. The competitiveness and value of companies will be measured not only in financial terms, but also in relation to their impact on the well-being of people and the environment, to be documented in sustainability reporting. It is expected that public and private incentives and financial will support this transformation.

GLI ACCORDI CULTURALI CONCLUSI DALL'UNIONE EUROPEA

Decisione (Ue) n. 2023/413 del Consiglio del 21 febbraio 2023 relativa alla proroga del periodo di concessione del diritto per le coproduzioni audiovisive di cui all'art. 5 del protocollo sulla cooperazione culturale dell'accordo di libero scambio tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea, dall'altra*

Il Consiglio dell'Unione europea,
visto il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea,
vista la decisione (Ue) 2015/2169 del Consiglio, del 1° ottobre 2015, relativa alla conclusione dell'accordo di libero scambio tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea, dall'altra¹, in particolare l'art. 3, par. 1,

vista la proposta della Commissione europea,
considerando quanto segue:

1. Il 1° ottobre 2015 il Consiglio ha adottato la decisione (Ue) 2015/2169.

2. Il protocollo sulla cooperazione culturale² («protocollo») allegato all'accordo di libero scambio tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea, dall'altra³ («accordo di libero scambio»), definisce il quadro entro cui le parti cooperano al fine di agevolare gli scambi di attività, beni e servizi culturali, anche nel settore degli audiovisivi.

3. Il protocollo contiene eccezionalmente disposizioni sul diritto per le coproduzioni audiovisive di fruire dei rispettivi regimi che, in linea di principio, è riservato ai paesi in via di sviluppo che dispongono di industrie audiovisive in via di sviluppo.

* In *Gu-Ue* n. L 59 del 24 febbraio 2023, p. 13 ss. In argomento v. *infra*, p. 237 ss., il contributo di *ALESSANDRA QUARTA*.

¹ *Gu-Ue* n. L 307 del 25 novembre 2015, p. 2.

² *Gu-Ue* n. L 127 del 14 maggio 2011, p. 1418.

³ *Gu-Ue* n. L 127 del 14 maggio 2011, p. 6.

4. A norma di tali disposizioni del protocollo, dopo un periodo iniziale di tre anni, tale periodo di concessione del diritto è rinnovato per altri periodi della stessa durata, salvo che una parte vi ponga termine con preavviso scritto di almeno tre mesi prima della scadenza del periodo iniziale o di uno dei periodi successivi. In conformità di tali disposizioni, il periodo di concessione del diritto è stato prolungato da ultimo fino al 30 giugno 2023, dato che nessuna delle parti vi ha posto termine. Le effettive conseguenze del protocollo in relazione alle coproduzioni audiovisive devono essere valutate a tempo debito dal comitato per la cooperazione culturale («comitato») e fungere da base per la decisione dell'Unione di prolungare o meno il periodo di concessione del diritto di un ulteriore periodo di tre anni fino al 2026.

5. Conformemente alla decisione (Ue) 2015/2169, la Commissione avvisa la Repubblica di Corea dell'intenzione dell'Unione di non prolungare il periodo di concessione del diritto per le coproduzioni secondo la procedura prevista nel protocollo, salvo che il Consiglio convenga, su proposta della Commissione, quattro mesi prima della scadenza del periodo in questione, di prolungarne la durata. qualora il Consiglio convenga di prolungare la concessione del diritto, la procedura in questione diventa di nuovo applicabile alla scadenza del periodo di proroga.

6. Il 22 dicembre 2022 il gruppo consultivo interno dell'Unione previsto dal protocollo è stato consultato in merito alla proroga del periodo di concessione del diritto, conformemente alle disposizioni sulla concessione del diritto per le coproduzioni audiovisive del protocollo.

7. Il 7 dicembre 2022 il comitato ha valutato i risultati ottenuti grazie al riconoscimento di questo diritto per quanto riguarda il rafforzamento della diversità culturale e la cooperazione reciprocamente vantaggiosa sulle opere coprodotte, come previsto dal protocollo.

8. Considerata la relazione stretta, storica e unica tra l'Unione e la Repubblica di Corea e dato che le coproduzioni UE-Repubblica di Corea sono potenzialmente reciprocamente vantaggiose sia dal punto di vista economico che culturale, il Consiglio conviene sulla proroga del periodo di concessione del diritto per le coproduzioni audiovisive di usufruire dei rispettivi regimi delle parti per la promozione dei contenuti culturali locali/regionali come previsto dal protocollo. Il diritto audiovisivo può creare ulteriori opportunità per tutti gli Stati membri, compresi quelli che finora non sono stati in grado di sviluppare coproduzioni a livello bilaterale.

9. La presente decisione non incide sulle rispettive competenze dell'Unione e degli Stati membri. In particolare, non dovrebbe incidere sulle competenze degli Stati membri di concludere accordi di coproduzione,
ha adottato la presente decisione:

Articolo 1

Il periodo di concessione del diritto per le coproduzioni audiovisive di fruire dei rispettivi regimi delle parti per la promozione dei contenuti culturali loca-

li/regionali di cui all'art. 5, paragrafi da 4 a 7, del protocollo è prorogato per una durata di tre anni, dal 1° luglio 2023 fino al 30 giugno 2026.

Articolo 2

La presente decisione entra in vigore il giorno dell'adozione.

(Omissis)

I PROTOCOLLI DI COOPERAZIONE CULTURALE NEGLI ACCORDI PREFERENZIALI DELL'UNIONE EUROPEA*

Sommario: 1. *Introduzione* - 2. *Il primo esempio di protocollo culturale: il protocollo con i Paesi del CARIFORUM* - 2.1 *Analisi della struttura del protocollo* - 3. *Il protocollo con la Repubblica di Corea* - 3.1 *La struttura del protocollo: l'importante attenzione al settore audiovisivo* - 3.2 *La proposta francese per i futuri negoziati* - 4. *Il protocollo con l'America Centrale* - 4.1 *Struttura e contenuto del protocollo con l'America Centrale* - 5. *Conclusioni*.

1. Introduzione

I protocolli di cooperazione culturale sono strumenti introdotti solo in tempi recenti dall'Unione europea nei testi degli accordi preferenziali di ultima generazione, i c.d. PTAs (*Preferential Trade Agreements*)¹. Questa terminologia indica quegli accordi secondo i quali i diritti e i doveri in essi

* Contributo 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.

¹ Per approfondire la definizione di *Preferential Trade Agreements* si faccia riferimento a quanto scritto da P. STOLL - J. XU, *Conflict of Jurisdiction: WTO and PTAs*, in A. TRUNK - M. FEDOROVA - A. ALIYEV (Editors), *Law of International Trade in the Region of the Caucasus, Central Asia and Russia - Public International Law, Private Law, Dispute Settlement*, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston, 2022, pp. 312-322; Nel loro elaborato gli Autori sottolineano come le terminologie, spesso utilizzate come sinonimi, RTAs (*Regional Trade Agreements*) e FTAs (*Free Trade Agreements*) in realtà siano differenti sia tra loro sia rispetto ai PTAs. Infatti, RTAs dovrebbe più correttamente indicare gli accordi sottoscritti solo tra *partner* geograficamente limitrofi mentre FTAs indicherebbe il fatto che al loro interno non vi siano previste unioni doganali. Per analizzare gli accordi preferenziali dell'UE si veda anche G. ADINOLFI, *Gli accordi preferenziali di nuova generazione dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2021.

contenuti si applicano esclusivamente tra le parti e non sono soggetti al trattamento della nazione più favorita, regola generale dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC).

Questo articolo si prefigge di studiare gli unici esempi che, ad oggi, abbiamo di tali strumenti: *a.* il protocollo di cooperazione culturale inserito nell'Accordo tra UE e i Paesi del CARIFORUM², in quanto prototipo e antecedente l'adozione del Trattato di Lisbona; *b.* quello che si trova nell'Accordo con la Repubblica di Corea³ che si caratterizza per i notevoli contrasti sorti nella società civile e *c.* quello contenuto nell'Accordo con l'America Centrale⁴, ultimo esempio di questa pratica.

In generale si può affermare che l'introduzione di siffatta tipologia di protocolli si deve alla Convenzione UNESCO del 2005 sulla *protezione e promozione della diversità delle espressioni culturali*⁵. Con essa, infatti, è stato dato un chiaro segnale da parte dell'UE e di altri Paesi attenti alla *policy* culturale, come ad esempio il Canada, a tutta la Comunità internazio-

² Accordo di partenariato economico tra gli Stati del CARIFORUM, da una parte, e la Comunità europea e i suoi Stati membri, dall'altra, in *Gu-Ue* n. L 289/I del 30 ottobre 2008, p. 3, firmato il 15 ottobre 2008 ed entrato in vigore il 1° novembre 2008. Protocollo III sulla cooperazione culturale, in *Gu-Ue* n. L 289/II del 30 ottobre 2008, p. 1938. Si veda la relativa Decisione del Consiglio n. 2008/805/Ce del 15 luglio 2008 relativa alla firma e all'applicazione provvisoria dell'Accordo di partenariato economico tra gli Stati del CARIFORUM, da una parte, e la Comunità europea e i suoi Stati membri, dall'altra, in *Gu-Ue* n. L 289/I del 30 ottobre 2008, p. 1.

³ Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea dall'altra, firmato il 6 ottobre 2010, (applicazione provvisoria dal 1° luglio 2011, entrato in vigore il 13 dicembre 2015), in *Gu-Ue* n. L 127 del 14 maggio 2011, p. 6. Protocollo sulla cooperazione culturale, in *Gu-Ue* n. L 127 del 14 maggio 2011, p. 1418. Questo Accordo è stato firmato e applicato provvisoriamente nel territorio dell'UE a seguito della Decisione del Consiglio n. 2011/265/UE 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 127/1 del 14 maggio 2011, p. 1. Si veda la relativa Decisione (Ue) n. 2015/2169 del Consiglio del 1° ottobre 2015 relativa alla conclusione 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 307 del 25 novembre 2015, p. 2.

⁴ Accordo che istituisce un'associazione tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e l'America Centrale dall'altra, in *Gu-Ue* n. L 346 del 15 dicembre 2012, p. 3 (firmato il 29 giugno 2012, applicato provvisoriamente dal 1° agosto 2013). Protocollo sulla cooperazione culturale, in *Gu-Ue* n. L 346 del 15 dicembre 2012, p. 2622. Si veda la relativa Decisione (Ue) n. 2012/734 del Consiglio del 25 giugno 2012 relativa alla firma, a nome dell'Unione, dell'Accordo che istituisce un'associazione tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e l'America Centrale, dall'altra, e all'applicazione provvisoria della parte IV dell'Accordo relativa al commercio, in *Gu-Ue* n. L 346 del 15 dicembre 2012, p. 1; si veda inoltre la Decisione (Ue) n. 2024/1156 del Consiglio del 12 aprile 2024 relativa alla conclusione dell'Accordo che istituisce un'associazione tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e l'America centrale, dall'altra, in *Gu-Ue* n. L 2024/1156 del 17 aprile 2024.

⁵ Convenzione UNESCO sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali, Parigi, 20 ottobre 2005. Si veda la relativa Decisione del Consiglio n. 2006/515/Ce del 18 maggio 2006 relativa alla conclusione della convenzione sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali, in *Gu-Ue* n. L 201 del 25 luglio 2006, p. 15.

nale. Da anni nel panorama internazionale la gestione di questa categoria di beni e servizi era fonte di accesi scontri tra i Paesi che preferivano porre in risalto il carattere economico di questi beni o servizi, tra i quali in prima linea si trovano gli Stati Uniti, e i Paesi che al contrario evidenziavano gli aspetti più culturali come i già citati Stati membri dell'UE e il Canada. Perciò, al fine di svolgere un'analisi completa dei precitati protocolli, si terrà naturalmente in considerazione la Convenzione UNESCO appena citata.

Si procederà quindi, innanzitutto, ad analizzare nello specifico ciascuno dei tre esempi di protocolli culturali redatti, ad oggi, dall'UE, per poi procedere, successivamente, a paragonarli tra loro in modo da trarre le dovute conclusioni su come siano stati gestiti nelle varie fasi, sia precedenti sia successive all'adozione, e valutare quali aspetti si potrebbero implementare.

2. Il primo esempio di protocollo culturale: il protocollo con i Paesi del CARIFORUM

Il primo protocollo di cooperazione culturale⁶ risale al 2008 e, come si accennava nell'introduzione, è precedente al Trattato di Lisbona e quindi negoziato dall'allora Comunità europea. Tale strumento è frutto di una prima ricerca relativa all'individuazione di un quadro giuridico pattizio di collaborazione sul tema della cultura, utilizzato anche come modello per il successivo protocollo con la Corea del Sud.

Per svolgere un'analisi completa è necessario ripercorrere le relazioni tra l'Unione europea e i Paesi del CARIFORUM⁷. Il rapporto tra UE e

⁶ Su questi strumenti pattizi cfr. in particolare M. CHOCHORELOU, *The European Identity in the EU Free Trade Agreements: Economic rather than Cultural Objectives?*, in *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2019, pp. 236-239; F. FIORENTINI, *Cultural Heritage in the EU Trade Agreements: Current Trends in a Controversial Relationship*, in A. JAKUBOWSKI - K. HAUSLER e F. FIORENTINI (a cura di), *Cultural Heritage in the European Union. A Critical Inquiry into Law and Policy*, Leiden-Boston: Brill Nijhoff, 2019; B. GARNER, *Towards a European Strategy on Culture and Development. Learning from the CARIFORUM-EU Economic Partnership Agreement*, in *Politique Européenne*, 2017/2, n. 56, pp. 146-168; J. LOISEN, *Relations through Protocols on Cultural Cooperation: Fostering or Faltering Cultural Diversity?*, in K. DONDEERS - C. PAUWELS - J. LOISEN (a cura di), *The Palgrave Handbook of European Media Policy*, 2014, pp. 509-525; E. PSYCHOGIOPOULOU, *The External Dimension of EU Cultural Action and Free Trade: Exploring an Interface*, in *Legal Issues of Economic Integration* 41, no. 1 (2014), pp. 65-84; S. P. SILVA, *Monitoring the Implementation & Results of the CARIFORUM - EU EPA AGREEMENT*, Final Report, reperibile al link https://eulacfoundation.org/system/files/digital_library/2023-07/Monitoring%20the%20Implementation%20of%20the%20CARIFORUM-EU%20EPA%20Agreement.pdf, 2014; C. SOUYRI-DESROSIER, *EU protocols on cultural cooperation. An attempt to promote and implement the CDCE within the framework of bilateral trade negotiations*, in L. RICHIERI HANANIA (a cura di), *Cultural Diversity in International Law. The effectiveness of the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, London-New York, Routledge, 2014, pp. 209-224.

⁷ Il CARIFORUM, acronimo che identifica il *Forum* dei Caraibi, è composto da Antigua e Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, Dominica, Repubblica Dominicana, Grenada, Guyana,

Paesi caraibici risale a fine anni Cinquanta quando già con il Trattato di Roma del 1957 erano state previste alcune misure per lo sviluppo economico e sociale di questi Stati. Ad avere un ruolo centrale in questo genere di intervento è stata la Francia che, in quanto ex Stato colonizzatore, ha da sempre avuto un forte interesse a mantenere proficue relazioni con tale gruppo di Paesi. A tale scopo quest'ultima ha condizionato la propria partecipazione alla nascente Comunità economica alla creazione di una forma di partenariato con i Paesi caraibici.

Le trattative tra la CEE e questi Stati avevano, e ancora oggi hanno, una dimensione più ampia.

Infatti, non erano coinvolti solo Stati del CARIFORUM ma, più in generale, quelli parte dell'ACP⁸. La base giuridica sulla quale si fondavano tali relazioni era quella prevista dalle due Convenzioni di Yaoundé⁹, introdotte nel periodo 1963-1968 e 1969-1974. Con esse la CEE diede avvio alle iniziative di supporto e sostegno dei Paesi, a quell'epoca indipendenti, così da non perdere i legami sino ad allora creati. Pochi anni dopo però, anche sulla spinta dell'ingresso della Gran Bretagna nella Comunità, si decise di intervenire nuovamente e si introdusse la Convenzione di Lomé¹⁰ del 1975; con questo strumento si creò non solo un regime preferenziale ma fu previsto anche che non vi fosse reciprocità tra le due parti.

Haiti, Giamaica, Saint Lucia, Saint Vincent e Grenadine, Saint Kitts e Nevis, Suriname e Trinidad e Tobago. Haiti ha firmato l'Accordo in analisi nel 2009 mentre Cuba, pur facendo parte del CARIFORUM, non ha preso parte ai negoziati e non è quindi inclusa nel Trattato.

⁸ Con questa sigla si indicano i Paesi associati dell'Africa, Caraibi e Pacifico firmatari della prima Convenzione di Lomé del 1975. Per un approfondimento sulle passate relazioni tra UE e ACP si vedano N. KEIJZER - M. NEGRE *Outsourcing a partnership? Assessing ACP-EU cooperation under the Cotonou Partnership Agreement*, in *South African Journal of International Affairs*, 2014, Vol. 21, No. 2, pp. 279-296; G. VASSALLI - J. A. TABORDA - T. GUARNIZO USECHE, *La cooperazione tra Unione europea e America Latina 2007-2013*, in *Il Politico* (Univ. Pavia, Italy), 2014, n. 2, pp. 148-167; P. SUTTON, *The European Union and the Caribbean Region: Situating the Caribbean Overseas Countries and Territories*, in *European Review of Latin American and Caribbean Studies*, 2012, Vol. n. 93, pp. 79-94; M. CARBONE, *Common and intersecting interests: EU-Caribbean relations and the post-Cotonou EU-ACP partnership*, in *The Round Table. The Commonwealth Journal of International Affairs*, 2020, Vol. 109, No. 5, pp. 526-541.

⁹ Convenzione di associazione tra la Comunità economica europea e gli Stati africani e malgascio associati a tale Comunità, firmata a Yaoundé il 20 luglio 1963, in *Guce* n. 93 dell'11 giugno 1964, pp. 1431-1457 e Decisione del Consiglio n. 64/345/Cee del 5 novembre 1963, per la conclusione della Convenzione di associazione fra la Comunità economica europea e gli Stati africani e malgascio associati a detta Comunità, in *Guce* n. 93 dell'11 giugno 1964, pp. 1429-1430. Si veda anche la Convenzione di associazione tra la Comunità economica europea e gli Stati africani e malgascio associati a tale Comunità, firmata a Yaoundé il 29 luglio 1969, in *Guce* n. L 282 del 28 dicembre 1970, pp. 2-30 e la relativa Decisione del Consiglio n. 70/539/Cee, del 29 settembre 1970, relativa alla conclusione della Convenzione di associazione tra la Comunità economica europea e gli Stati africani e malgascio associati a tale Comunità, in *Guce* n. L 282 del 28 dicembre 1970, p. 1.

¹⁰ Convenzione ACP-CEE di Lomé, in *Guce* n. L 25 del 30 gennaio 1976 pp. 2-40 e relativo Regolamento (Cee) n. 199/76 del Consiglio, del 30 gennaio 1976, relativo alla conclusione della convenzione ACP-CEE di Lomé, in *Guce* n. L 25 del 30 gennaio 1976, p. 1.

Inoltre, la situazione non era esente da ulteriori criticità; tra queste di enorme rilievo era la necessità risolvere il conflitto con il regime internazionale previsto dall'Organizzazione mondiale del commercio (OMC): infatti secondo tale disciplina era essenziale avere reciprocità nel trattamento tra le parti. Per risolvere la situazione si decise di intervenire nuovamente nella relazione tra CE e ACP e si introdusse, nel 2000, l'Accordo di Cotonou¹¹, rimasto in vigore fino a fine giugno del 2023. Nel luglio 2023, infatti, il Consiglio ha dato il via libera per la firma del nuovo Trattato, l'Accordo di Samoa¹², siglato sotto la presidenza spagnola e che prevede sia una base comune sia tre protocolli regionali mirati a soddisfare le esigenze delle tre regioni, quella africana, quella caraibica e i Paesi del Pacifico.

Tra i principi alla base dell'Accordo di Cotonou, testo di riferimento nel periodo in cui si negoziava l'Accordo di partenariato economico del 2008, vi era la parità dei *partner* dell'Accordo, in pieno rispetto delle norme internazionali dell'OMC; una stretta cooperazione non solo a livello governativo ma anche tra autorità locali, società civile e settore privato di entrambe le parti. Non meno importante era la creazione di istituzioni congiunte, basti pensare al Consiglio dei ministri ACP-Unione che aveva il compito di adottare le linee guida politiche e decidere sulle questioni inerenti all'attuazione dell'Accordo o al Comitato ministeriale misto ACP-Unione per il commercio previsto per monitorare le negoziazioni degli ac-

¹¹ Accordo di partenariato tra i membri del gruppo degli Stati dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico, da un lato, e la Comunità europea e i suoi Stati membri, dall'altro, firmato a Cotonou il 23 giugno 2000, in *Guce* n. L 317 del 15 dicembre 2000, pp. 3-353. Si veda anche la Decisione n. 2003/159/Ce del Consiglio, del 19 dicembre 2002, relativa alla conclusione dell'Accordo di partenariato tra gli Stati dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico, da un lato, e la Comunità europea e i suoi Stati membri, dall'altro, firmato a Cotonou il 23 giugno 2000. Per le successive modifiche si faccia riferimento alla Decisione del Consiglio n. 2005/599/Ce del 21 giugno 2005, relativa alla firma, a nome della Comunità europea, dell'Accordo che modifica l'Accordo di partenariato tra i membri del gruppo degli Stati dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico, da un lato, e la Comunità europea e i suoi Stati membri, dall'altro, firmato a Cotonou il 23 giugno 2000, in *Guce* n. L 209 dell'11 agosto 2005, pp. 26-64 e alla Decisione del Consiglio n. 2010/614/Ue, del 14 giugno 2010, relativa alla posizione che l'Unione europea deve adottare in sede di Consiglio dei ministri ACP-UE riguardo alle misure transitorie applicabili dalla data di firma alla data di entrata in vigore dell'Accordo che modifica per la seconda volta l'Accordo di partenariato tra i membri del gruppo degli Stati dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico, da un lato, e la Comunità europea e i suoi Stati membri, dall'altro, firmato a Cotonou il 23 giugno 2000, modificato per la prima volta a Lussemburgo il 25 giugno 2005, in *Guce* n. L 269 del 13 ottobre 2010, pp. 1-4.

¹² Accordo di partenariato tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e i membri dell'Organizzazione degli Stati dell'Africa dei Caraibi e del Pacifico, dall'altra, in *Guce* n. L 2023/2862 del 28 dicembre 2023, e Decisione del Consiglio (Ue) n. 2023/2861, del 20 luglio 2023, relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, e all'applicazione provvisoria dell'Accordo di partenariato tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e i membri dell'Organizzazione degli Stati dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico, dall'altra, in *Guce* n. L del 28 dicembre 2023, pp. 1-3.

cordi di partenariato economico, organi essenziali per rendere più efficace quest'importante collaborazione.

Pur restando la base giuridica di riferimento anche quest'ultimo Trattato non sarà esente da alcune revisioni¹³; ed è proprio grazie ad esse che si svilupperà in maniera sempre più decisa una cooperazione di tipo regionale all'interno degli Stati ACP¹⁴.

I Paesi del CARIFORUM, consapevoli dell'importanza degli accordi commerciali, erano decisi a concludere un nuovo accordo che fosse in linea con le norme OMC e che allo stesso tempo permettesse di accrescere la propria economia in via di sviluppo¹⁵.

È per via dell'implementazione dello sviluppo regionale che solo il CARIFORUM ha un Accordo di partenariato economico con l'UE al cui interno, in aggiunta, troviamo il protocollo culturale.

La sua introduzione, successiva anche alla Convenzione UNESCO del 2005, testimonia come gli sforzi dell'UE in sede UNESCO non siano solo limitati all'adozione di questo strumento ma siano diretti anche alle fasi successive, tra cui quella di diffusione e di implementazione¹⁶.

Aver previsto in maniera specifica disposizioni sullo sviluppo di tematiche culturali in un accordo commerciale è uno degli aspetti innovativi nelle relazioni tra quello che viene considerato il Nord del mondo (e quindi la parte più ricca rappresentata dall'Unione europea) e il Sud (nello specifico gli Stati considerati più poveri per via della loro arretratezza nello sviluppo).

L'importanza della connessione tra commercio e cultura è stata, ancora una volta, rimarcata dall'UNESCO e dall'UE. Infatti, come emerge dalle dichiarazioni di Walter Zampieri, a capo della Direzione generale dell'Istruzione, della gioventù, dello sport e della cultura, inserite in uno stu-

¹³ Si tratta di uno strumento sottoposto a revisione nel 2005, nel 2010 e da ultimo nel 2017. Quest'ultima modifica si è concentrata sulle recenti sfide della Comunità internazionale tra le quali si possono citare a titolo esemplificativo la sicurezza alimentare, i cambiamenti climatici, e più in generale gli obiettivi di sviluppo sostenibile introdotti con l'Agenda 2030 delle Nazioni Unite. Per ulteriori approfondimenti si veda il sito ufficiale <https://eur-lex.europa.eu/IT/legal-content/summary/cotonou-agreement.html>.

¹⁴ Per approfondire il tema si veda M. CARBONE, *Common and intersecting interests*, cit. *supra*, nota 8, in cui l'autore ripercorre gli sviluppi storici che hanno caratterizzato l'importante relazione tra le parti.

¹⁵ Per approfondire le ragioni che hanno portato all'introduzione di questo Accordo e alle motivazioni si veda R. BERNAL, *CARIFORUM-EU Economic Partnership Agreement Negotiations: Why and How*, in *Journal of Eastern Caribbean Studies*, 2008, Vol. 33, No. 2, pp. 1-21.

¹⁶ Si confronti quanto sostenuto da L. RICHERI HANANIA - H. RUIZ FABI, *European Media Policy and Cultural Diversity at the International Level: The EU's Role in Fostering the Implementation of the 2005 UNESCO Convention*, in K. DONNERS - C. PAUWELS - J. LOISEN (edited by), *The Palgrave Handbook of European Media Policy*, 2014, pp. 493-509.

dio UNESCO pubblicato nel 2019¹⁷ «*Agreements, such as the Protocol on Cultural Cooperation attached to the Economic Partnership Agreement between the EU and CARIFORUM, have played an important role in driving the ratification process for the 2005 UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions (...)*».

A negoziare per la CE è stata la Commissione che ha visto in questo Accordo la possibilità di lanciare un segnale su scala globale, in particolare agli Stati Uniti, in merito al tema della cultura. Come si accennava nell'introduzione, gli Stati Uniti infatti sono sempre stati, e tuttora continuano ad essere, un importante Paese che vorrebbe far prevalere il carattere economico di beni e servizi culturali rispetto a quello culturale su cui invece fanno leva alcuni Stati membri dell'UE e quest'ultima in generale per tentare di contrastare la rapida diffusione degli USA in settori chiave, tra i quali è importante citare quello cinematografico.

È la stessa Direzione Generale del Commercio (DG TRADE) presso la Commissione a dichiarare apertamente che l'inclusione del protocollo culturale nell'Accordo di partenariato economico è stata prevista per riuscire a implementare quanto prima la Convenzione UNESCO e con la speranza che possa essere un esempio da seguire per le future relazioni con altri Paesi dell'Asia e dell'America Latina.

Analizzando il testo dell'Accordo emerge una notevole discrepanza tra quanto previsto nel protocollo culturale e quanto, invece, si prevede nella parte dedicata al commercio. Infatti, si può notare come, in linea generale, le norme sulla liberalizzazione degli scambi siano molto dettagliate; al contrario la disciplina legata agli aspetti culturali è più cauta e dunque di natura programmatica. Quest'ultima affermazione però non è valida per il settore audiovisivo. In questo caso, infatti, si tratta di un ambito che, per quanto legato alla tematica culturale, ha forti componenti commerciali. È il settore in cui l'UE – e in generale il continente europeo – sente la pressione della sfida con le grandi e famose industrie statunitensi (basti pensare a Hollywood e all'importante ruolo che riveste nel panorama mondiale).

Dal canto loro i negoziatori dei Paesi del CARIFORUM hanno apertamente qualificato tale protocollo come una concessione senza precedenti da parte dell'UE, pienamente consapevoli dell'importanza che può avere per le industrie culturali locali.

¹⁷ Per maggiori approfondimenti si veda lo studio condotto da M. BURRI - K. NURSE, *Culture in the CARIFORUM European Union Economic Partnership Agreement. Rebalancing trade flows between Europe and the Caribbean?*, e pubblicato dall'UNESCO nel 2019.

2.1 *Analisi della struttura del protocollo*

Dal punto di vista della struttura il protocollo si compone di nove articoli.

All'art. 1 sono indicati il campo d'applicazione, gli obiettivi e le definizioni; si passa poi alla sezione 1, intitolata «Disposizioni orizzontali», che va dall'art. 2 all'art. 4 e si chiude con la sezione 2, che contiene le «Disposizioni settoriali», dall'art. 5 all'art. 9.

Il preambolo esordisce con un richiamo alla Convenzione UNESCO del 2005 e al fatto che ne vengono riconosciuti i principi e le definizioni in essa contenute.

È poi inserito un riferimento agli artt. 14, 15 e 16 di questo importante strumento internazionale pattizio. Si tratta di norme improntate alla cooperazione come dimostrano i loro testi; la prima disposizione richiamata – l'art. 14 della Convenzione UNESCO del 2005 – prevede nel dettaglio una cooperazione allo sviluppo che sia sostenibile e punti a diminuire la povertà, tenendo in considerazione le esigenze dei Paesi in via di sviluppo; l'art. 15 specifica le modalità di cooperazione e l'art. 16 prevede invece la possibilità di garantire un trattamento preferenziale per i Paesi in via di sviluppo.

Un'importante innovazione, rispetto al tradizionale approccio che l'UE ha mantenuto nel corso degli anni nella scena internazionale, risiede nel fatto che è istituita una cooperazione anche nel settore audiovisivo tra le due regioni. Il frutto della collaborazione, secondo quanto previsto dalle disposizioni, non è considerato un coprodotto bensì un vero e proprio prodotto europeo che, in quanto tale, può godere di tutti i benefici che la normativa europea prevede per i propri prodotti.

Altro aspetto centrale è inserito nella disposizione con cui si vuole proteggere la proprietà intellettuale dei Paesi del CARIFORUM all'interno dell'Europa; in questo caso però la disciplina è stata prevista direttamente all'interno dell'Accordo economico, nello specifico nel Capo II, sezione II, e non nel protocollo culturale; ne consegue quindi che queste norme non abbiano solamente un valore programmatico ma siano precettive.

Non deve, poi, essere sottovalutato il fatto che, in contemporanea alla negoziazione dell'Accordo, all'interno dei Paesi del CARIFORUM stesse nascendo la consapevolezza dell'enorme potenziale del settore culturale e quindi la necessità di avere un minimo di regolamentazione in materia. Allo stesso tempo è importante sottolineare che, per via del numero di Paesi che compongono il CARIFORUM, non è possibile avere uno sviluppo delle rispettive politiche pienamente coincidente, poiché vi sono Stati più

avanzati e altri ancora molto carenti. Quindi le difficoltà nel gestire tale politica devono essere analizzate anche alla luce delle diverse situazioni presenti nei Paesi caraibici.

Il testo del protocollo si apre stabilendo all'art. 1¹⁸ che quanto previsto al suo interno non può pregiudicare il più generale quadro creato con il testo dell'Accordo, riferendosi anche all'esclusione del settore dei servizi audiovisivi dagli impegni di liberalizzazione assunti nel capitolo dedicato ai servizi. Ancora una volta si evidenzia come per la categoria dell'audiovisivo siano state adottate particolari attenzioni legate al fatto che da parte dell'UE vi è un fronte compatto intenzionato a proteggerli perché considerati tra i principali veicoli dell'identità nazionale. Questa posizione dell'UE, adottata in generale nelle proprie relazioni internazionali, rimane ben salda anche in fase di negoziazione di accordi bilaterali.

L'impegno a garantire il trattamento preferenziale previsto dal già citato art. 16 della Convenzione UNESCO risulta in maniera chiara da diverse disposizioni del protocollo. L'art. 3, ad esempio, prevede un'obbligo per le parti volta a facilitare, in linea con le rispettive legislazioni interne, l'ingresso e il soggiorno, sia pure temporaneo, nei loro territori di artisti e di altri operatori della cultura originari dell'altra parte contraente. Questa disposizione è centrale perché introduce le condizioni necessarie per l'ingresso e il soggiorno temporaneo di artisti o professionisti del settore per un periodo con una durata massima di novanta giorni nell'arco di dodici mesi.

Si tratta di una misura che deve essere analizzata facendo riferimento al titolo II «Investimenti, scambi di servizi e commercio elettronico» contenuto nel testo dell'Accordo, richiamato nel par. 1 dell'art. 3. Non essendo possibile per diverse categorie di professionisti del settore culturale entrare e circolare nel territorio dell'altra parte contraente, sulla base di quanto previsto nel Titolo II del Trattato, si è previsto un articolo *ad hoc* nel protocollo per colmare il vuoto normativo che altrimenti vi sarebbe stato. La possibilità per i professionisti dei Paesi caraibici di entrare in Europa è senza dubbio una novità molto rilevante per la creazione di un quadro di collaborazione più forte e in grado di accrescere il rispetto delle reciproche culture.

L'importanza di ridurre il divario nel progresso tra i Paesi del CARIFORUM e l'UE è anche al centro dell'art. 4 nel quale si prevede che

¹⁸ Art. 1, par. 1: «Fatte salve le altre disposizioni dell'accordo, il presente protocollo istituisce il quadro nell'ambito del quale le parti cooperano al fine di agevolare gli scambi di attività, beni e servizi culturali, in particolare nel settore degli audiovisivi».

sia fornita assistenza tecnica per permettere agli Stati meno sviluppati di incrementare l'industria culturale e le politiche collegate.

La seconda parte del protocollo prevede alcune disposizioni settoriali tra le quali sicuramente spicca la disciplina per gli audiovisivi dell'art. 5. Questo articolo incoraggia i negoziati di nuovi accordi di coproduzione e l'implementazione di quelli già esistenti così come, tramite il par. 2¹⁹, sottolinea la necessità di facilitare l'accesso delle coproduzioni tra le parti dell'Accordo nei rispettivi mercati anche attraverso il trattamento preferenziale.

Dal punto di vista prettamente europeo, grazie alla direttiva n. 13/2010/UE²⁰ sui servizi di *media* audiovisivi, è previsto che le coproduzioni possano beneficiare delle quote a garanzia dei prodotti interamente europei. Quanto deciso all'interno della direttiva europea però non si può applicare a prodotti creati esclusivamente nei Paesi del CARIFORUM perché essi per definizione non rientrano tra le coproduzioni ma restano prodotti di provenienza esclusiva degli Stati caraibici.

Il testo della precitata direttiva è in parte diverso dalle altre due che l'hanno preceduta nel 1989 e nel 1997: la differenza risiede nella definizione che è data all'art. 1 di «opere europee»²¹, definizione che è stata adattata²² per contemplare le numerose sfide che coinvolgono l'UE nella cooperazione con i Paesi terzi, anche alla luce della Convenzione UNESCO più volte sopra richiamata.

È necessario, poi, considerare quali siano i requisiti richiesti perché una coproduzione risulti tale e possa entrare nel territorio europeo con le agevolazioni previste. Come si può notare dalla lettura del testo dell'art. 5,

¹⁹ Art. 5, par. 2: «Le parti e gli Stati del CARIFORUM firmatari agevolano, in conformità delle rispettive legislazioni, l'accesso ai rispettivi mercati di coproduzioni di uno o più produttori della parte CÈ e uno o più produttori degli Stati del CARIFORUM firmatari, tra l'altro mediante la concessione del trattamento preferenziale e, nel rispetto delle disposizioni dell'articolo 7 dell'accordo, offrendo sostegno mediante l'organizzazione di festival, seminari e iniziative analoghe (...)».

²⁰ Direttiva n. 2010/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 marzo 2010 in *Gu-Ue* n. L 95 del 15 aprile 2010, p. 1, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi). Nel 2018 è stata poi introdotta la direttiva n. 2018/1808/UE del Parlamento europeo e Consiglio del 14 novembre 2018 recante modifica della direttiva n. 2010/13/UE, in *Gu-Ue* n. L 303 del 28 novembre 2018, p. 69, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi), in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato, la quale non ha però influito sulla precedente definizione data alla lett. n., dell'art. 1.

²¹ Direttiva n. 89/552/CEE del Consiglio, del 3 ottobre 1989, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive, in *Guce* n. L 298 del 17 ottobre 1989, p. 23.

²² Nella già citata direttiva europea del 2010 sono state introdotte modifiche alla definizione di opere europee; ne è un esempio l'esplicito riferimento al settore audiovisivo inserito all'art. 1.

par. 2, del protocollo, si tratta di condizioni particolarmente stringenti e di difficile raggiungimento per Paesi, come quelli del CARIFORUM, ancora non pienamente sviluppati; si richiede infatti che la realizzazione delle opere sia fatta da imprese di uno Stato membro europeo o di uno Stato caraibico parte dell'Accordo, che gli amministratori delle imprese abbiano la cittadinanza in uno dei Paesi parte del Trattato e, ancora, che sia i contributi finanziari complessivi dei produttori europei sia quelli complessivi dei Paesi caraibici siano almeno del 20% e siano comunque entro l'80% del costo totale della produzione.

Tale schema di trattamento però non è reciproco. All'interno dei Paesi del CARIFORUM, infatti, non è previsto alcun meccanismo simile a quello europeo per l'accesso delle coproduzioni e anche ciò dimostra la difficoltà, non solo economica, per questi Paesi di sviluppare politiche attive in materia nonostante la consapevolezza dell'importanza del settore culturale per la loro economia.

Le restanti norme del protocollo sono in generale, come già detto, dotate di un valore prettamente programmatico e richiamano una generica collaborazione per facilitare gli scambi e i contatti nei numerosi settori culturali coinvolti. In questo modo si vuole intervenire in un settore importante senza pregiudicare in maniera eccessiva la possibilità per gli Stati di gestire le politiche e le misure inerenti a beni e servizi culturali.

Dovendo dare una lettura globale di questo protocollo una prima caratteristica che emerge è che si è deciso di prevedere una disciplina specifica per la cooperazione culturale; chiaramente essendo il primo protocollo in materia presenta ancora qualche lacuna o aspetto che potrebbe essere implementato. Ne è un esempio il fatto che, come sostenuto anche da *Richieri Hanania*²³, i negoziati di questo protocollo sono stati gestiti da esperti del settore commerciale essendo parte del generale Accordo economico.

Ancora, nonostante il diretto riferimento alla Convenzione UNESCO del 2005, quando si tratta di implementare il protocollo è stato previsto che siano presi in considerazione istituzioni e meccanismi stabiliti nell'Accordo di partenariato economico. All'interno del testo generale sono stati inseriti come organi comuni alle due parti, secondo le disposizioni

²³ L'Autrice, svolgendo un'approfondita analisi di questi importanti strumenti, sottolinea come sia possibile implementarne alcuni aspetti e cita in maniera esplicita il problema legato ai negoziatori coinvolti e alla loro mancata competenza in ambito culturale. Per ulteriori approfondimenti si faccia riferimento a L. RICHIERI HANANIA, *Cultural Diversity and Regional Trade Agreements - The European Union Experience with Cultural Cooperation Frameworks*, in *Asian Journal of WTO & International Health and Policy*, Vol. 7, n. 2, 2012, Society of International Economic Law (SIEL), Working Paper No. 2012/08.

della Parte V: *a.* il Consiglio congiunto CARIFORUM-CE²⁴ incaricato di sorvegliare l'attuazione del presente Accordo, i cui membri sono selezionati, da un lato, tra la Commissione europea e il Consiglio dell'UE e, dall'altro, tra i rappresentanti dei Governi dei Paesi CARIFORUM come espressamente indicato dall'art. 228; *b.* uno specifico Comitato CARIFORUM-CE per il commercio e lo sviluppo, composto da funzionari di entrambe le parti, la cui disciplina è indicata all'art. 230, e che si occupa, tra l'altro, di vigilare sull'adeguata applicazione delle disposizioni dell'Accordo in materia di scambi, di assistere il Consiglio congiunto sia in materia di scambi sia di sviluppo e formula raccomandazioni sulla cooperazione commerciale sempre in tema di sviluppo²⁵. Ancora, *c.* altra istituzione prevista al successivo articolo è il Comitato parlamentare CARIFORUM-CE nel quale si riuniscono i membri delle rispettive assemblee legislative con il compito di scambiarsi le reciproche opinioni. Infine, l'ultimo articolo della Parte V istituisce *d.* il Comitato consultivo CARIFORUM-CE che ha il compito di assistere il Consiglio congiunto nella promozione del dialogo e della cooperazione tra i rappresentanti delle organizzazioni della società civile.

Nel protocollo non è presente alcun meccanismo che coinvolge esperti del settore culturale per far sì che esaminino gli scambi anche se si prevede un monitoraggio regolare in linea generale; tuttavia, data la peculiarità di tale tipologia di beni e servizi sarebbe stato opportuno prevedere organi specifici che potessero, grazie all'elevata competenza dei propri membri, svolgere al meglio la funzione di monitoraggio. Se si considera inoltre che nel caso del settore agricolo e di quello doganale sono stati istituiti due peculiari sottocomitati non si vede perché lo stesso non potesse essere fatto anche nell'ambito culturale.

Ulteriore criticità è legata al fatto che, all'interno di questo specifico strumento, non vi sia alcuna previsione effettiva di un *budget* monetario da utilizzare per migliorare o implementare lo sviluppo di questo settore. È necessario però ricordare che ciò non sta a significare che da parte dell'UE non vi sia l'intenzione di intervenire anche economicamente, e lo dimostra il fatto che, come riportato sul sito ufficiale della Commissione europea, tra il 2014 e il 2020 l'UE ha erogato 346 milioni di euro nell'ambito del programma di cooperazione regionale. Sicuramente prevedere un fondo *ad hoc* permetterebbe di avere la certezza che tale somma sia spesa nel settore culturale, ma allo stesso tempo l'enorme impegno – in questo caso eco-

²⁴ Come indicato all'art. 227 si tratta di un organo che si riunisce ad intervalli non superiori a due anni e che ha la responsabilità generale dell'attuazione dell'Accordo.

²⁵ Per avere un'analisi ancora più dettagliata dei compiti si faccia riferimento all'art. 230, commi 2, 3, 4.

nomico – dell’UE dimostra senz’altro lo sforzo e la volontà di continuare a contribuire allo sviluppo e alla crescita del CARIFORUM e in generale dei Paesi ACP. Potrebbe essere considerato uno sforzo in questa direzione il fatto che il Fondo europeo di sviluppo (FES), nella sua decima edizione, abbia previsto la possibilità di supportare la cultura all’interno dei Paesi ACP su più livelli: nazionale, regionale o quello che prevede il coinvolgimento di tutti questi Stati²⁶. Basti pensare che nel febbraio 2011 è stata lanciata una *call for proposals*, denominata «ACP Cultures+», nella quale si prevedeva di considerare due tematiche: da un lato, il settore cinematografico e audiovisivo e, dall’altro, tutto ciò che, pur facendo parte dell’area culturale, non ricadeva nel primo tema.

Nel 2011 il Centro europeo per la gestione delle politiche di sviluppo ha elaborato un *discussion paper*²⁷ contenente alcune riflessioni per implementare specificatamente le disposizioni culturali di tale Accordo. Secondo gli esperti che hanno redatto questo importante studio, l’aver previsto istituzioni specifiche, come quelle sopra richiamate, è essenziale per far sì che l’implementazione dell’Accordo sia effettiva. È stato però allo stesso tempo sottolineato da *Sana Ouatchi*, della DG dell’Istruzione, della Gioventù, dello Sport e della Cultura della Commissione europea, che la Commissione, al tempo in cui è stato condotto tale studio, stava considerando di istituire un organismo di attuazione del protocollo. Nello specifico questo avrebbe avuto la forma di una *task force* o di un comitato di attuazione. Ad oggi però non si hanno notizie della sua creazione per cui si deve ritenere che la questione non sia andata in porto.

Volendo analizzare il *report* di implementazione²⁸ è bene sottolineare che, da pagina 78 a pagina 80, vi è una breve analisi delle questioni culturali. In particolare, è specificato che ben sei Paesi CARIFORUM (nello specifico Barbados, Repubblica Dominicana, Guyana, Santa Lucia, Suriname e Saint Vincent e Grenadine) hanno dichiarato di aver avviato con

²⁶ Inserito all’interno del sistema europeo tramite il Trattato di Roma del 1957 è lo strumento primario che l’UE ha previsto per aiutare i Paesi ACP a sviluppare l’economia. Dal 2021 la cooperazione con questi Stati è stata inclusa nel quadro finanziario pluriennale (2021-2027). Prima di allora però sono stati previsti ben 11 FES.

²⁷ Si tratta del *discussion paper Implementing cultural provisions of CARIFORUM-EU EPA. How do they benefit the Caribbean cultural sector?* Elaborato dal centro europeo per la gestione delle politiche di sviluppo all’interno del quale, anche grazie ad alcune interviste a funzionari che lavorano presso le Direzioni Generali della Commissione sono state svolte interessanti riflessioni sulle modalità con le quali implementare le disposizioni culturali del primo protocollo culturale adottato.

²⁸ Si faccia riferimento al documento *Ex-post evaluation of the EPA between the EU and its Member States and the CARIFORUM Member States: Implementation Report*, reperibile al link https://circabc.europa.eu/ui/group/09242a36-a438-40fd-a7af-fe32e36cbd0e/library/70c80b60-97a9-4dc9-8af1-7638cfb406ab?p=1&n=10&sort=modified_DESC.

gli Stati membri dell'UE, o con l'UE stessa, iniziative per facilitare gli scambi di attività, beni e servizi culturali. Proseguendo oltre viene poi evidenziato che l'UE utilizza alcuni dei propri fondi per rendere più semplice l'implementazione dell'EPA e di conseguenza quella del protocollo culturale.

Per concludere, quindi, si può affermare che il protocollo con i Paesi del CARIFORUM ha posto le basi per questo tipo di collaborazione; il fatto che nasca come uno sviluppo della politica commerciale²⁹, come già sottolineato, ne ha determinato, al momento, una portata limitata sotto il profilo della tutela e della cooperazione culturale. Ciò non toglie che, partendo da tali premesse, si potrebbe implementare tale strumento soprattutto in virtù dello sviluppo che, nel frattempo, ha coinvolto alcuni Stati caraibici. Bisogna inoltre tenere in considerazione la circostanza che, appena introdotto questo importante Accordo, sulla scena internazionale si è presentata una notevole crisi economica che sicuramente ha avuto un forte impatto su entrambe le parti coinvolte, ma non è difficile credere che a farne maggiormente le spese siano stati i Paesi caraibici. Superato tale periodo, anche grazie al sempre maggiore impegno da parte sia dell'UE sia del CARIFORUM, l'impatto dell'*Economic Partnership Agreement* (EPA), in linea generale, è aumentato sensibilmente.

3. Il protocollo con la Repubblica di Corea

Il secondo protocollo culturale risale al 2010 ed è stato inserito all'interno dell'Accordo di libero scambio con la Repubblica di Corea, caratterizzato da non poche polemiche e criticità nel panorama europeo.

Anche in questo caso, per riuscire a cogliere del tutto le peculiarità di tale strumento, è bene ricostruire in breve le relazioni tra UE e Corea del Sud. I rapporti tra questi due attori internazionali risalgono ad inizio 1960 e, nel corso degli anni, sono stati notevolmente incrementati.

Si è passati da una fase iniziale nella quale le relazioni diplomatiche erano ai primi stadi ad un aumento considerevole degli scambi economici e commerciali anche grazie alle importantissime riforme attuate dalla Co-

²⁹ Per approfondimenti si vedano M. CHOCHORELOU, *The European Identity in the EU Free Trade Agreements*, cit. supra, nota 6; S. FORMENTINI - L. IAPADRE, *Cultural Diversity and Regional Trade Agreements: the Case of Audiovisual Services*, UNU-CRIS Working Papers, W-2007/4; J. LOISEN, *Relations through Protocols on Cultural Cooperation: fostering or Faltering Cultural Diversity?*, cit. supra, nota 6; L. RICHIERI HANANIA, *Cultural Diversity and Regional Trade Agreements - The European Union Experience with Cultural Cooperation Frameworks*, cit. supra, nota 23; A. VLASSIS, *L'Union européenne, acteur international de la diversité Culturelle? Le protocole de coopération culturelle*, in *InaGlobal*, 2010.

rea per aprire il mercato agli investimenti stranieri. Ciò ha portato l'UE ad essere, a fine anni Novanta, il maggior investitore nel Paese³⁰.

L'Accordo qui in considerazione si inserisce all'interno di un panorama più ampio; ne è la dimostrazione il fatto che, prima della sua introduzione, erano comunque presenti altri trattati per regolare i rapporti tra le parti. Ne sono esempi l'Accordo quadro di commercio e cooperazione siglato nel 1996³¹, l'Accordo di cooperazione e reciproca assistenza amministrativa nel settore doganale del 1997³² e l'Accordo sulla cooperazione nelle attività concorrenziali del 2009³³.

Consapevole del maggiore ruolo che questa Repubblica continua a sviluppare sulla scena internazionale, l'UE ha quindi deciso di siglare con essa un Accordo di libero scambio, come evidenziato da *Psychogiopoulou*³⁴: si tratta del primo FTA con un *partner* asiatico.

Sin dalle fasi iniziali dei negoziati la Commissione ha deciso di utilizzare come testo base per il protocollo quello siglato, pochi anni prima, con i Paesi del CARIFORUM³⁵.

³⁰ Per maggiori dettagli si veda la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *La politica dell'Unione europea nei confronti della Repubblica di Corea*, Bruxelles, 9 dicembre 1998, Com(98)0714 final, reperibile all'indirizzo internet <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A51998DC0714&qid=1706191101697>.

³¹ Si tratta dell'Accordo quadro di commercio e cooperazione concluso il 28 ottobre 1996 tra la Comunità europea e i suoi Stati membri, da una parte, e il governo della Repubblica di Corea dall'altra, entrato in vigore il 1° aprile 2001, ad oggi non più in vigore perché sostituito dall'Accordo quadro tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea, dall'altra, concluso il 10 maggio 2010 ed entrato in vigore il 1° giugno 2014 a seguito di due decisioni; in particolare la Decisione n. 2014/278/UE del Consiglio, del 12 maggio 2014, relativa alla conclusione dell'Accordo quadro tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea, dall'altra, ad esclusione delle questioni relative alla riammissione, in *Gu-Ue* n. L 145 del 16 maggio 2014, p. 1, e la Decisione n. 2014/279/UE del Consiglio, del 12 maggio 2014, relativa alla conclusione dell'Accordo quadro tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea, dall'altra, per quanto riguarda le questioni relative alla riammissione, in *Gu-Ue* n. L 145 del 16 maggio 2014, p. 3.

³² Accordo di cooperazione e di reciproca assistenza amministrativa nel settore doganale tra la Comunità europea e la Repubblica di Corea, in *Guce* n. L 121 del 13 maggio 1997, p. 14, entrato in vigore il 1° maggio 1997 a seguito della Decisione n. 97/291/Ce del Consiglio, del 26 aprile 1997, relativa alla conclusione dell'Accordo di cooperazione e di reciproca assistenza amministrativa nel settore doganale tra la Comunità europea e la Repubblica di Corea, in *Guce* n. L 121 del 13 maggio 1997, p. 13.

³³ Accordo tra la Comunità europea e il governo della Repubblica di Corea concernente la cooperazione in merito ad attività anticoncorrenziali, in *Gu-Ue* n. L 202 del 4 agosto 2009, p. 36, per cui è stata adottata la Decisione del Consiglio del 16 febbraio 2009 relativa alla conclusione dell'Accordo tra la Comunità europea e il governo della Repubblica di Corea concernente la cooperazione in merito ad attività anticoncorrenziali, in *Gu-Ue* n. L 202 del 4 agosto 2009, p. 35.

³⁴ Ancora una volta si faccia riferimento a E. PSYCHOGIOPOULOU, *The External Dimension of EU Cultural Action and Free Trade*, cit. *supra*, nota 6, p. 74.

³⁵ Per un'analisi più approfondita del protocollo con i Paesi del CARIFORUM si veda il par. 2 di questo capitolo.

Da parte degli esperti europei la notizia è stata accolta con diverse perplessità derivanti soprattutto dal fatto che il settore culturale sudcoreano non è paragonabile a quello dei Paesi caraibici; la Corea, infatti, è molto sviluppata nell'industria dell'audiovisivo e, nei negoziati di un importante accordo economico, è essenziale tenere la cosa in considerazione³⁶. Proprio tale aspetto è stato sottolineato dalle coalizioni europee per la diversità culturale di Austria, Belgio, Finlandia, Francia, Germania, Ungheria, Irlanda, Italia, Portogallo, Spagna, Slovacchia, Svizzera e Inghilterra, guidate da *Beat Santschi*, Vice Presidente per l'Europa della Federazione internazionale delle coalizioni per la diversità culturale, in una lettera inviata all'allora Presidente della Commissione europea Barroso³⁷.

Il punto di vista di questi esperti è molto critico: da subito infatti sottolineano le loro preoccupazioni riguardo al ruolo marginale che è stato riservato al settore culturale. I suggerimenti che scaturiscono dalla lettera inviata al Presidente Barroso riguardano il fatto che la Commissione dovrebbe inserire una specifica richiesta affinché la Corea ratifichi la Convenzione UNESCO sulla diversità culturale; sempre la Commissione dovrebbe poi effettuare studi approfonditi sul panorama coreano del settore culturale in generale e degli audiovisivi nello specifico e, sempre in questa lettera, gli esperti richiedono inoltre che venga eliminata qualsiasi misura di trattamento preferenziale perché non richiesta dalla Convenzione appena citata per i Paesi già sviluppati tra i quali rientra la Corea. Si tratta di osservazioni condivise su larga scala nel panorama europeo: lo dimostra anche il fatto che gli Stati le cui coalizioni hanno partecipato alla redazione della predetta lettera hanno un settore culturale ampiamente sviluppato. Basti pensare, tra tutti, all'Italia e alla Francia.

Per via delle menzionate preoccupazioni la Commissione europea ha cercato di introdurre alcune ulteriori garanzie anche se il testo finale dell'Accordo contiene comunque numerose previsioni sull'accesso al mercato nel settore audiovisivo. Il *focus* su questo settore è tale che nel capitolo relativo ai servizi è stabilito con le note agli artt. 7.4.1, lett. a., e 7.10, lett. c., che «l'esclusione dei servizi audiovisivi dall'ambito di applicazione

³⁶ Si veda F. FIORENTINI, *Cultural Heritage in the EU Trade Agreements*, cit. supra, nota 6; B. DE WITTE, *The Value of Cultural Diversity in European Union Law*, in H. SCHNEIDER - P. VAN DEN BOSSCHE (a cura di), *Protection of Cultural Diversity from a European and International Perspective*, Anversa, Intersentia, 2008, pp. 219-247; J. LOISEN - F. DE VILLE, *The EU-Korea Protocol on Cultural Cooperation: Toward Cultural Diversity or Cultural Deficit?*, in *International Journal of Communication*, 5, 2011, pp. 254-271; E. PSYCHOGIPOULOU, *The External Dimension of EU Cultural Action and Free Trade*, cit. supra, nota 6.

³⁷ Per i dettagli di quanto scritto all'interno della lettera si faccia riferimento a European Coalitions for Cultural Diversity, "Comments on the Concept Paper on the draft Cultural Cooperation Protocol with Korea", 18 marzo 2009, reperibile al link <http://www.coalitionfrancaise.org/eng/wpcontent/uploads/2010/01/Barroso-Coree-18-03-09.pdf>.

della presente sezione fa salvi i diritti e gli obblighi derivanti dal protocollo sulla cooperazione culturale». Lo stesso concetto è poi stato rimarcato nel primo articolo del protocollo secondo cui l'esclusione dell'applicazione degli audiovisivi dal Capo 7 del Trattato non pregiudica in alcun modo diritti o obblighi che derivano dal protocollo culturale.

Un ulteriore aspetto culturale si trova all'art. 15.10 dell'Accordo dove, nel par. 3, è inserito espressamente l'impegno della Corea a ratificare la già citata Convenzione UNESCO come condizione per introdurre il protocollo culturale; è grazie a questa espressa statuizione che la Repubblica coreana ha deciso di assumersi l'impegno di entrare a far parte degli Stati che hanno aderito a questo importante strumento internazionale³⁸.

Si tratta di un chiaro esempio di come da parte dei negoziatori europei vi sia stata l'intenzione di seguire anche quanto suggerito dalla lettera inviata al Presidente della Commissione da parte di *Beat Santschi* e della Federazione internazionale delle coalizioni per la diversità culturale da egli rappresentata.

3.1 *La struttura del protocollo: l'importante attenzione al settore audiovisivo*

La struttura generale del protocollo si compone di dieci articoli, suddivisi in più sezioni.

Per prima cosa si indicano, nell'art. 1, l'ambito di applicazione, gli obiettivi e le definizioni che sono alla base di tutta la disciplina del protocollo e che riprendono quanto previsto nel testo redatto con i Paesi caraibici. Per quanto riguarda l'ambito di applicazione si chiarisce da subito che, salve le disposizioni generali dell'Accordo, il protocollo individua il quadro di cooperazione per agevolare scambi di beni e servizi culturali, anche nel settore audiovisivo.

L'esclusione del settore audiovisivo dal Capo 7 del Trattato, come accennato poc'anzi, in base al par. 2 dell'art. 1, lascia invariati i diritti e gli obblighi che derivano da questo protocollo. Anche l'ultimo paragrafo dell'articolo è interessante; infatti, con esso si specifica che alcuni termini – ad esempio diversità culturale, beni e servizi culturali e industrie culturali – hanno il significato che è loro attribuito all'interno della Convenzione

³⁸ Art. 15.10, par. 3: «In deroga ai paragrafi 2 e 5, le parti applicano il protocollo sulla cooperazione culturale a partire dal primo giorno del terzo mese seguente la data in cui la Corea ha depositato il suo strumento di ratifica della convenzione UNESCO sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali, adottata a Parigi il 20 ottobre 2005 (di seguito "convenzione UNESCO") presso il segretariato dell'UNESCO a Parigi, a meno che la Corea abbia depositato il suo strumento di ratifica della convenzione UNESCO prima dello scambio di notifiche di cui ai paragrafi 2 o 5».

UNESCO 2005. Ancora una volta, quindi, ritorna ad avere un ruolo fondamentale questo strumento internazionale.

Si ha poi la sezione A sulle disposizioni orizzontali che include gli articoli da 2 a 4; la sezione B prevede invece le disposizioni settoriali ed è a sua volta divisa in sottosezione A, sulle disposizioni relative alle opere audiovisive formata dagli artt. 5, 6 e 7, e sottosezione B sulla promozione dei settori culturali diversi da quello audiovisivo che include gli artt. 8, 9 e 10.

In merito alle ulteriori garanzie culturali introdotte in questo protocollo è bene menzionare sin da subito l'art. 3. In questa disposizione è prevista l'introduzione, sei mesi dopo l'entrata in vigore dell'Accordo, di un Comitato per la cooperazione culturale, composto da funzionari di entrambe le parti con una notevole esperienza in materia culturale. Il ruolo del Comitato è quello di implementare l'applicazione del protocollo e di gestire eventuali dispute in materia secondo quanto stabilito dagli artt. 3 e 3 *bis*.

Ad occuparsi della corretta applicazione di tale strumento sono anche quelli che, nel già citato art. 3, sono definiti gruppi consultivi. È stabilito che ciascuna parte possa prevedere uno o più gruppi di questo tipo composti, ancora una volta, da esperti del settore. Il Comitato per la cooperazione culturale può interpellarli ogni qualvolta lo ritenga opportuno per raggiungere una soluzione vantaggiosa per entrambe le parti.

È così stabilito all'art. 3 *bis* che, qualora dovessero sorgere questioni in tema culturale, il primo strumento a cui fare riferimento è la consultazione del Comitato per la cooperazione culturale.

Il testo del Trattato prevede la disciplina della consultazione all'art. 14.3; tale mezzo di risoluzione delle controversie³⁹ rientra tra quelli definiti di soluzione pacifica delle controversie, così come indicato nell'art. 33 della Carta ONU: si tratta di una disciplina che, ad oggi, fa parte del diritto consuetudinario. Nello specifico le consultazioni previste devono essere avviate tramite una richiesta scritta, con la specifica indicazione di quanto contestato e delle disposizioni dell'Accordo applicabili⁴⁰; lo svolgimento si ha entro trenta giorni da tale richiesta e ha una durata totale di trenta giorni se non si decide di proseguire.

Nel caso non si riesca a giungere ad una soluzione soddisfacente si devono applicare le disposizioni del Capo 14 dell'Accordo generale (Risoluzione delle controversie), con le modifiche inserite nell'art. 3 *bis* del protocollo; infatti, quest'ultimo individua alcune peculiarità indispensabili

³⁹ I mezzi di risoluzione pacifici indicati dall'art. 33 della Carta ONU sono i negoziati, l'inchiesta, la mediazione, la conciliazione, l'arbitrato, il regolamento giudiziale, il ricorso ad organizzazioni o accordi regionali o, ancora, altri mezzi pacifici a scelta delle parti. Non si tratta di un elenco tassativo bensì di un elenco aperto.

⁴⁰ Tale procedura è indicata al comma 2 e seguenti dell'art. 14.3.

data la natura dei beni e servizi culturali. È quindi previsto che sia istituito un collegio arbitrale⁴¹ di 15 persone, con esperienza nel campo culturale, con il compito di risolvere eventuali controversie; per tale motivo ciascuna parte deve indicare cinque persone alle quali se ne aggiungeranno ulteriori cinque: in questo secondo caso non dovranno essere cittadini né dell'UE né della Repubblica di Corea.

Anche la procedura arbitrale, prevista in ipotesi di mancato successo delle consultazioni, rientra tra i mezzi di risoluzione alternativa delle controversie. Si tratta di modalità che consentono una soluzione per l'appunto differente da quella prettamente giudiziale. I motivi che risiedono alla base di tale decisione possono essere svariati; solitamente però, quando si redige un Accordo internazionale, è divenuta prassi prevedere tali metodi di risoluzione per garantire la miglior riuscita della composizione della lite. Con questi strumenti, infatti, essendo previsti in maniera puntuale in base alle specifiche necessità, si riesce ad avere una maggiore accuratezza e riservatezza. Ne è una dimostrazione il fatto che, in questo specifico Accordo, siano stati previsti più collegi arbitrali in base alle questioni che potrebbero sorgere permettendo quindi la gestione della controversia da parte di arbitri che, senza dubbio, sono esperti del settore nel quale sono chiamati a pronunciarsi.

A sottolineare, ancora una volta, come il campo culturale e quello commerciale siano autonomi è espressamente stabilito (art. 3 *bis*, lett. *d.*, del protocollo) che la parte attrice, quando la controversia riguarda materie del protocollo culturale, possa sospendere solo gli obblighi che derivano da esso mentre (art. 3 *bis*, lett. *e.*) per le controversie non relative alle materie del protocollo non si possano sospendere gli obblighi derivanti da quest'ultimo.

Il successivo articolo si rifà in larga parte a quanto previsto a sua volta nel primo protocollo culturale per la mobilità degli esperti del settore. Infatti, anche in questo caso, è previsto uno sforzo per facilitare l'ingresso e il soggiorno degli operatori culturali che non possono beneficiare di quanto indicato nel Capo relativo al commercio di servizi, stabilimento e commercio elettronico dell'Accordo. Si tratta della disciplina con cui si prevede la presenza temporanea di persone fisiche per motivi professionali individuata alla sezione D negli artt. 7.17-7.20. In questi articoli sono specifi-

⁴¹ Per approfondire l'argomento si vedano *ex multis* J. MERRILLS - E. DE BRABANDERE, *Merrills' International Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2022; Y. TANAKA, *The Peaceful Settlement of International Disputes*, Cambridge University Press, 2018; C. J. MENKEL-MEADOW, *Alternative Dispute Resolution*, in *Max Planck Encyclopedias of International Law*, Oxford Public International Law, 2018; A. PELLET, *Peaceful Settlement of International Disputes*, in *Max Planck Encyclopedias of International Law*, Oxford Public International Law, 2013.

cati i vari requisiti necessari per poter temporaneamente soggiornare all'interno dei Paesi firmatari dell'Accordo ma, considerato che alcune categorie professionali del settore culturale non rientrerebbero in tale ambito, è stata introdotta una specifica disciplina nel protocollo. È l'art. 4 del protocollo che indica al par. 1, lett. *a.* e *b.*, quali operatori culturali sono esclusi dalla disciplina generale dell'Accordo ma rientrano in quella del protocollo. Si tratta di «artisti, attori, tecnici e altri operatori della cultura originari dell'altra parte che partecipano alle riprese di opere cinematografiche o di programmi televisivi» (lett. *a.*) e di artisti e altri operatori della cultura, quali artisti visivi, plastici e dello spettacolo, nonché istruttori, compositori, autori, fornitori di servizi di intrattenimento e altri operatori analoghi originari dell'altra parte che partecipano ad attività culturali come registrazioni musicali, o contribuiscono attivamente a manifestazioni culturali quali fiere letterarie, festival e altro, a condizione che rispettino alcuni ulteriori requisiti indicati sempre nella lett. *b.*

È poi stata introdotta nella sezione B «disposizioni settoriali», sottosezione A, intitolata «Disposizioni relative alle opere audiovisive», la disciplina per le coproduzioni audiovisive.

La disposizione di apertura, l'art. 5, è ben dettagliata anche per via dell'enorme concorrenza che l'audiovisivo coreano è in grado di svolgere nella scena internazionale. Per via della diversa forza che la Corea ha nel settore e che, come già affermato, i Paesi caraibici non avevano, l'accesso preferenziale ai mercati è stabilito in via reciproca tra le parti ed è inclusa una nota nella quale si afferma che solo ed esclusivamente per la Corea è prevista una particolare procedura di riconoscimento per le coproduzioni⁴².

Il par. 7 dell'art. 5 indica che le coproduzioni possono beneficiare dei rispettivi regimi per la promozione dei contenuti culturali locali e regionali per tre anni, rinnovabili. Tali coproduzioni, secondo il par. 4 dell'art. 5, sono ammesse a fruire dei regimi previsti dall'UE per la promozione dei contenuti culturali locali e regionali qualora rispettino una serie di requisiti indicati nel dettaglio; mentre possono usufruire dei regimi coreani per la promozione dei contenuti culturali locali e regionali qualora ricadano nella casistica indicata al par. 5.

⁴² Art. 5, par. 1, nota 1: «Nel caso della Corea, esiste una procedura di riconoscimento per le coproduzioni, di cui è responsabile per i programmi radiotelevisivi la commissione coreana delle comunicazioni e per i film il consiglio coreano della cinematografia. Questa procedura di riconoscimento è limitata a una verifica tecnica destinata a garantire che la coproduzione risponda ai criteri di cui al paragrafo 6. Il riconoscimento è concesso a ogni coproduzione rispondente a tali criteri».

La volontà di sospendere tali benefici deve essere notificata concedendo un preavviso di almeno due mesi e dopo un previo tentativo di risoluzione del problema insorto dinanzi al Comitato di cooperazione.

Le varie norme sulla coproduzione sono state a lungo criticate in questo protocollo. Una prima problematica riguarda il fatto che l'art. 16 della Convenzione UNESCO prevede un trattamento preferenziale solo per i Paesi in via di sviluppo tra i quali, chiaramente, non si può includere la Corea⁴³. Questa Convenzione si rivolge a tutti i Paesi, non solo a quelli in via di sviluppo, ma lo fa prevedendo una disciplina in parte diversa; il suo scopo è infatti quello di implementare lo sviluppo, meglio ancora se sostenibile, degli Stati. Viene da sé che, essendo differente la base di partenza di ciascun Paese, aver previsto un'ulteriore specificità per chi si trova in una condizione meno agevole sia un incentivo ulteriore per la sua diffusione. Anche per questo motivo l'art. 16 della Convenzione UNESCO del 2005, nel prevedere la possibilità di trattamento preferenziale per i Paesi in via di sviluppo, mira a ridurre le distanze che questi possono avere con gli Stati più sviluppati.

Inoltre, sarebbe stata sufficiente una buona analisi del mercato per verificare come il settore audiovisivo sia uno di quelli in cui la forza della Corea è evidente⁴⁴.

Anche per un non addetto ai lavori, al giorno d'oggi, risulta facile pensare ad un prodotto audiovisivo coreano famoso a livello internazionale, complici anche le piattaforme di diffusione di cui possiamo fruire attualmente e che, negli ultimi anni, hanno contribuito alla spinta internazionale; basti pensare, a titolo esemplificativo, alla sezione di serie tv coreane prevista su Netflix⁴⁵. Ulteriore esempio eclatante della qualità di questo settore in Corea è il film *Parasite*⁴⁶, pellicola che ha avuto importanti riconoscimenti sulla scena internazionale vincendo sia la Palma d'oro al 72° festival di Cannes sia tre Oscar in aggiunta ad altri premi tra i quali

⁴³ Si tratta di perplessità indicate a chiare lettere nella già citata lettera inviata al Presidente della Commissione Barroso durante i negoziati.

⁴⁴ Per approfondire gli studi sul settore culturale in Corea si faccia riferimento a S. ZHAO, *Promoting and Protecting Cultural and Creative Industries through Free Trade Agreements: The Experience from Korea and Japan*, in *Chinese (Taiwan) Yearbook of International Law and Affairs*, Volume 39, 2021, Leiden, Brill, pp. 360-389.

⁴⁵ Si è diffuso il termine K-Drama per indicare le serie tv prodotte in Corea a dimostrazione di come il settore sia in grado di sviluppare prodotti con un elevato impatto sul pubblico. Di recente, tramite la famosa piattaforma Netflix sono state oggetto di interesse diffuso serie tv come *Squid Games* e *The 8 Show* che hanno mantenuto per diverse settimane una posizione molto alta nella classifica dei prodotti apprezzati in Italia sulla piattaforma di riferimento.

⁴⁶ *Parasite* è un film prodotto in Corea del Sud dal regista Bong Joon-ho ed è il primo film, in particolare un lungometraggio, non in lingua inglese a vincere l'Oscar per il miglior film.

un David di Donatello e un *Golden Globe*. Ciò dimostra come la forza della Repubblica di Corea in questo campo sia veramente, come si diceva, sotto gli occhi di tutti.

Gli ultimi articoli di questa sottosezione prevedono ulteriori forme di cooperazione come l'organizzazione di festival, seminari e iniziative di vario genere in grado di dare maggiore diffusione ai prodotti audiovisivi (art. 6). Si tratta di norme volte a stabilire una cooperazione di più ampio respiro e che non presentano particolari criticità o aspetti innovativi rispetto al precedente protocollo.

È poi statuito che le parti possano servirsi delle reciproche attrezzature per la realizzazione delle loro opere (art. 7) e ciò testimonia, ancora una volta, come in questo settore il Paese asiatico sia percepito in maniera significativa, essendo in grado di fornire strumenti tecnici utili alle produzioni europee.

In linea generale l'importante attenzione data a questa sottosezione del protocollo rivela come si sia voluto, da entrambe le parti, insistere sulla disciplina del settore audiovisivo. Nel fare ciò è sicuramente venuto in rilievo l'aspetto economico che è indiscutibilmente connesso a opere di questo calibro per cui, soprattutto in quest'occasione, non è pensabile utilizzare un approccio che preveda una netta separazione tra cultura e commercio essendo entrambi due facce della stessa medaglia.

L'ultima sottosezione si occupa, in maniera generica e senza grandi differenze dal protocollo con il CARIFORUM, della promozione di settori culturali diversi da quello audiovisivo e in particolare delle arti dello spettacolo all'art. 8, delle pubblicazioni all'art. 9 e della tutela dei siti e monumenti parte del patrimonio culturale all'art. 10.

Quest'importante Accordo è stato applicato, anche se in via provvisoria, dal luglio 2011. Si è reso necessario, chiaramente da entrambe le parti, intervenire per dare piena attuazione a quanto previsto al suo interno; di conseguenza tra le prime iniziative portate avanti all'interno dell'UE e della Repubblica della Corea del Sud vi è stata la necessità di individuare gli esperti che potessero comporre i vari comitati tra cui, quello oggetto di quest'analisi, il comitato per la cooperazione culturale.

Il gruppo consultivo nazionale dell'UE, i cui membri sono rappresentanti del settore culturale, si è riunito nel settembre 2013 per una prima valutazione dell'attuazione del diritto per la promozione della diversità culturale e la cooperazione in ambito di coproduzioni. È stato rilevato che al momento dell'analisi non vi fossero opere coprodotte ma è comunque stata sottolineata l'importanza di tale strumento che rimane centrale per il settore culturale confermando la volontà di prorogare questo diritto secondo il protocollo.

Poco prima, per la precisione nel novembre 2012, è stato condotto e pubblicato lo studio dal titolo *EU-South Korea: Current Trends of Cultural Exchange and Future Perspectives*⁴⁷; si tratta di un'analisi svolta a seguito di una richiesta della Direzione generale per l'Istruzione e la cultura della Commissione europea (DG EAC) in vista di una riunione del Comitato per la cooperazione culturale istituito con l'Accordo di libero scambio. Ciò che emerge dal *report* è che la Repubblica coreana nel corso degli anni, superata la crisi di fine anni Novanta, è riuscita a posizionare le proprie industrie culturali e creative nel mercato asiatico. Partendo da qui è stata poi in grado di creare preziose collaborazioni internazionali sia a livello bilaterale sia a livello multilaterale; ed è proprio a quest'ultima categoria che appartiene l'Accordo con l'UE.

Altra importante considerazione svolta, all'interno del *report* appena citato, è la necessità di provare ad istituire piattaforme, fruibili anche a lungo termine, che potrebbero essere usate per risolvere alcuni problemi legati ad aspetti pratici della cooperazione.

Infatti, dagli studi condotti dalle autrici del documento emerge come spesso la mancata collaborazione tra le parti derivi dall'assenza di conoscenza delle potenziali attività da svolgere e dal fatto che per chi risiede nella Corea del Sud è difficile avere una totale conoscenza del sistema previsto dall'UE. La conseguenza è quella di non intraprendere determinate attività perché si è erroneamente convinti di non poterlo fare.

Tale situazione poi va di pari passo con un elevato sviluppo di iniziative bilaterali che continuano ancora oggi ad essere elementi importanti della relazione con la Repubblica coreana. Si pensi ad esempio a relazioni quali quelle con il Regno Unito, la Francia, la Germania e l'Italia che beneficiano della presenza di istituti culturali a Seoul⁴⁸. La presenza così marcata di Paesi europei i cui interessi culturali sono da sempre molto forti potrebbe essere considerato un deterrente per lo sviluppo di una cooperazione più generale a livello europeo ma, chiaramente, essendo gli Stati membri competenti per il settore culturale l'UE non può imporre loro di modificare le relazioni con la Corea.

Inoltre, vista la generale politica, non sembra realistico che, anche qualora ne avesse la facoltà, l'UE decida di inserirsi in rapporti bilaterali

⁴⁷ Per una panoramica completa si veda nel dettaglio il documento prodotto come risultato dello studio *EU-South Korea: Current Trends of Cultural Exchange and Future Perspectives*, by Marie Le Sourd, Elena Di Federico and Sung-Won Yoon, EENC Report, Novembre 2012 (parzialmente aggiornato nel settembre 2013).

⁴⁸ Gli istituti che sono presenti nella capitale sono rispettivamente il *British Council*, l'*Institut Français*, il *Goethe Institut* e l'Istituto Italiano di Cultura.

con il solo scopo di minare le relazioni così arduamente instaurate e dalle quali, anche se in via indiretta, anch'essa trae benefici.

Nell'ultimo documento elaborato dalla Commissione e risalente al 2019⁴⁹ sono state spese ben poche parole in merito al settore culturale. È stato giustamente evidenziato che tra le parti è stato introdotto un protocollo di cooperazione culturale, ma manca una vera e propria valutazione del suo impatto. Infatti, vi è un brevissimo cenno al fatto che anche il settore audiovisivo è in linea con la crescita degli scambi di altri sottosettori ma non si va oltre a ciò. All'interno del *report* finale⁵⁰ è indicato che il Comitato per la cooperazione culturale si è riunito su base annuale ma, se si visita il sito ufficiale nel quale la Commissione carica i documenti inerenti anche ai vari accordi, si può notare come nella cartella predisposta per caricare quelli dei Comitati e sottocomitati manchi la sottocartella del Comitato culturale. Ancora una volta non è facilmente accessibile l'operato delle parti in materia culturale e ciò sta a dimostrare quanto potrebbe essere fatto per una gestione più trasparente della politica culturale.

Per avere maggiori informazioni si può navigare nel sito generale della Commissione dove, nella sezione *news*, vengono riportati alcuni aggiornamenti. Avviando una ricerca, dopo aver inserito come parola chiave «Corea», emerge che la cooperazione culturale tra UE e Corea senza dubbio prosegue, ma l'ultima *news* caricata risale al 2019 ed è di ben poche righe in cui si fa un generico riferimento a discussioni su temi come arti performative, coproduzioni audiovisive e cooperazione tra città. Sembra dunque che si confermi la necessità di implementare la pubblicità delle iniziative culturali e l'accessibilità delle stesse.

3.2 *La proposta francese per i futuri negoziati*

Andando oltre l'analisi specifica del testo di questo protocollo è bene sottolineare come durante la sua negoziazione, nel 2009, il Ministro francese degli affari esteri ed europei ha istituito un gruppo di lavoro per elaborare in un documento le linee guida per le future negoziazioni di proto-

⁴⁹ Si faccia riferimento al Commission Staff Working Document Evaluation of the Implementation of the Free Trade Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and the Republic of Korea, of the other part, del 7 marzo 2019; reperibile all'indirizzo internet https://circabc.europa.eu/ui/group/09242a36-a438-40fd-a7af-fe32e36cbd0e/library/389462cc-3788-40f5-82d2-61b10054d1d4?p=1&n=10&sort=modified_DESC.

⁵⁰ Per leggere il *report* completo si veda Evaluation of the Implementation of the Free Trade Agreement between the EU and its Member States and the Republic of Korea Final Report; reperibile al sito https://circabc.europa.eu/ui/group/09242a36-a438-40fd-a7af-fe32e36cbd0e/library/389462cc-3788-40f5-82d2-61b10054d1d4?p=1&n=10&sort=modified_DESC.

colli culturali⁵¹. Questo gruppo di lavoro ha redatto un testo finale indirizzato alla Commissione europea e al Parlamento europeo nel dicembre dello stesso anno.

Avendo come scopo quello di conciliare le politiche francesi con gli scambi internazionali la proposta si prefigge di creare una vera e propria strategia in tema di cooperazione culturale adattata in base ai vari Paesi coinvolti e basata sulla necessità di migliorare l'autonomia del settore culturale rispetto a quello economico. Nel documento stesso è indicata l'intenzione di implementare una politica culturale europea che sia coerente e ambiziosa e, a tal fine, devono essere tenuti in considerazione alcuni temi.

Facendo riferimento alla necessità di sviluppare aspetti comuni di questa politica il gruppo di lavoro ha evidenziato come vi siano principi universali e quindi inviolabili; si tratta, *in primis*, del fatto che la sottoscrizione di accordi o protocolli culturali deve essere necessariamente subordinata alla previa ratifica e alla successiva adozione della Convenzione UNESCO che rimane lo strumento centrale per la politica culturale dell'UE.

Ancora, le politiche culturali dei Paesi con cui si vorrebbe concludere un accordo dovrebbero essere analizzate prima di avviare i negoziati così da avere un quadro più completo dei bisogni e delle necessità di questi Stati su cui l'UE può effettivamente intervenire; in questo caso è lampante che la decisione sia legata alla mancata analisi precedente ai negoziati dell'Accordo con la Corea.

Per quanto riguarda la necessità di differenziare alcune caratteristiche della cooperazione culturale il gruppo di esperti propone di adattare i protocolli allo Stato con cui si sta negoziando così da realizzare una cooperazione più puntuale in base alle esigenze che ogni controparte può manifestare. Si tratta di un approccio utile sia all'UE, in quanto le permette di valutare quale sia la situazione di partenza della controparte, sia al Paese terzo che può in questo modo cercare di ottenere misure quanto più in linea con le proprie necessità.

La strategia all'interno di questo documento è molto pragmatica e prevede, tra le altre cose, che la separazione tra il settore culturale e quello economico si manifesti in più fasi tra le quali sono emblematiche quella dei negoziati, dove si propone che per i protocolli culturali i negoziatori siano esperti in materia culturale, e quella di risoluzione delle controversie

⁵¹ Per maggiori dettagli si veda FRANCE, *For a New European Union External Cultural Strategy - Communication by France*, reperibile all'indirizzo internet https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/2009-12-21_Communication_France_Strategie_culturelle_exterieure_ENG.pdf. Consultato in novembre 2023. Cfr. anche L. RICHIERI HANANIA, *For a New European Union External Cultural Strategy - A French Proposal on How to Deal with Cultural Cooperation in International Trade Agreements*, in *Mapping Cultural Diversity - Good Practices from around the Globe*, 2010, pp. 26-28.

in cui si suggerisce di creare un meccanismo per la loro risoluzione che si basi solo su quanto previsto nei protocolli e non abbia alcun collegamento con gli eventuali strumenti di risoluzione contemplati, in linea più generale, negli accordi economici.

Un tema sul quale il gruppo di esperti ha poi insistito molto riguarda la reintroduzione del settore audiovisivo nei negoziati commerciali cosa che, di fatto, si è verificata sia nel protocollo con i Paesi del CARIFORUM sia in quello con la Repubblica di Corea e che è stata criticata dagli esperti del settore europeo. Secondo i tecnici si dovrebbe evitare che ciò accada così da non concedere ai negoziatori della parte economica dell'Accordo di poter disciplinare il settore audiovisivo il quale, seppur con una forte indole economica, rimane un settore culturale.

È stato sottolineato inoltre, sempre da parte di questi esperti francesi, come concedere un trattamento preferenziale in maniera quasi indiscriminata agli Stati terzi rischia di esporre a pericoli la diversità culturale e la circolazione dei prodotti europei all'interno dell'Unione stessa creando, di fatto, una situazione molto critica per l'UE. Di conseguenza sarebbe opportuno valutare in quali occasioni prevedere all'interno dei protocolli questa tipologia di trattamento.

Per riuscire a prevenire più rischi possibili sono stati individuati veri e propri criteri guida da applicare durante la fase dei negoziati. Anzitutto si auspica, come già sottolineato in precedenza, di riuscire ad avere un'esclusione dei servizi audiovisivi dagli obblighi di liberalizzazione che si assumono negli accordi commerciali; inoltre, il collegamento con l'eccezione per i servizi audiovisivi stabilito nella parte commerciale dell'Accordo con la Corea nel Capo 7 relativo al «Commercio di servizi, stabilimento e commercio elettronico» è sembrato problematico, poiché è stato redatto come una limitazione di tale eccezione: l'art. 1.2 del protocollo prevede che «tale esclusione non pregiudica diritti e obblighi che sorgono tramite il protocollo, e ciò potrebbe trarre in inganno i *partner* commerciali»; facendo credere loro che si abbia comunque una qualche forma di liberalizzazione dell'audiovisivo. Per questo motivo è essenziale creare un netto distacco tra le disposizioni culturali e quelle commerciali.

Il gruppo di esperti ritiene poi di dover nuovamente concentrare l'attenzione sulla Convenzione UNESCO ponendola al centro dei negoziati; è essenziale avere la certezza che gli Stati interessati a concludere accordi con l'UE che includano anche il settore culturale abbiano, ancor prima di finalizzare questi accordi, aderito alla Convenzione appena citata. L'adesione formale a questo importantissimo strumento internazionale deve essere seguita da misure che di fatto siano in grado di implementarne l'applicazione.

Ancora, come più volte richiamato anche nel testo della proposta, si ritiene necessario svolgere un'accurata analisi delle politiche culturali e delle relazioni di cooperazione degli Stati con cui si dovrà negoziare. Questo, chiaramente, per riuscire a delineare un quadro più definito delle misure già in essere e di quelle invece mancanti o carenti e intervenire di conseguenza. È quest'ultimo l'aspetto che più di tutti insiste sulla necessità di differenziare il quadro che si verrebbe a delineare di volta in volta, necessità che deriva dalle peculiarità che ciascun Paese ha nella propria politica culturale. Un primo potenziale elemento di differenziazione è fornito dalla stessa Convenzione UNESCO; essa, infatti, all'art. 16 prevede che si possa istituire un trattamento preferenziale per i Paesi in via di sviluppo, distinguendoli così dai Paesi già ampiamente sviluppati.

Naturalmente, per rimarcare la necessità di separare il settore culturale da quello economico, la proposta prevede la formazione di un Comitato indipendente da quello previsto nell'Accordo generale con il compito di occuparsi specificatamente del monitoraggio della cooperazione culturale e della risoluzione delle eventuali controversie in materia.

La risoluzione di eventuali dispute, che non sono in via preventiva risolte in maniera soddisfacente per entrambe le parti con mezzi consultivi, secondo quanto previsto nella proposta in analisi dovrebbe essere affidata ad una procedura di arbitrato imparziale e che sia, come già detto, specifica per il settore culturale. Nel caso del protocollo con la Corea, in effetti, l'art. 3 prevede un primo tentativo di risoluzione tramite procedura di consultazione e solo qualora questo fallisca indica la possibilità di rivolgersi ad un collegio di arbitri.

Quanto proposto dagli esperti francesi deve, senza dubbio, essere inserito all'interno della politica culturale europea in generale, non potendosi considerare questi protocolli come strumenti separati da tale *policy*. Proprio per tale motivo nella sua proposta la Francia tenta di fornire un quadro più generale per riuscire a mantenere coerenti le azioni europee ed evitare eventuali ripercussioni nel panorama internazionale.

Allo stesso tempo, ad un'attenta lettura sia della proposta degli esperti francesi sia della lettera inviata al Presidente Barroso nel marzo 2009, emerge come le principali perplessità e le conseguenti risoluzioni proposte ricalchino la stessa linea; la cosa non stupisce perché in entrambi i casi, infatti, la Francia riveste un ruolo centrale.

4. Il protocollo con l'America Centrale

Il protocollo culturale tra UE e America Centrale⁵² è stato stipulato nel 2012 ed è l'esempio più recente di quelli analizzati in questo lavoro.

Le relazioni tra UE e Paesi dell'America Latina⁵³ risalgono agli anni Sessanta anche se sono state messe a dura prova durante la Guerra Fredda. Una ripresa di questi rapporti si è avuta negli anni Ottanta, soprattutto nel 1986, quando Spagna e Portogallo sono entrati a far parte della Comunità economica europea; a ciò si aggiunge che, grazie a Paesi come Austria, Finlandia e Svezia che non hanno storicamente rapporti con gli Stati Caraibici, l'Unione ha successivamente spostato la propria attenzione su altre aree⁵⁴. Bisogna però sottolineare che il principale motivo per cui si è deciso di incrementare i rapporti con le zone dell'America Latina, in generale, risiede nella volontà di contrastare gli USA. Infatti, moltissimi Paesi di quelle zone risentivano della dipendenza dagli Stati Uniti. Per fare ciò, a partire dal 2007 si è data priorità al processo di integrazione dell'America Latina.

È all'interno di questo panorama che si inserisce l'Accordo d'associazione con l'America Centrale; le trattative sono state avviate a seguito del vertice Unione europea-America Latina e Caraibi del 2006 durante il quale l'UE e diverse repubbliche dell'America Centrale⁵⁵ hanno deciso di iniziare i negoziati per un Accordo di associazione. Dopo tre anni di trattative l'Accordo è stato siglato nel marzo 2011. Si tratta di uno strumento che ha lo scopo di sviluppare un partenariato politico privilegiato sulla base di valori e obiettivi condivisi da entrambe le parti.

4.1 Struttura e contenuto del protocollo con l'America Centrale

La struttura di questo protocollo prevede all'art. 1 gli scopi e le definizioni da tenere in considerazione, e viene richiamata, ancora una volta, la Convenzione UNESCO del 2005. Si prosegue poi con la sezione A che con-

⁵² Per approfondire la questione si vedano F. FIORENTINI, *Cultural Heritage in the EU Trade Agreements*, cit. supra, nota 6; J. LOISEN, *Relations through Protocols on Cultural Cooperation: Fostering or Faltering Cultural Diversity?*, cit. supra, nota 6; E. PSYCHOGIOPOULOU, *The External Dimension of EU Cultural Action and Free Trade*, cit. supra, nota 6; C. SOUYRI-DESROSIER, *EU protocols on cultural cooperation*, cit. supra, nota 6; A. VLASSIS, *L'Union européenne, acteur international de la diversité Culturelle?*, cit. supra, nota 29.

⁵³ L'America Latina comprende Sudamerica, Centroamerica e Cuba (incluso con uno statuto speciale).

⁵⁴ Cfr. G. VASSALLI - J. A. TABORDA - T. GUARNIZO USECHE, *La cooperazione tra Unione europea e America Latina 2007-2013*, cit. supra, nota 8.

⁵⁵ Gli Stati dell'America Centrale parte di questo Accordo sono Panama, Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Honduras e Nicaragua.

tiene le disposizioni orizzontali, nello specifico gli articoli da 2 a 4, e con la sezione B sulle disposizioni settoriali previste agli articoli da 5 a 8. Si conclude poi con la sezione C in cui l'art. 9 individua le disposizioni finali.

Una prima precisazione è inserita in nota e stabilisce che le disposizioni del protocollo siano escluse dal titolo X dell'Accordo che si occupa della risoluzione delle controversie. Pertanto, rispetto agli strumenti analizzati per i Paesi CARIFORUM e per la Repubblica della Corea del Sud, in questo caso vi è una lacuna all'interno della disciplina prevista dal protocollo poiché non è indicato come si possano risolvere eventuali dispute.

A ben vedere però, all'interno del preambolo è previsto un sottocomitato⁵⁶ per la cooperazione, formato da esperti, che si occuperà dell'applicazione del protocollo. Il fatto che sia esplicitamente menzionato solo il compito legato all'applicazione conferma la mancata volontà di dare a tale organo la possibilità di risolvere controversie. Viene da chiedersi se tale soluzione sia davvero quella più adatta oppure se, come nei casi precedenti, non fosse stato meglio permettere a esperti del settore culturale di valutare le eventuali controversie che potrebbero sorgere; sicuramente il fatto di aver previsto un sottocomitato e non aver pensato di consentirgli di svolgere anche un simile compito non ha un impatto positivo sulla politica europea; ciò denota una certa mancanza di continuità nonostante tra tutti e tre i protocolli analizzati non vi siano molti anni di distanza.

Le disposizioni orizzontali sono volte, in generale, a migliorare lo sviluppo delle politiche culturali; l'art. 2, dedicato agli scambi culturali e al dialogo, prevede la possibilità di ricorrere anche al trattamento preferenziale se necessario. È poi sottolineato che, quanto serve all'implementazione della cooperazione tra le parti, si svolga in base ai meccanismi previsti nel testo generale dell'Accordo; si tratta del sottocomitato per la cooperazione a cui si accennava in precedenza.

Questa sezione include anche le previsioni che riguardano l'entrata e la permanenza temporanea degli esperti del settore per i quali si prevede che le parti debbano facilitare la mobilità nel rispetto della propria normativa interna. Anche in questo caso sono individuati i professionisti ai quali la disposizione si rivolge così da avere una disciplina sufficientemente dettagliata ma, a differenza di quanto previsto nei precedenti protocolli, non viene indicata in maniera puntuale la durata della mobilità.

⁵⁶ Il presente sottocomitato è previsto all'art. 8, par. 7, del titolo II (Quadro istituzionale) della parte I dell'Accordo, che così recita: «È istituito un sottocomitato per la cooperazione, che assiste il comitato di associazione nell'esercizio delle sue funzioni relative alla parte III del presente accordo. Il sottocomitato per la cooperazione svolge anche i seguenti compiti: a) si occupa, su incarico del comitato di associazione, di qualsiasi questione relativa alla cooperazione; b) segue l'attuazione generale della parte III del presente accordo; c) discute temi di cooperazione che possono influire sul funzionamento della parte III del presente accordo».

Da ultimo l'art. 4 ripropone lo schema di assistenza tecnica, inserito anche nel protocollo con i Paesi del CARIFORUM, in base al quale l'UE si impegna a garantire un sostegno agli Stati il cui sviluppo delle politiche culturali risulta più arretrato se paragonato a quello europeo; proprio per tale motivo non ritroviamo un simile articolo nel testo del protocollo con la Corea che, al contrario, su queste tematiche è un attore molto forte.

La sezione successiva prevede le disposizioni settoriali e, anche in questo caso, il ruolo dell'audiovisivo è ben evidenziato con la previsione dell'art. 5. L'articolo si apre con l'impegno, nel par. 1, per tutte le parti, a incoraggiare la negoziazione di nuovi accordi di coproduzione e a implementare quelli già esistenti; anche qui si tratta di una previsione già introdotta nei precedenti protocolli e senza elementi di novità. Nel paragrafo seguente si fa riferimento alla facilitazione dell'accesso delle coproduzioni nei rispettivi mercati; tuttavia, non vi è la specificazione di quali criteri rispettare perché una coproduzione possa definirsi tale.

L'articolo si chiude con quanto previsto dal par. 3 in cui si dichiara che le parti devono incoraggiare in maniera appropriata i rispettivi territori come località in cui ambientare film e serie tv e dal par. 4 che riprende lo schema, già visto, della possibile temporanea importazione di materiale tecnico utile per la creazione di film e serie tv da parte dei professionisti.

Volendo fare un raffronto con il protocollo siglato nell'Accordo con la Corea emerge chiaramente che in quel caso l'attenzione al settore audiovisivo fosse molto elevata. Ne è una dimostrazione il fatto che al settore audiovisivo sia stata dedicata un'intera sottosezione comprendente ben tre articoli e che i testi di questi articoli siano stati redatti in maniera puntuale e approfondita. Nel protocollo con l'America Centrale, invece, è presente un solo articolo, composto da quattro paragrafi e, anche leggendo il testo, non emerge un approfondimento tale da reggere il paragone con la disciplina prevista nel caso della Corea.

Questa situazione però può essere utilizzata anche per confermare che, da parte dell'UE, non è stato semplicemente stato trasposto il testo del primo protocollo culturale, ma che è stata effettuata una negoziazione vera e propria sulla scia di quanto già ampiamente indicato e riportato nei paragrafi precedenti anche da parte delle associazioni di categoria e degli Stati membri durante i negoziati degli accordi antecedenti.

I successivi artt. 6, 7 e 8 sono stati ripresi da quanto previsto nei protocolli pregressi. Il primo si occupa della cooperazione per le arti dello spettacolo e definisce la volontà generale delle parti di cooperare, chiaramente sempre nel rispetto delle legislazioni interne, favorendo anche una maggiore assiduità di contatti tra gli operatori dello spettacolo. Ancora, al par. 2 si promuovono le produzioni comuni nel settore delle arti dello spet-

tacolo tra produttori di entrambe le parti e, da ultimo, l'UE e l'America Centrale incoraggiano la definizione di norme internazionali nel campo delle tecnologie teatrali. Come si può notare si tratta di paragrafi improntati a una disciplina generale, che permettono di avere una base da cui avviare i rapporti ma allo stesso tempo manca un adeguato approfondimento.

All'art. 7 è stata inserita la normativa in tema di pubblicazione. Anche in questo caso il testo dell'articolo è molto breve, si tratta di un unico paragrafo dove si evidenzia l'intenzione di cooperare nel settore di riferimento. È però specificato che ciò possa avvenire agevolando gli scambi di pubblicazioni e la diffusione delle pubblicazioni dell'altra parte.

Da ultimo l'art. 8 individua la volontà di collaborare per la tutela di siti e monumenti storici sulla base degli sforzi profusi dall'UNESCO. Come nel caso degli ultimi due articoli analizzati, anche questo non presenta notevoli elementi innovativi, anzi, è ancora una volta elaborato sulla base degli strumenti precedenti dimostrando di non aver colto la necessità di rendere peculiare ai numerosi Stati coinvolti questa disciplina.

In chiusura vi è la sezione C nella quale sono previste le disposizioni finali, all'art. 9, con la disciplina per l'entrata in vigore del protocollo. In particolare, il par. 1 individua l'entrata in vigore del protocollo nel primo giorno del mese successivo alla data in cui la Repubblica dell'America Centrale presenta gli strumenti di ratifica della Convenzione UNESCO. Il par. 2 invece specifica che, qualora tutte le Repubbliche dell'America Centrale presentino gli strumenti di ratifica della Convenzione UNESCO prima dello scambio di notifiche, previsto dall'Accordo, all'art. 353, par. 2 e 3, il protocollo culturale entra in vigore dal giorno in cui l'Accordo generale sarà in vigore.

Finalmente, il Consiglio dell'Unione europea, con la Decisione (Ue) n. 2024/1156⁵⁷ ha approvato l'Accordo. Prima di tale data questo strumento era applicato provvisoriamente grazie a quanto previsto nell'art. 353, par. 4, e quindi solo le disposizioni legate al commercio erano in vigore. Per quanto riguarda i temi trattati nel protocollo si dovranno attendere nuove valutazioni a seguito dell'applicazione totale e non più provvisoria dell'Accordo.

Infatti, finalmente si potranno attuare anche le disposizioni che si riferiscono agli altri due macro-temi di tale Trattato, ovvero il dialogo politico e la cooperazione, nel quale rientra chiaramente anche la cooperazione culturale.

⁵⁷ Decisione (Ue) n. 2024/1156 del Consiglio, del 12 aprile 2024, relativa alla conclusione dell'Accordo che istituisce un'associazione tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e l'America centrale, dall'altra, in *Gu-Ue* n. L del 17 aprile 2024. Il Parlamento europeo aveva approvato tale Accordo in data 11 dicembre 2012. Per i dettagli si veda, *supra*, la nota 4.

Ad oggi, infatti, non abbiamo nessuna valutazione d'impatto, tra quelle svolte nel periodo di applicazione provvisoria, che prenda in considerazione il protocollo di cooperazione culturale, non essendo quest'ultimo parte delle disposizioni provvisoriamente applicate dal 2013.

5. Conclusioni

Dai tre protocolli culturali ad oggi conclusi dall'UE è possibile evincere una serie di punti in comune ed alcuni *distinguo*.

Le caratteristiche comuni risiedono nell'utilizzo di un linguaggio sempre molto generico e nel fatto che tali protocolli sono strumenti pattizi di natura essenzialmente programmatica; aspetto quest'ultimo che ne limita, almeno in parte, le potenzialità. Naturalmente, la loro natura programmatica non equivale a renderle prive di *enforcement*. Infatti, come ben chiarito dal Gruppo di esperti nel *report* del caso UE-Corea, che si è occupato proprio di valutare una questione sollevata inerente all'art. 13.4.3 dell'Accordo di libero scambio tra l'UE e la Repubblica della Corea del Sud⁵⁸, anche gli obblighi programmatici hanno valore di *hard law* e non sono quindi assimilabili, come sosteneva in questo caso la Corea, a norme di *soft law*. Nello specifico, l'attenzione del Gruppo di esperti è stata diretta soprattutto verso la necessità di mettere in atto la maggior collaborazione possibile ed è sfociata in un *report* che sicuramente sarà tenuto ampiamente in considerazione per eventuali sviluppi futuri.

Ancora, tutti e tre gli strumenti condividono il costante riferimento alla Convenzione UNESCO del 2005 su cui, come ampiamente dimostrato, l'UE fa molto affidamento per gestire la propria politica culturale; in ciascuno dei protocolli è espressamente previsto un richiamo a questo strumento sia nel preambolo sia nell'articolo dedicato alle definizioni e agli scopi.

⁵⁸ Per approfondimenti si consiglia E. BARONCINI, *La strategia dell'Unione europea per il contenzioso internazionale sul libero scambio*, in questa *Rivista*, 2022, pp. 1-42. In questo lavoro l'Autrice si sofferma sul *report* del caso Korea – Labour Commitments. Si sono occupati dello stesso *report* anche M. BRONCKERS - G. GRUNI, *Retooling the Sustainability Standards in EU Free Trade Agreements*, in *Journal of International Economic Law*, 2021, pp. 25-51 e T. NOVITZ, *Sustainable Labour Conditionality in EU Free Trade Agreements? Implications of the EU-Korea Expert Panel Report*, in *EL Rev.*, 2022 pp. 3-23; D. VAN 'T WOUT, *The enforceability of the trade and sustainable development chapters of the European Union's free trade agreements*, in *Asia Europe journal*, vol. 20,2, 2022, pp. 81-98; A. M. H. NISSEN, *Not That Assertive: The EU's Take on Enforcement of Labour Obligations in Its Free Trade Agreement with South Korea*, in *European Journal Of International Law*, 33(2), 2022, pp. 607-630.

Altrettanto importanti sono i punti in comune presenti nella struttura di tali protocolli; vi sono infatti esempi di articoli che sono stati ripresi in maniera speculare dai protocolli precedenti. Si tratta di una pratica usata soprattutto nel protocollo con l'America Centrale, ultimo esempio di questo strumento.

Non si può poi evitare di notare come in nessuno dei protocolli vi sia un vero e proprio meccanismo in grado di garantirne la piena efficacia. Sicuramente nel protocollo con la Corea vi è un tentativo di andare in questa direzione ma, come evidenzia il termine stesso, si tratta di un mero sforzo. In questo caso è prevista la creazione di un Comitato che si occupi delle dispute in materia di cultura e dell'implementazione del protocollo stesso; invece, nel successivo Accordo con l'America Centrale, si torna nuovamente ad un sistema per cui anche questi aspetti culturali vengono gestiti da un punto di vista prevalentemente economico. Infatti, in quest'ultima occasione, è stato deciso che l'implementazione del protocollo avvenga secondo quanto stabilito all'interno dell'Accordo commerciale anche se si tratta di tematiche culturali e, in aggiunta, non c'è alcuna indicazione per quanto riguarda la risoluzione delle controversie. Volendo chiudere l'analisi dei meccanismi di implementazione, che nel caso dei protocolli qui analizzati si sostanziano nella previsione di comitati o sottocomitati formati da esperti in materia culturale, il dato inerente al primo modello di protocollo culturale, quello con i Paesi caraibici, è senza dubbio quello meno rassicurante: al suo interno, infatti, questa tematica non viene affrontata.

Nonostante i punti di contatto, restano altrettanto evidenti le diversità che caratterizzano i tre strumenti qui presentati, differenze che derivano sicuramente anche dagli Stati coinvolti; ne sono esempi il diverso livello di approfondimento per la tematica del settore audiovisivo così come la decisione di individuare o meno appositi gruppi di esperti ai quali affidare l'implementazione e, solo nel caso della Repubblica della Corea del Sud, anche la risoluzione di eventuali dispute.

Ci si chiede, tuttavia, se da parte dell'UE si sarebbe potuto fare di più per creare almeno uno *standard* minimo di requisiti da includere in ogni protocollo culturale, anche alla luce delle preziose indicazioni fornite dalla società civile e dagli Stati membri nel corso degli anni e di cui si è trattato nei paragrafi precedenti.

Il fatto poi che, nonostante siano passati diversi anni dall'introduzione di questi strumenti, negli ultimi accordi la stessa Unione abbia deciso di non inserire i protocolli fa ritenere che non siano stati raggiunti i risultati sperati e che data anche la difficoltà di ottenere una visione comune all'interno dei suoi Stati membri si sia deciso di non proseguire su questa linea.

Infine, non aver più previsto protocolli culturali all'interno dei successivi accordi preferenziali dell'UE non deve, a ben vedere, essere conside-

rato un sintomo di totale disinteresse da parte dell'Unione per la tematica culturale. Essa, infatti, rimane salda nel ritenere centrale la tutela, la promozione e la valorizzazione degli aspetti culturali nelle varie forme che questi possono assumere.

Sarebbe quindi opportuno, prima di tutto, riuscire ad elaborare una strategia unitaria, come suggerito da tempo dagli esperti del settore, per individuare gli obiettivi che si vogliono perseguire nella fase di negoziazione con i Paesi terzi. Inoltre, durante le fasi immediatamente precedenti ai negoziati sarebbe bene, anche in questo caso sulla scia della proposta francese, valutare tramite studi accurati quale sia la situazione dello Stato con il quale si sta per entrare in trattativa così da evitare il ripetersi delle eclatanti polemiche che hanno accompagnato l'Accordo con la Corea per quanto riguarda le questioni legate all'audiovisivo.

Alessandra Quarta**

SINTESI

L'inclusione dei protocolli di cooperazione culturale negli accordi preferenziali di ultima generazione dell'Unione europea è analizzata attraverso tre casi specifici: i Paesi del CARIFORUM, la Repubblica di Corea e l'America Centrale. Tali strumenti, sviluppati anche grazie alla Convenzione UNESCO del 2005 sulla protezione e promozione della diversità delle espressioni culturali, mirano a tutelare l'identità culturale nel contesto della liberalizzazione commerciale. L'analisi approfondisce la struttura e l'applicazione di tali protocolli, evidenziando differenze significative, in particolare nel settore audiovisivo. Vengono infine discusse le sfide e le aree di miglioramento per la cooperazione culturale futura, considerando le implicazioni economiche e politiche di questi accordi a livello internazionale.

ABSTRACT

The inclusion of cultural cooperation protocols in the EU's latest generation of preferential agreements is analysed on the basis of three specific cases: the CARIFORUM countries, the Republic of Korea and Central America. These protocols, which were also developed thanks to the 2005 UNESCO Convention on the

** Dottoranda in beni culturali e ambientali / Università di Bologna - *Alma Mater Studiorum*

Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, aim to protect cultural identity in the context of trade liberalisation. The analysis focuses on the structure and application of these instruments, highlighting significant differences, particularly in the audiovisual sector. Finally, it identifies challenges and areas for improvement for future cultural cooperation, taking into account the economic and political implications of these agreements at the international level.

DOCUMENTAZIONE

SYNTHETIC POLICY COVERING AN INDEMNITY AGREEMENT RELATED TO A SHARE DEAL*

Project [FakeName]
Policy no. [●]

Schedule

ITEM 1	Insured:	[Alfa]
	Insurer:	[Beta]
	Managing Agent:	[Gamma] The Managing Agent has been appointed as agent of the Insurer to issue this Policy to the Insured and to act on behalf of the Insurer in all matters related to this Policy. The Managing Agent is not an Insurer and is not liable to pay any Loss under this Policy.
ITEM 2	Indemnity Agreement:	The Indemnity Agreement for the sale and purchase of all the shares of [●] (Target)

* In argomento v. *infra*, p. 281 ss., il commento di *GABRIELE CAPECCHI*.

ITEM 3	Insured Provisions:	<ol style="list-style-type: none"> 1) The warranties listed in clauses [a and b] of the Indemnity Agreement (the Fundamental Warranties) 2) The tax warranties listed in clause [c] of the Indemnity Agreement (the Tax Warranties) 3) The warranties listed in clause [d] of the Indemnity Agreement other than the Fundamental Warranties, the Tax Warranties, the Employment Warranties and the Environmental Warranties (the General Warranties) in each case to the extent listed as “Cover” in the warranty spreadsheet set out in appendix of this Policy (the Warranty Spreadsheet).
ITEM 4	Policy Period:	<p>Inception Date: [●] Expiry Date:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) [●] years from and including the Closing Date in respect of the Fundamental Warranties; 2) [●] years from and including the Closing Date in respect of the Tax Warranties; 3) [●] months from and including the Closing Date in respect of the General Warranties.
ITEM 5	Limit of Liability:	<p>€ [●] in the aggregate for the Policy Period for Fundamental Warranties € [●] in the aggregate for the Policy Period for Tax Warranties and General Warranties.</p>
ITEM 6	De Minimis:	€ [●] each and every Loss
ITEM 7	Retention:	Nil
ITEM 8	Premium:	€ [●]

IN WITNESS of which the Insurer and the Insured have executed this Policy by their duly authorised representatives.

Terms and Conditions

Policy no. [●], issued to [Alfa]

Recitals

The Insured is seeking warranty and indemnity insurance to increase its protection beyond that given in the Indemnity Agreement.

The Insurer agrees to provide such warranty and indemnity insurance subject to the terms and conditions of this Policy.

Now therefore the Insurer, and the Managing Agent on behalf of the Insurer agrees with the Insured as follows:

1. Definitions and interpretation

In this Policy, in addition to any other definition contained in the Schedule or in the Indemnity Agreement:

ACTUAL KNOWLEDGE	in respect of the matter giving rise to the Breach, means (i) actual personal knowledge (not constructive or imputed knowledge) of the Insured and (ii) in sufficient detail to enable the Insured to make an informed assessment of the matter. For the avoidance of doubt Actual Knowledge does not include any actual, constructive or imputed knowledge of any advisors or agents of the Insured.
BREACH	means any breach of the Insured Provisions.
CLAIM NOTICE	means a notice fulfilling the requirements in this Policy.
DEAL TEAM MEMBERS	[Tizio], Managing Director. [Caio] - CFO.
DEFENCE COSTS	means that part of Loss which constitutes reasonable fees, costs and expenses incurred by (or on behalf of) the Target or the Insured in the investigation, settlement, defence or appeal of a Third Party Demand.
DISCLOSED	means disclosed in such manner and detail as to enable the Insured to make an informed and accurate assessment of the matter concerned.
DUE DILIGENCE REPORTS	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Legal due diligence report; ▪ Tax due diligence report.
EXCLUDED	means that a Warranty in the Indemnity Agreement is not insured under this Policy.

LOSS	means: <ul style="list-style-type: none">i. any and all damages, losses, costs and/or expenses indemnifiable pursuant to sections 1223 et seq. of the Civil Code which any of the Purchasers is contractually entitled to claim against the Sellers pursuant to the Indemnity Agreement for that Breach (or would be entitled to claim by disregarding the Disregarded Provisions of the Indemnity Agreement), andii. plus any related Defence Costs;iii. less any Recovered Amounts;iv. plus any Gross-Up Amount.
NO CLAIMS DECLARATION AT THE INCEPTION DATE	means the No Claims Declaration executed on behalf of the Insured by a Deal Team Member at the Inception Date.
POLICY	means this buyer's warranty and indemnity insurance policy.
POLICY PERIOD	means the relevant period of time stated in Item 4 of the Schedule, commencing on the date of this Policy and ending on the relevant Expiry Date for the relevant Insured Provisions (both dates inclusive).
PREMIUM	means the amount of total premium stated in Item 8 of the Schedule.
RECOVERED AMOUNTS	means, in respect of a Loss, any amounts actually recovered or actually realised by the Insured in direct consequence of the matter which gives rise to such Loss from any source other than the Insurer net of any taxes and costs of recovery (including unrecoverable VAT).
SELLERS	means [Zeta] and [Omega].

THIRD PARTY DEMAND	means any claim, notice, demand, brought against the Target (or the Insured as owner of the shares of the Target) by any person in respect of which the resulting damages would constitute Loss.
--------------------	--

1.1 Interpretation

- a) The Schedule is a summary of the cover provided by the terms and conditions of the Policy attached. If there is any inconsistency between the terms and conditions of the Policy and the Schedule, the terms and conditions of the Policy shall prevail.
- b) This Policy shall be interpreted in accordance with legislation in force as at the date of this Policy.

2. Insuring agreement

2.1 Insuring clause

Subject to the terms and conditions of this Policy, the Insurer shall in aggregate up to the Limit of Liability, indemnify the Insured for, or pay on its behalf, any Loss covered by this Policy.

2.2 Claims made policy

The Insurer shall not be liable for any Loss unless such Loss (or the Breach originating that Loss) is discovered and reported to the Insurer prior to the relevant Expiry Date for the Insured Provisions to which the Loss relates.

2.3 Reliance

In entering into this Policy, the Insurer is relying upon the No Claims Declaration provided to it by the Insured.

2.4 Payment of Premium

The Insured shall pay the Premium to the Managing Agent in cleared funds no later than [●].

2.5 Conditions Precedent

The Insurer's obligations under this Policy shall be conditional upon:

- a) delivery to the Insurer of a No Claims Declaration to be given at the Inception Date;
- b) Closing occurring in accordance with the Indemnity Agreement;
- c) payment of the Premium.

3. Limit of liability

3.1 Aggregate limit of liability

The Limit of Liability is the limit of the Insurer's aggregate liability for all payments made by the Insurer in connection with this Policy for Loss.

4. Loss and retention

4.1 Definition of Loss

Subject to the other provisions of this Clause, the Policy covers the Loss.

4.2 De Minimis

The Insurer shall have no liability under this Policy in respect of a Loss unless the amount of that Loss exceeds the De Minimis.

4.3 Action by Insured against the Sellers

Notwithstanding that the Insured may have a right to claim against the Sellers pursuant to the Indemnity Agreement for a Breach, the Insured shall not be required to exercise such right for a Loss to be capable of being recoverable as a Loss.

5. Exclusions

5.1 The Insurer shall not be liable to pay any Loss arising out of, relating to or to the extent it is increased by:

- a) any Breach resulting from any Insured Provision marked as Excluded or commented as “excluded” in the Warranty Spreadsheet;
- b) any Breach of which any Deal Team Member had Actual Knowledge on the Inception Date;
- c) fraud or fraudulent misrepresentation by the Insured or any Deal Team Member;
- d) any forward looking statements contained in the insured provisions, including estimates and projections.

5.2 The Insurer shall not be liable to pay any Loss arising out of, relating to or to the extent it is increased by any Breach if such Breach arises directly from or in connection with any fact or circumstance which has been Disclosed in the following documents:

- a) Indemnity Agreement;
- b) Due Diligence Reports.

6. Claims provisions

6.1 General

Any claims under this Policy in respect of Loss must be dealt with in accordance with this Clause.

6.2 Notification

The Insured shall deliver a Claim Notice to the Managing Agent, as soon as reasonably practicable after the Insured becomes aware of:

- a) a Loss; or
- b) a Third Party Demand.

6.3 Action by the Insured against the Sellers

The Insured shall not be required to proceed against the Sellers for recovery under the Insured Provisions to be entitled to claim under this Policy.

6.4 Claim Notice contents

The Claim Notice shall describe, to the best of the Insured's knowledge after reasonable inquiry, the facts and circumstances relating to the Loss.

6.5 Insurer's response

As soon as reasonably practicable after the Managing Agent receives a Claim Notice, the Insurer shall respond by acknowledging or denying the claimed Loss or, if the Insurer is not in a position to determine on the information available a final cover position, the Insurer shall request such additional information as it may reasonably require from the Insured.

6.6 Participation in warranty claim by Insurer

The Insurer shall be entitled to participate fully in the defence, negotiation and settlement of any Breach or potential Breach (including a Third Party Demand).

7. Defence costs

7.1 Reimbursement of Defence Costs

If the Insured requests in writing, the Insurer shall, subject to the De Minimis, reimburse the Insured for Defence Costs.

7.2 No duty to defend

The Insurer does not assume any duty to defend the Insured or the Target with respect to any Third Party Demand or otherwise.

8. Additional obligations of the insured

8.1 Mitigation

The Insured shall take all reasonable steps to mitigate Loss.

8.2 Preservation of rights

The Insured shall take all reasonable steps to preserve all rights against any other person in respect of any Loss and to preserve the Insurer's subrogation rights with respect thereto.

9. Subrogation

9.1 Subrogation against the Sellers

The Insurer shall only be entitled to subrogate against the Sellers if the payment under the Policy or Loss arose in whole or part out of the Sellers' fraud or wilful misconduct.

10. Other matters

10.1 Premium

The Premium shall be fully earned at the Closing Date.

10.2 Cancellation

This Policy may not be cancelled or renewed by the Insured or cancelled by the Insurer.

10.3 Amendment and waiver

No term of this Policy may be amended or waived without a prior written endorsement or other instrument duly signed by the Insurer and the Insured.

10.4 Invalidity

If any provision of this Policy is or becomes invalid, illegal or unenforceable in any respect, the validity, legality or enforceability of any other provision shall not be affected or impaired in any way.

10.5 Entire Agreement

This Policy constitutes the entire agreement between the Insurer and the Insured concerning the subject matter of this Policy.

11. Jurisdiction and choice of law*11.1 Choice of law*

This Policy shall be governed and construed in accordance with the Laws of Italy.

11.2 Dispute Resolution

Any dispute arising out of or in connection with this Policy, including any question regarding its formation, existence, validity or termination, shall be subject to the Jurisdiction of the Courts of Italy and the venue of the Court of Milan, Italy.

SYNTHETIC WARRANTIES: UN NUOVO STRUMENTO DI PROTEZIONE NEL CONTESTO DELLE OPERAZIONI STRAORDINARIE

Sommario: **1.** *Le polizze assicurative «warranty and indemnity»: caratteristiche principali* - **2.** *Il processo di underwriting di una polizza W&I* - **3.** *Polizze sell-side e buy-side* - **4.** *Le «synthetic warranties» (“polizze sintetiche”) quale evoluzione delle polizze buy-side.*

1. Le polizze assicurative «warranty and indemnity»: caratteristiche principali

In questo contributo, illustreremo le caratteristiche e alcuni nodi applicativi delle *synthetic warranties* (“polizze sintetiche”), una nuova tipologia di polizze assicurative che è recentemente apparsa nell’arena delle operazioni straordinarie e che promette di fornire risposta ad alcune esigenze di non facile risoluzione con il ricorso agli usuali strumenti presenti nella “cassetta degli attrezzi” di un avvocato specializzato in queste vicende.

Le polizze sintetiche sono un sotto-genere delle polizze note come *warranty and indemnity* (“polizze W&I”) che solo da poco cominciano a suscitare l’interesse della dottrina. È, dunque, opportuna una preliminare analisi di questa più ampia categoria.

Il contesto di riferimento è quello di un’operazione di rilievo nel campo della finanza straordinaria, tipicamente rientrante nel novero delle attività di *M&A* (*mergers and acquisitions*). Al termine di tale transazione, si verifica il passaggio di proprietà di una società, di un’azienda o di alcuni

beni significativi ad un nuovo proprietario. Questa tipologia di operazioni conosce liturgie ormai codificate dalla prassi. Esse sono certamente note alla gran parte dei lettori e ci limitiamo a un loro breve richiamo, negli stretti limiti di quanto utile per la comprensione della nostra analisi¹.

Dopo un iniziale scambio di accordi non vincolanti o di limitata vincolatività, il potenziale acquirente viene ammesso ad una fase di *due diligence*, nel corso della quale gli verrà consentito l'esame di documentazione confidenziale riguardante l'oggetto dell'acquisizione. Se, nel corso di tale *due diligence*, non emergeranno problemi di particolare gravità, tali da non poter essere risolti con una revisione dei termini generali dell'accordo, le parti avvieranno la negoziazione del contratto di compravendita che, invariabilmente, sarà accompagnato da un ricco corredo di garanzie² relative al bene compravenduto e da articolate procedure da attivare in caso di loro violazione. Pertanto, esemplificativamente, l'acquirente di una azienda, pur avendo svolto una rituale *due diligence*, chiederà al venditore di garantire che, al netto di quanto eventualmente indicato nella documentazione presentatagli in *data room*, l'azienda sia priva di criticità fiscali, problematiche giuslavoristiche e così via. In caso di violazione delle precitate garanzie, troveranno applicazione specifici rimedi contrattuali che il più delle volte si risolveranno nel pagamento di una somma di denaro, volta a compensare l'acquirente dal pregiudizio sofferto, successivamente al completamento dell'acquisto, dall'emergere di circostanze in contrasto con quanto garantito dall'acquirente (per esempio, il venditore aveva garantito di aver sempre rispettato le normative a tutela del lavoro dipendente ma, dopo l'acquisto, l'acquirente è costretto a subire la vittoriosa azione legale di un dipendente dell'azienda ceduta, per il riconoscimento di stipendi arretrati mai corrisposti, su cui nulla era emerso nel corso della *due diligence*).

¹ Nelle prossime pagine non potremo che fare essenziali cenni a tematiche contrattuali di ben più ampio respiro riguardanti queste operazioni straordinarie su cui, ad ogni modo, le analisi dottrinali sono oramai notevoli (per un'ampia ricognizione delle principali tematiche si rinvia, tra gli altri, a A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, Milano, Giuffrè, 2007 e a G. DE NOVA, *Il sale and purchase agreement: un contratto commentato*, Torino, Giappichelli, 2011).

² Nel prosieguo, attese le finalità dell'articolo, utilizzeremo unicamente il termine "garanzie", consapevoli di perdere alcuni profili della più ampia elencazione di «*representations, warranties and indemnities*», termini spesso superficialmente, ma frequentemente, resi in italiano come «rappresentazioni, garanzie e indennizzi», con poca attenzione a quel ruolo di interprete culturale che l'avvocato internazionalista è chiamato a svolgere nella propria professione (per una adeguata comprensione di questi lemmi, si rinvia all'opera, ancora attualissima, di F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1984. Sul più generale tema della trasposizione nel contesto italiano di modelli contrattuali stranieri, si veda G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, Giappichelli, 2010).

Negoziare e rilasciare tali garanzie non è un impegno di poco conto per il venditore che, anche a distanza di qualche tempo dalla vendita³, potrebbe essere chiamato a rispondere della loro violazione e a risarcire l'acquirente.

D'altro canto, proprio in considerazione del fatto che la violazione di una garanzia potrebbe essere azionata anche tempo dopo il *closing*, l'acquirente potrebbe non sentirsi particolarmente rassicurato dal fatto che, in tal caso, dovrà essere costretto ad agire nei confronti di un soggetto, il venditore, che, in quel momento, potrebbe non essere più in grado di adempiere all'obbligo di risarcimento. L'acquirente, per citare solo alcune tra le soluzioni più ricorrenti, potrebbe allora pretendere dal venditore la consegna di una garanzia bancaria⁴, il deposito di una parte del prezzo in un «*escrow*»⁵ o chiedere il pagamento dilazionato di una parte del prezzo, così da tutelarsi, nel caso in cui sorgesse effettivamente una controversia successivamente alla vendita e il venditore non volesse o non fosse più in grado di onorare il proprio impegno.

Simili strutture contrattuali pongono però il venditore nella sconveniente posizione di dover continuare a rispondere, direttamente o in via di regresso, sino alla scadenza del periodo di garanzia, della possibile violazione delle garanzie concesse all'acquirente. Ciò determinerà conseguenze, di non poco momento. Infatti, il venditore dovrà continuare a considerarsi

³ La durata di queste garanzie varia normalmente da dodici mesi sino a tre anni (raramente anche oltre). La responsabilità del venditore è solitamente fissata entro un tetto massimo ("cap"), che varia dal dieci al trenta per cento del prezzo (si tratta di indicazioni di massima, soggette a non poche eccezioni nella prassi contrattuale, su cui continuiamo a fornire solo pochi accenni). Queste limitazioni di responsabilità ovviamente non troveranno applicazione nel caso in cui il venditore abbia dolosamente mentito all'acquirente o abbia reso le sue garanzie con grave violazione ai suoi obblighi di diligenza (per esempio, senza aver svolto alcuna elementare verifica sulle questioni di cui stava garantendo la conformità all'acquirente) (art. 1229, cod. civ.). Pertanto, nel caso esemplificato dal testo, il venditore potrà eccepire queste limitazioni nel caso in cui l'acquirente contesti irregolarità giuslavoristiche attribuibili a semplice negligenza (per esempio, un errato conteggio dei contributi dovuti ai dipendenti, determinato dalla particolare farraginosità dei meccanismi normativi di calcolo) mentre esse non varranno di fronte a ipotesi di chiara condotta dolosa, come certamente è l'aver intenzionalmente omesso di versare del tutto gli stipendi dovuti, per far fronte a esigenze di cassa dell'azienda. La distinzione tra garanzie violate per colpa o per dolo tornerà di particolare rilievo nel prosieguo del contributo.

⁴ In questo caso, la banca o l'assicurazione operano come garanti dei venditori. La garanzia può assumere la veste, sconosciuta dal codice civile ma largamente tipizzata dall'uso commerciale, del contratto autonomo di garanzia o a prima richiesta. Non si confonda, in ogni caso, l'eventuale garanzia assicurativa qui menzionata, tramite la quale una compagnia assicurativa, che esercita il ramo "cauzione", agisce essenzialmente come fideiussore del venditore, con una polizza W&I, il cui inquadramento, anche da un punto di vista regolamentare è ben diverso, come si dirà nel testo.

⁵ Con un contratto di *escrow*, o deposito fiduciario, una parte del prezzo viene affidata in custodia a un terzo, con obbligo di rilasciarla, al venditore o all'acquirente, solo a talune condizioni. In questo caso, la somma in custodia opera come indiretta garanzia (anche qui, non confonda la natura polisemica del termine) dell'esistenza di un patrimonio da aggredire da parte dell'acquirente, ove fosse necessario agire nei confronti di un venditore poco disposto a riconoscere le proprie responsabilità.

potenzialmente esposto ad un obbligo di pagamento, quantomeno nella misura del “cap” convenuto: prudenzialmente, potrebbe dunque ritenere opportuno mantenere adeguate risorse a copertura di questo possibile esborso⁶ o comunque rinviare, in pendenza del periodo di garanzia, qualunque procedura liquidatoria. Se ci caliamo nella prospettiva di un investitore, che abbia ad esempio acquisito il controllo di una società per poi riorganizzarla e rivenderla, ogni ritardo nella piena realizzazione del suo profitto («*clean exit*») porterà con sé un costo finanziario che inevitabilmente lo ridurrà.

Le polizze W&I nascono proprio come efficace risposta a queste diverse e confliggenti esigenze. Con esse, la compagnia di assicurazione assicura l’acquirente dal danno che egli potrebbe subire nel caso in cui fosse violata una garanzia del venditore, rinunciando a ogni azione di rivalsa nei confronti di quest’ultimo, se non per il caso di dolo. Il “rischio” assicurabile viene così definito tramite il ricorso alle fattispecie in relazione alle quali il venditore presta una garanzia. Nel caso in cui essa dovesse risultare violata, l’acquirente, anziché agire nei confronti del venditore, si rivolgerà all’assicurazione, che, accertata l’effettiva riconduzione del sinistro a una violazione di garanzia, lo terrà indenne, nei limiti di quanto concordato in polizza.

Quando l’operazione di acquisizione si struttura con l’inserimento di una polizza W&I, l’architettura contrattuale, nelle sue linee essenziali, si articolerà dunque, usualmente, in almeno tre “blocchi” fondamentali: il contratto di compravendita, ridotto alla sua funzione essenziale di trasferire da una parte all’altra la titolarità del bene e privato di ogni garanzia accessoria, il contratto di garanzia («*warranty agreement*»), che disciplina le specifiche garanzie rilasciate dal venditore sul bene compravenduto, e la polizza W&I che, basandosi appunto su questo contratto di garanzia, ne assicura il rischio a beneficio dell’acquirente⁷.

È comprensibile come questo particolare “strumento” assicurativo riesca in effetti a risolvere quei nodi operativi che avevamo precedentemente illustrato. Da un lato, infatti, l’acquirente si confronterà con una controparte, l’assicuratore, solitamente più solida e meno litigiosa rispetto al venditore⁸

⁶ A seconda delle circostanze, i principi contabili applicabili al venditore potrebbe addirittura imporre la costituzione di uno specifico fondo rischi (laddove, ad esempio, sia effettivamente sorto un contenzioso con l’acquirente e vi siano significative possibilità di soccombere).

⁷ Nulla vieta, ovviamente, che le garanzie contrattuali vengano disciplinate direttamente dal contratto di compravendita, cui sono comunque causalmente collegate. La redazione di uno specifico e separato contratto di garanzia è talora percepita come una semplificazione redazionale, in quanto consentirebbe di “condensare” in un unico documento il perimetro di ciò che la polizza W&I dovrà assicurare *per relationem*.

⁸ Alcuni studi di settore sembrano confermare che le compagnie che operano in questo mercato mostrano un approccio più efficiente e costruttivo in caso di richieste di indennizzo, anche al fine di non pregiudicare l’appetibilità commerciale di queste polizze. In altri termini, l’acquirente che vanti una fondata richiesta di indennizzo per violazione di garanzie parrebbe avere

che, dal suo canto, sarà del tutto escluso dalla gestione del sinistro e dal rischio di doverne rispondere, con l'unica, rilevante eccezione del caso di dolo. Solo in quest'ultimo caso, infatti, il venditore si vedrebbe esposto sia ad eventuali azioni dell'acquirente (non valgono, in tal caso, come abbiamo detto, le limitazioni contrattuali alla sua responsabilità)⁹ sia, in via di rivalsa, da parte della compagnia di assicurazione, che, per prassi di mercato, non rinuncia mai, in siffatte circostanze, al diritto di agire nei confronti del venditore, quale soggetto "danneggiante" del suo assicurato¹⁰.

La stipula di una polizza W&I presuppone ovviamente il pagamento di un premio, non irrisorio, che le parti possono convenire di porre in tutto o in parte a carico dell'acquirente, quale contro-partita della sua pressoché definitiva liberazione da ogni preoccupazione successiva alla vendita. A prescindere dal soggetto che se ne farà carico, il premio è comunque un costo dell'operazione, di cui le parti terranno conto nel valutarne la convenienza. Da questo punto di vista, esso rappresenta anche la giustificazione causale della polizza W&I. Ci si potrebbe infatti chiedere, nell'ottica del giurista di diritto italiano, quale significato (*rectius*, causa) possa assumere un contratto di garanzia che il venditore sottoscrive all'unico scopo di consentire

maggiori aspettative di essere soddisfatto in tempi celeri, senza dover affrontare un contenzioso strumentale, se la richiesta è avanzata nei confronti di un assicuratore invece di un venditore privato. Mancano però, per quanto di nostra conoscenza, approfonditi studi scientifici e multi-giurisdizionali a conferma di questa tendenza.

⁹ Il già citato art. 1229 cod. civ. dispone, infatti, la nullità di qualsiasi patto che escluda o limiti preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave. Nell'applicare tale principio generale, contenuto non a caso nel Titolo I («Delle obbligazioni in generale») del Libro Quarto del Codice Civile, alla materia di cui stiamo discutendo, si terranno presenti due importanti precisazioni. In primo luogo, questo principio opera solo in relazione a quelle questioni per le quali il venditore presta effettivamente una garanzia e non per quelle materie radicalmente escluse dal perimetro di definizione dell'oggetto contrattuale. Pertanto, nel caso in cui si convenga che il bene compravenduto sia ceduto senza rilascio di alcuna garanzia in relazione, per esempio, alla sua conformità ai requisiti di legge, le parti non stanno ponendo un limite alla responsabilità del venditore ma stanno definendo in negativo, nei limiti concessigli dall'autonomia contrattuale, l'oggetto stesso del contratto. In questo caso, potrebbe certamente residuare una responsabilità del venditore per dolo (determinante o incidente), ai sensi, però, delle norme in materia di annullamento. Inoltre, in un contratto di compravendita, le parti potrebbero anche legittimamente escludere la responsabilità del venditore per colpa grave, limitandola solo al caso di dolo. In una vendita, infatti, troverà applicazione, quale norma speciale, non l'art. 1229 ma l'art. 1490, secondo comma, che, indirettamente, riconosce la validità dei patti con cui si esclude o limita la garanzia per vizi del venditore, tranne per il solo caso di "mala fede". In tal senso, si è anche espressa la Suprema Corte (sentenza n. 9651 del 11 maggio 2016), precisando che la previsione di cui all'art. 1490, secondo comma, presuppone un raggirò del venditore e non troverà applicazione, invece, nel caso, meno grave, in cui egli abbia ignorato, sia pur per sua colpa, i vizi della cosa venduta. L'applicazione del micro-sistema posto dagli artt. 1490 ss. ai contratti di garanzia tipici delle operazioni M&A è materia particolarmente complessa. Senza approfondire i termini della questione, per la quale rinviamo per un inquadramento generale a A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit. *supra*, nota 1, p. 294 ss., riteniamo che la lettura espressa dalla Cassazione possa analogicamente estendersi anche ad un *indemnity agreement*.

¹⁰ Si ricorda che la rinuncia preventiva alla surrogazione è consentita. In termini, vedi M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, II, Padova, Cedam, 2012, p. 105 ss.

la stipula di una polizza W&I, ma senza assumere alcuna responsabilità personale (salvo il già citato caso del dolo). In altri termini, è giustificabile, nel nostro ordinamento, rilasciare una garanzia, senza che, in linea di principio, dalla sua violazione derivi per il dichiarante alcuna responsabilità o rischio di pagamento che anzi le parti vogliono espressamente trasferire, in via sostanzialmente esclusiva, alla sola compagnia di assicurazione? La risposta, a nostro avviso, è senza dubbio positiva ma solo laddove si inserisca questo contratto di garanzia nella più ampia struttura contrattuale e negoziale, all'interno della quale, come si diceva, le parti hanno sicuramente dato adeguato peso all'onere economico del pagamento del prezzo¹¹.

2. Il processo di *underwriting* di una polizza W&I

Il processo di *underwriting* di una polizza W&I¹² da parte della compagnia di assicurazioni¹³ è piuttosto articolato. Come per l'assunzione di ogni rischio, si parte con la sua identificazione e possibile quantificazione. La compagnia di assicurazione, per il tramite di propri consulenti, si accerterà, in primo luogo, che l'acquirente abbia svolto, in modo professionale, una

¹¹ Sarà dunque opportuno che di ciò si dia adeguatamente atto nel testo degli accordi contrattuali, valorizzando questo aspetto, ad esempio, nelle premesse del contratto di garanzia, mentre ci appare inutile ricorrere alla fittizia delimitazione di un "cap" di responsabilità di "un Euro" o di importi comunque insignificanti, come talvolta si riscontra nella prassi. Queste clausole nascono probabilmente ad imitazione di modelli contrattuali di diritto inglese, dove trovano però ben altra giustificazione. In quell'ordinamento, infatti, la «doctrine of consideration» richiede che il contratto evidenzi un «badge of enforceability» che ne confermi la rilevanza legale. Senza addentrarci in questa complessa materia, sia sufficiente ricordare che, a tal fine, l'esistenza di un compenso viene considerata elemento sufficiente per rendere "enforceable" il contratto, senza che sia richiesto al giudice di valutarne la congruità. Ecco pertanto che, in alcuni casi, può essere sufficiente per l'avvocato che opera in quel contesto limitarsi ad indicare, nel contratto che sta redigendo, un valore economico, ancorché "nummo uno", per affrontare e risolvere il punto (si veda *Thomas v Thomas* (1842), 2 QB 851, dove si ritenne che la promessa di pagare un canone di £ 1 all'anno fosse sufficiente a supportare la promessa di concedere il diritto a vivere in una casa). Applicare un simile artificio ad un contratto retto dal diritto italiano è inutile, per le ragioni anzidette, e anzi dannoso, poiché foriero di dubbi interpretativi in caso di contenzioso.

¹² L'*underwriting* è appunto la sottoscrizione di una polizza da parte dell'assicuratore, che "sottoscrive" quel rischio, a fronte del pagamento di un premio, e può eventualmente riassicurarlo con terzi.

¹³ Il mercato assicurativo è particolarmente complesso e nel testo, per finalità espositive, stiamo utilizzando i termini «assicuratore» o «compagnia di assicurazione», senza rendere conto delle sue varie sfaccettature. I soggetti che operano nel mercato «*warranty & indemnity*» si dividono in due principali categorie: *company markets* e *managing general agents* (MGA). I *company markets* sono tipicamente assicuratori di particolare solidità che assumono direttamente il rischio mentre i MGA sono soggetti esperti in questo mercato, che sottoscrivono polizze per conto di soggetti terzi (*capacity provider*) che assumono il rischio finanziario.

autonoma attività di *due diligence* e che, alla luce del suo esito, abbia negoziato, «*in good faith*»¹⁴, con l'acquirente un contratto di garanzia.

È evidente, in questa fase, quanto delicata e occhiuta debba essere l'istruttoria della compagnia, per l'evidente allineamento di interessi che potrebbe sorgere tra l'acquirente, che cercherà di ottenere il più ampio ventaglio di garanzie a tutela del suo investimento, e il venditore, che, pur di vendere e incassare il prezzo, potrebbe essere ben disposto a rilasciare garanzie, anche su materie di cui poco conosce, confidando che, tranne il caso di dolo, non risponderà per il caso di una loro violazione¹⁵.

All'esito di queste analisi, che richiederanno anche vari *round* di lunghe interviste alle parti e ai loro consulenti, l'assicuratore valuterà il rischio connesso con la possibile violazione delle garanzie negoziate dalle parti e si determinerà a stipulare o meno la polizza per il risarcimento del relativo danno¹⁶.

3. Polizze *sell-side* e *buy-side*

Le polizze W&I, comparse nel mercato italiano già da alcuni anni, hanno già subito qualche "trasformazione", dettata primariamente da esigenze commerciali. Inizialmente, esse vennero per lo più proposte come strumento contrattuale approntato dal venditore che, per le ragioni sopra descritte, affrontava un procedimento di vendita, rappresentando al mercato e ai potenziali acquirenti di aver già negoziato con un assicuratore la disponi-

¹⁴ Nella prassi contrattuale internazionale, questo concetto mantiene quella stessa elusività che presenta nel diritto inglese e nordamericano, dove ha comunque una portata più limitata rispetto alla «*civil law*». Con buona approssimazione, potremmo dire che, in questo contesto, la buona fede consiste nella «*absence of intent to defraud or to seek unconscionable advantage*» (*Black's Law Dictionary*, 8th Ed., Dallas, Thomson West, 2004).

¹⁵ Non è raro che la compagnia assicurativa possa richiedere, anche a fronte di eventuali richieste di ridurre l'ammontare del premio, che il venditore mantenga, entro un importo non irrisorio, una certa responsabilità patrimoniale in caso di violazione delle garanzie (si parla di «*skin in the game*»), il cui ammontare potrebbe operare come franchigia.

¹⁶ L'esito di questo processo di analisi è in verità spesso meno dicotomico. Vi sono certamente fattispecie per le quali l'assicuratore esclude del tutto una copertura assicurativa («*excluded indemnities*»), ma spesso ciò avviene in base a valutazioni di rischio che prescindono dal caso concreto e che si applicano a ogni possibile polizza (ad esempio, un assicuratore può decidere di non coprire mai un particolare rischio fiscale all'interno di una specifica giurisdizione, perché è consapevole che su quel tema le posizioni giurisprudenziali sono particolarmente frammentate). Più frequentemente, la compagnia di assicurazione tenderà a "qualificare" il rischio assicurato, alla luce delle valutazioni emerse nel corso della verifica dell'attività di *due diligence* (ad esempio, anziché assicurare *tout court* l'assenza di contenziosi, l'assicuratore preciserà che la garanzia opererà solo con riferimento a vertenze che siano state minacciate "per iscritto" e non si applichi, pertanto, a semplici contestazioni orali, che, per quanto seriamente intime, sarà sempre molto complesso poter rilevare nel corso di una *due diligence* acquisitiva).

bilità a concedere, entro termini di massima, una polizza W&I che l'assicuratore era disposto a sottoscrivere con l'acquirente finale. Queste polizze, definite «*sell-side*» in quanto appunto pre-negoziato dal venditore, erano però poco rispondenti all'effettiva dinamica di un processo M&A, dove, salvo rari casi, l'acquirente rifiuterà di vedersi imposto un *set* pre-compilato di garanzie contrattuali, che cercherà invece di negoziare e adattare in base alle sue specifiche esigenze di tutela, anche alla luce delle risultanze del processo di *due diligence*, e vorrà spesso selezionare con ampia libertà la compagnia con la quale assicurarsi.

Alle polizze *sell-side* si sono dunque progressivamente sostituite quelle «*buy-side*», negoziate direttamente dall'acquirente con una compagnia di sua scelta, sulla base del “pacchetto” di garanzie effettivamente da lui negoziato con il venditore.

La distinzione tra polizza *sell-side* e *buy-side*, a prescindere dalle implicazioni commerciali, incide sul loro corretto inquadramento giuridico, civilistico e regolamentare.

E infatti, a seconda del soggetto contraente, muta la natura del rischio assicurato e, di conseguenza, l'assicurazione sarà da ricondurre a differenti rami dell'assicurazione contro danni. Nel caso delle polizze *sell-side*, l'assicurazione avrà ad oggetto la responsabilità civile dell'assicurato derivante dalla violazione di una garanzia contrattualmente assunta nei confronti dell'acquirente¹⁷. L'assicurato-venditore chiede infatti all'assicurazione di tenerlo indenne da quel danno che egli subirebbe nel caso in cui, a causa della violazione di una garanzia prestata a favore dell'acquirente, fosse costretto a corrispondergli un risarcimento. La polizza sarà dunque pienamente da ascrivere al paradigma dell'assicurazione della responsabile civile, definito dall'art. 1917, primo comma, cod. civ.¹⁸, e riconducibile al relativo ramo assicurativo.

Diverso, invece, il caso di una polizza *buy-side*. Qui, come si accennava, è l'acquirente a negoziare direttamente con l'assicuratore una polizza volta a risarcirgli il danno che potrebbe subire a causa della violazione di una garanzia prestatagli del venditore, e che non avrebbe subito se quella

¹⁷ La questione richiama la più complessa tematica attinente alla natura giuridica della garanzia e alla rilevanza o meno della colpa per l'imputabilità della responsabilità conseguente alla sua violazione. Alla luce dei più recenti orientamenti, riteniamo corretto l'inquadramento proposto nel testo (si veda, F. SARTORIS, *Teorie a confronto sulla natura della garanzia per vizi a seguito delle ultime pronunce delle Sezioni Unite*, in *Persona e Mercato*, 2021/1, p. 189 ss. e P. RAINELLI, *Le polizze assicurative “Warranty and Indemnity” nelle compravendite di partecipazioni societarie*, in *Assicurazioni*, 3/2022, p. 443, nota 10).

¹⁸ «Nell'assicurazione della responsabilità civile l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto. Sono esclusi i danni derivanti da fatti dolosi».

garanzia fosse stata vera e corretta. È pur vero che, anche in questo caso, il venditore non esce completamente dalla scena (diversamente da quanto accade, come vedremo, per le polizze sintetiche), in quanto l'assicuratore chiederà comunque un suo coinvolgimento nel processo di *underwriting*¹⁹, ma l'oggetto dell'assicurazione è comunque strutturalmente diverso da quello descritto dall'art. 1917, cod. civ.

Più in particolare, si è correttamente affermato che il pregiudizio coperto da quest'assicurazione è la mancata (o ridotta) utilità economica che l'acquirente riceverà dal suo investimento a causa di un evento verificatosi in violazione di quanto rappresentato da una garanzia rilasciata dal venditore. Se così è, la polizza *buy-side*, pur rientrando pienamente, a nostro avviso, nella struttura tipica del contratto di assicurazione prevista dall'art. 1882, cod. civ.²⁰ non sarà riferibile ad una assicurazione per la responsabilità civile, come abbiamo detto per la polizza *sell-side*, ma andrà verosimilmente classificata all'interno del ramo residuale dei danni derivanti da rischi di «perdite pecuniarie di vario genere»²¹.

A prescindere dalla loro riconduzione allo schema assicurativo e dalla corretta identificazione del ramo assicurativo cui imputarle, l'ingresso delle polizze W&I nel mercato italiano suscitò inizialmente qualche perplessità per l'apparente contrasto con il divieto posto dall'art. 4, comma 2, del Regolamento IVASS n. 29 del 16 marzo 2009 riguardante le linee guida per la classificazione dei rischi all'interno dei tipi di assicurazione. La norma prevede infatti che «non sono rilasciabili coperture destinate a garantire il rimborso di sopravvenienze passive o minusvalenze su elementi patrimoniali derivanti da valutazioni conseguenti ad operazioni straordinarie di impresa». Lecito dunque domandarsi se la norma, di complessa lettura, potesse impedire la stipula di polizze volte a sterilizzare il rischio di un danno derivante da garanzie negoziate appunto nell'ambito di «valutazioni conseguenti ad operazioni straordinarie di impresa».

¹⁹ L'assicuratore richiederà, quale condizione per l'emissione della polizza, che il venditore produca al *closing* un *bring-down certificate*, con il quale confermi la correttezza e veridicità delle garanzie contrattuali oggetto di assicurazione o riveli eventuali circostanze sopravvenute che non le rendono più corrette, così determinando la loro esclusione della copertura.

²⁰ «L'assicurazione è il contratto col quale l'assicuratore, verso il pagamento di un premio, si obbliga a rivalere l'assicurato, entro i limiti convenuti, del danno ad esso prodotto da un sinistro, ovvero a pagare un capitale o una rendita al verificarsi di un evento attinente alla vita umana» (art. 1882, cod. civ.). Il sinistro, in questo caso, sarà appunto il pregiudizio economico sopra descritto, ancora ovviamente incerto al momento della stipula della polizza.

²¹ In termini, P. RAINELLI, *Le polizze assicurative "Warranty and Indemnity"*, cit. *supra*, nota 17, p. 443. Ai sensi dell'art. 2, comma 3, n. 16, dlgo n. 209 del 9 settembre 2005 (Codice delle assicurazioni private), si intendono per perdite pecuniarie di vario genere: «rischi relativi all'occupazione; insufficienza di entrate (generale); intemperie; perdite di utili; persistenza di spese generali; spese commerciali impreviste; perdita di valore venale; perdita di fitti o di redditi; perdite commerciali indirette diverse da quelle menzionate precedentemente; perdite pecuniarie non commerciali; altre perdite pecuniarie».

Sul punto, è intervenuta esplicitamente l'IVASS che, il 25 luglio 2019, pubblicò una "FAQ" (*nomen* alquanto atipico ma figlio dei tempi) per rispondere al seguente quesito: «l'articolo 4, comma 2, del Regolamento n. 29 del 2009 si applica alle polizze a copertura di rischi connessi alla difformità o violazione delle specifiche dichiarazioni e garanzie rese nell'ambito di operazione straordinaria (polizze c.d. «*warranty and indemnity*»)»?

La FAQ, anch'essa di non immediata comprensione, esaminando separatamente le due fattispecie sopra descritte (*sell-side* e *buy-side*), ne ha confermato l'ammissibilità, pur con alcune precisazioni.

Le polizze stipulate dal venditore (*sell-side*) devono considerarsi consentite ove «siano finalizzate ad assicurare il rischio derivante dagli obblighi di indennizzo del venditore stesso in caso di violazione delle specifiche dichiarazioni e garanzie rese da quest'ultimo all'acquirente nell'ambito di un'operazione straordinaria di impresa», che, come abbiamo visto, è infatti la loro fattispecie classica di applicazione.

Anche quelle stipulate dal compratore (*buy-side*) sono state considerate legittime, ma solo se basate su «circoscritti ed individuati impegni non derivanti da valutazioni, suscettibili di un'adeguata stima attuariale del rischio e idonee a dar luogo ad indennizzi non coincidenti con il corrispettivo dell'operazione straordinaria di impresa». Qui il ragionamento dell'Autorità si fa più articolato ma, come è stato puntualmente osservato²², esso, a ben vedere, si limita a ribadire alcuni principi generali del contratto di assicurazione. Da un lato, infatti, è ovviamente necessario che, nel rispetto degli obblighi di sana e prudente gestione di una impresa di assicurazione, gli "impegni" assunti dall'assicuratore siano sempre sorretti da una adeguata stima attuariale del rischio e non da mere "valutazioni" che, per quanto correttamente impostate, scontano sempre margini di discrezionalità. Dall'altro, la precisazione che l'indennizzo non possa coincidere con il corrispettivo dell'operazione sembra confermare il principio indennitario tipico delle assicurazioni danni, escludendone la finalità speculativa che, invece, vi sarebbe laddove l'indennizzo coincidesse con il corrispettivo, a prescindere dall'effettivo danno²³.

²² A. TINA, *Le polizze W&I*, Milano, Giuffrè, 2023, p. 97 ss.

²³ Resta la riflessione che l'Autorità avrebbe potuto esplicitare con maggior chiarezza il suo pensiero, anche in considerazione del fatto che, da un punto di vista della pratica commerciale, l'eventuale risarcimento del danno derivante dalla violazione di una garanzia è invariabilmente sempre limitato ad una percentuale del prezzo, salvo ipotesi di particolare gravità, che coincidono però quasi sempre con fattispecie demolitive della causa del contratto.

4. Le «*synthetic warranties*» (“polizze sintetiche”) quale evoluzione delle polizze *buy-side*

Abbiamo visto che le polizze W&I, pur con le varie *nuances* sopra descritte, presuppongono, e anzi impongono, una fase di preliminare confronto tra acquirente e venditore sul contenuto delle garanzie che costituiranno il cuore della polizza.

Nel corso del processo di *underwriting*, la compagnia di assicurazione chiede, infatti, di poter rivedere i *due diligence reports* predisposti dai consulenti dell’acquirente, e la conferma che gli stessi abbiano potuto avere accesso ad una *data room* adeguatamente strutturata e abbiano avuto la possibilità di interloquire con il venditore e i suoi consulenti per una corretta comprensione e definizione delle eventuali criticità emerse durante la *due diligence*.

Non solo. La compagnia vorrà accertarsi che le garanzie del venditore siano state negoziate con adeguata consapevolezza da entrambe le parti, tenuto conto dei risultati della *due diligence* stessa. In particolare, l’assicuratore tenderà a non assicurare la violazione di garanzie rilasciate su materie sulle quali l’acquirente non sembra essere stato in grado di svolgere un’adeguata analisi. Ad esempio, se il *due diligence report* dovesse evidenziare che, in relazione ad un immobile di proprietà della società oggetto di acquisizione, la *data room* non conteneva alcuna documentazione volta a confermare l’assenza di gravami, l’assicuratore rifiuterà ragionevolmente di assicurare il rischio derivante da una garanzia del venditore ove si affermasse che «l’immobile è libero da iscrizioni o trascrizioni pregiudizievoli, privilegi, oneri, gravami o diritti di terzi in genere». La ragione di tale rifiuto è evidente e in linea con quei principi ricordati anche nella FAQ sopra citata: il contratto di assicurazione non è una scommessa, un *gambling*, e la compagnia deve accertarsi che il rischio che essa assicurerà sia adeguatamente circoscrivibile e sia stato ben soppesato dalle parti durante la negoziazione.

Sin qui opera il mercato “tradizionale” delle polizze W&I.

Può però capitare che, in circostanze particolari, il venditore non voglia o non possa fornire alcun adeguato supporto durante la fase di *due diligence* né rilasciare alcuna garanzia.

Le ragioni possono essere diverse: il venditore potrebbe non essere sufficientemente strutturato e assistito per intraprendere un percorso contrattuale sicuramente non banale, oppure potrebbe non esserci un vero e proprio venditore con cui negoziare le garanzie (si pensi al caso dell’assegnazione di un immobile all’esito di una procedura di espropriazione forzata). Il venditore potrebbe anche essere un soggetto sottoposto a un procedimento di

liquidazione giudiziale, da cui potrebbe essere financo *naïve* pretendere il rilascio di garanzie o una collaborazione in fase di *due diligence* che possa eccedere la consegna di pochi, essenziali documenti informativi.

Infine, potrebbe anche porsi il non infrequente caso che sia il potenziale acquirente a non voler richiedere particolari garanzie dal venditore, per rendere più appetibile, in un contesto di gara²⁴, la sua offerta, e sbaragliare così la concorrenza di altri potenziali “*bidder*”.

Per consentire all’acquirente di ottenere, comunque, una forma di tutela anche in simili circostanze, le compagnie assicurative hanno cominciato a offrire in alcuni mercati polizze c.d. «sintetiche» che operano sulla base di “garanzie” negoziate direttamente dall’acquirente con la compagnia assicurativa, e dunque prescindono dall’esistenza o meno di un *indemnity agreement* sottoscritto con il venditore²⁵.

Si tratta di un percorso contrattuale assai diverso da quello sinora esaminato e occorre chiedersi, in primo luogo, se queste nuove polizze rientrano effettivamente nel tipo di un contratto di assicurazione. La nostra opinione è in senso favorevole e, al riguardo, è bene chiarire che la colorita terminologia che il mercato adotta («*synthetic warranties*») non deve ingannare.

Queste polizze si definiscono “sintetiche” in quanto nate dalla “combinazione” o “sintesi” di strumenti contrattuali eterogenei (da un lato, abbiamo un *set* di “garanzie” usualmente frutto di una negoziazione tra venditore e acquirente, e, dall’altro, la polizza assicurativa, che vengono “sinteticamente” riunite in un unico contratto). Inoltre, è evidente che l’assicurazione non rilascia alcuna “garanzia” vera e propria, così come avrebbe fatto il venditore: il *set* di garanzie che l’assicurato-acquirente e la compagnia negoziano non rappresenta altro se non l’identificazione di quegli eventi rischiosi che possono produrre un danno all’acquirente successivamente al perfezionamento dell’acquisto del bene e che ben potrebbero essere rappresentati da quelle circostanze che usualmente sono oggetto di garanzie contrattuali rilasciate dal venditore.

Anche qui soccorrerà un esempio. Ipotizziamo il caso di un acquirente che voglia acquisire un terreno edificabile da una società sottoposta ad una procedura di liquidazione giudiziale. Il liquidatore giudiziale gli consentirà

²⁴ A. BORSELLI, *Insurance in M&A transactions*, in *The governance of insurance undertakings*. AIDA, Europe Research Series on Insurance Law and Regulation 6, 2022, p. 207.

²⁵ L’assicurazione di rischi “sintetici”, inizialmente offerta soltanto in relazione a questioni fiscali, si è gradatamente estesa anche alle altre materie usualmente oggetto delle tradizionali “representations e warranties”. Le polizze sintetiche, presenti già da qualche tempo nel Regno Unito, sono state proposte, per quanto a noi noto, nell’ambito di alcune operazioni straordinarie condotte in Italia negli ultimi due anni, ma non risulta ancora una prassi avviata in merito alla loro adozione.

l'accesso alla documentazione per lo più reperita da pubblici registri e la vendita avverrà con le sole garanzie imposte dalla legge per la trasferibilità del bene. In nessun caso, il liquidatore giudiziale intende rilasciare garanzie ulteriori, come, ad esempio, in relazione all'assenza di sostanze inquinanti, pur essendo disponibile a concedere all'acquirente di svolgere specifiche analisi sul punto, a sue spese. Per l'acquirente, ottenere una garanzia su questo specifico tema è però un elemento fondamentale dell'operazione e dà incarico ai suoi consulenti tecnici di eseguire sondaggi e carotaggi. All'esito di tali valutazioni, l'acquirente è ragionevolmente certo che non vi siano particolari rischi che possano pregiudicare il suo progetto edilizio ma, vista la rilevanza del tema, vuole comunque ottenere una forma di tutela contrattuale, che, peraltro, rafforzerebbe le sue *chance* di ottenere un finanziamento immobiliare.

È qui che potrebbe risultare di particolare utilità una polizza sintetica: l'assicurato-acquirente e la compagnia possono infatti enucleare, dall'oggetto di una "garanzia" usualmente concessa dal venditore per simili operazioni immobiliari (per esempio, "il venditore dichiara e garantisce che sul terreno o nel sottosuolo non vi sono sostanze inquinanti"), il rischio derivante da una sua virtuale violazione (durante gli scavi propedeutici alla costruzione, si scopre che, malgrado ogni precedente verifica, nel sottosuolo sono presenti sostanze inquinanti e deve essere condotta una bonifica) e farne oggetto di ciò che la polizza sintetica andrà ad assicurare (il maggior costo, e dunque il ridotto profitto, che l'acquirente subirà per dover far fronte agli oneri economici di una bonifica non inizialmente preventivata nel suo *business plan*).

Si tratta dunque di una particolare fattispecie di polizza *buy-side*, dove il perimetro del rischio da assicurare anziché derivare dalla garanzia negoziata col venditore, che non ne rilascia alcuna, è direttamente definito dall'assicuratore con l'acquirente. In linea con le considerazioni svolte con riferimento alle polizze *buy-side*, è nostra opinione che anche una polizza sintetica, quanto ai profili civilistici, rientri nello schema contrattuale assicurativo e che, con riferimento ai temi regolamentari, vada inquadrata nel ramo residuale delle perdite pecuniarie di vario genere²⁶. Rispetto alla "classica" polizza *buy-side* esaminata in precedenza, ciò che differisce, infatti, è unicamente il processo di identificazione del rischio assicurato, che, in una polizza *buy-side* avviene tramite un rimando per *relationem* all'*indemnity agreement*, mentre, in una polizza sintetica, in assenza di un accordo contrattuale di garanzia con il venditore, viene svolto a quattro mani dall'acquirente e dall'assicuratore.

²⁶ Accennano a un inquadramento delle polizze sintetiche come sotto-tipi delle polizze *buy-side* anche P. RAINELLI, *Le polizze assicurative "Warranty and Indemnity"*, cit. *supra*, nota 17, pp. 460-461 e A. TINA, *Le polizze W&I*, cit. *supra*, nota 22, p. 118.

Il processo di *underwriting* conosce, in questo caso, alcune complicazioni in più: la mancanza di un coinvolgimento attivo del venditore non esclude una *due diligence* da parte del venditore che anzi assumerà, se possibile, un'importanza ancor maggiore, sebbene, in questo caso, essa dovrà fare affidamento su fonti diverse dalla tradizionale *data room* professionalmente predisposta dai consulenti del venditore. Di riflesso, anche l'assicuratore non avrà, in questo caso, il beneficio di alcuna interlocuzione con il venditore (ancorché spesso le compagnie la ricerchino, sia pure senza poter fare su di esso un affidamento legalmente rilevante) e dovrà unicamente basarsi sul lavoro svolto dall'acquirente e dai suoi consulenti.

Questo comporterà alcune differenze rilevanti nella negoziazione del contenuto della polizza che usualmente incidono anche sul premio, rendendolo più elevato.

In primo luogo, l'ambito di applicazione della polizza sarà verosimilmente più contenuto rispetto a quello di una polizza W&I, proprio in considerazione della minor profondità e ampiezza del processo di *due diligence*.

Inoltre, l'assenza di garanzie contrattuali rilasciate dal venditore impedirà, in linea di principio, che l'assicuratore possa rivalersi nei suoi confronti²⁷, con due importanti eccezioni. In primo luogo, è possibile che l'accordo di compravendita, anche se ridotto ai minimi termini contrattuali, non escluda del tutto alcune garanzie legali del venditore, che potrebbero essere parzialmente riprodotte tra le dichiarazioni assicurate. In questo caso, la compagnia assicurativa potrebbe rivalersi nei confronti del venditore, surrogandosi nei diritti dell'assicuratore derivanti dalla violazione di siffatta garanzia legale.

Inoltre, quando il venditore abbia occultato fraudolentemente circostanze rilevanti, che, se note all'acquirente, lo avrebbero indotto a non concludere il contratto o a concluderlo a condizioni diverse, si potrà invocare, a prescindere dall'esistenza o meno di garanzie espresse, il dolo (determinante o incidente) e l'acquirente potrebbe agire contro il venditore per ottenere un risarcimento. In questo caso, nella misura in cui il dolo del venditore riguardi una questione comunque coperta dalla polizza sintetica, è ragionevole sostenere che la compagnia assicurativa possa esercitare un diritto di rivalsa contro il venditore. In questo caso, l'onere della prova per la compagnia assicurativa sarà intuibilmente piuttosto impegnativo, poiché dovrà dimostrare stati soggettivi e criteri di valutazione dell'acquirente, afferenti a una negoziazione cui non ha preso parte o cui ha partecipato solo indirettamente. A questo proposito, se ci venisse richiesto un consiglio redazionale

²⁷ P. RAINELLI, *Le polizze assicurative "Warranty and Indemnity"*, cit. supra, nota 17, p. 461.

per la stipula di una polizza sintetica a tutela della compagnia di assicurazioni, suggeriremmo probabilmente di rafforzare le consuete clausole di cooperazione presenti nelle polizze W&I, richiedendo un maggiore supporto da parte dell'assicurato a favore dell'assicuratore che desiderasse surrogarsi in simili circostanze.

In conclusione, pur in presenza di non poche problematiche applicative, le garanzie sintetiche, messa da parte la loro esotica "etichetta" commerciale, potrebbero divenire, anche nel mercato italiano, uno strumento prezioso, adattandosi alle mutevoli esigenze del mercato ed offrendo soluzioni su misura per le sfide delle operazioni straordinarie. La loro evoluzione ed applicazione meritano attenzione, poiché potrebbero trasformare significativamente l'approccio alla gestione del rischio nelle operazioni M&A.

Gabriele Capecchi*

SINTESI

L'articolo esplora le principali caratteristiche delle *synthetic warranties* ("polizze sintetiche"), strumento emergente nel contesto delle operazioni straordinarie. Le polizze sintetiche rappresentano un'evoluzione delle polizze W&I (*warranty and indemnity*) e si caratterizzano per essere negoziate direttamente tra l'acquirente e l'assicuratore, virtualmente senza intervento del venditore. Questo tipo di polizza è dunque particolarmente utile, in particolare, quando il venditore non è in grado o non vuole fornire garanzie. Le polizze sintetiche offrono una protezione flessibile, adattandosi alle esigenze specifiche delle transazioni straordinarie. Tuttavia, il loro utilizzo solleva questioni regolamentari e richiede attenzioni specifiche nel processo di *underwriting* e nella negoziazione della polizza.

ABSTRACT

The article explores the main characteristics of synthetic warranties, an emerging tool in the context of extraordinary transactions. Synthetic warranties represent an evolution of W&I (warranty and indemnity) policies and are characterized by being negotiated directly between the buyer and the insurer, virtually without the involvement of the seller. This type of policy is particularly useful when the seller is either unable or unwilling to provide warranties. Synthetic warranties offer flexible protection, tailored to the specific needs of extraordinary transactions. However, their use raises regulatory issues and requires specific attention during the underwriting process and in the negotiation of the policy.

* Avvocato, LL.M.

LE CLAUSOLE DI *BEST EFFORTS* NELL'ORDINAMENTO INTERNO: STATO DELL'ARTE E SPUNTI DI RIFLESSIONE PER GLI OPERATORI GIURIDICI

Sommario: *Premessa - 1. Origini e funzione - 2. I best efforts nella dogmatica interna: cenni definitivi - 3. L'ambiguità delle clausole di best efforts - 4. Rilievi in materia di responsabilità contrattuale - 5. Spunti dalla recente giurisprudenza nazionale e internazionale - 6. Tecniche redazionali nelle clausole di best efforts.*

Premessa

Digitando “clausole di *best efforts*” nel campo di ricerca dell'ormai tanto noto quanto controverso strumento di intelligenza artificiale ChatGPT e avviando la ricerca, il *software*, tentando senza particolare successo di fornire una definizione per tali clausole, coglie nel segno uno dei relativi profili di maggior rilievo e problematicità: la loro “ambiguità”.

Prima di chiarire cosa si intende con tale ultimo termine, si ritiene opportuno offrire una definizione quanto più precisa possibile di *best efforts*, nonché indicare le aree e i settori nei quali, con maggiore frequenza nella prassi, gli operatori del diritto utilizzano clausole di *best efforts* per comporre regolamenti pattizi, in particolare, al fine di definire gli interessi delle parti all'adempimento di una specifica obbligazione.

Si anticipa inoltre che, ad oggi, il quadro relativo all'utilizzo e all'interpretazione delle suddette clausole permane poco chiaro, se non addirittura oscuro, a causa di una serie di fattori che verranno illustrati nel prosieguo del presente scritto, che si pone come obiettivo ultimo quello di fornire taluni consigli pratici agli operatori del diritto interno nelle fasi di redazione e negoziazione di testi contrattuali.

Invero, all'empirica constatazione della sovrabbondante presenza di tali clausole nella moderna contrattualistica si contrappone l'assenza assoluta di omogeneità nelle soluzioni proposte sia in dottrina sia in giurisprudenza, non solo nel panorama nazionale.

1. Origini e funzione

Le clausole di *best efforts* traggono la propria origine nella contrattualistica propria dei sistemi di *common law*, ricorrendo con particolare frequenza nei contratti di natura commerciale e, in particolare, nel settore del diritto societario e immobiliare¹, dove rivestono una funzione qualificatrice della condotta esigibile da una delle parti in relazione a specifiche prestazioni future e dal risultato incerto, come tipicamente sono quelle incluse nei contratti volti a produrre, a seguito del realizzarsi degli eventi previsti quali elementi accidentali, il trasferimento di beni immobili ovvero di partecipazioni sociali.

Inoltre, un largo utilizzo delle suddette clausole può rinvenirsi nei contratti di distribuzione, dove sovente contribuiscono a qualificare l'obbligazione, gravante sul distributore, di promuovere determinati prodotti in una certa area², nonché negli accordi di riservatezza, al fine di disciplinare la condotta del *recipient* atta ad evitare la diffusione delle informazioni confidenziali oggetto del contratto³.

Tuttavia, il loro utilizzo non è confinato a determinate tipologie pre-stabilite di contratti tipici, prestandosi ad accompagnare una vasta moltitudine di obbligazioni, diverse da quelle che richiedono un adempimento subitaneo.

Rivestendo carattere definitorio del comportamento richiesto a una parte per l'esatto adempimento di una prestazione non è raro, nella prassi, che clausole di *best efforts* vadano a gravare sulla posizione negoziale di quella tra le parti da cui dipende la realizzazione del risultato contrattualmente fissato, ovvero nell'interesse della quale quest'ultimo è previsto.

A titolo esemplificativo, accade spesso nei contratti di compravendita di partecipazioni sociali sottoposti a condizioni sospensive legate al corret-

¹ G. M. ROSENBER - M. A. PENSABENE, "Best Efforts" Clauses in Commercial Leases, in *New York Law Journal*, 1 febbraio 2023, reperibile sul sito internet www.rosenbergstis.com.

² Per una vasta panoramica dei contratti che, nella prassi, includono con maggiore frequenza impegni di *best efforts* si veda M. FONTAINE - F. DE LY, *La redazione dei contratti internazionali. A partire dall'analisi delle clausole*, in *Contratti e Commercio Internazionale*, 2008, p. 249 ss.

³ C. ROSSELLO, *Le clausole di riservatezza e i "non disclosure agreements"*, in *Dir. comm. int.*, 2014, fasc. 3, p. 703 ss.

to svolgimento e perfezionamento di procedimenti aventi carattere amministrativo o comunque pubblicistico che, in ragione del fatto che è il venditore a trovarsi in possesso della documentazione necessaria ai fini della soddisfazione dell'elemento accidentale, sullo stesso vengano a gravare impegni di *best efforts* volti al raggiungimento del risultato fissato, pur richiedendo il realizzarsi dello stesso un certo grado di collaborazione da parte di un'autorità ovvero di un ente terzo⁴.

2. I *best efforts* nella dogmatica interna: cenni definitivi

L'inserimento di tali clausole nel regolamento contrattuale comporta pertanto l'effetto di traslare su un piano di maggiore vincolatività e impegno l'adempimento della prestazione gravante su una delle parti rispetto alla tipica modalità di conduzione e svolgimento dei rapporti giuridici fondata sui canoni di diligenza enucleati dall'art. 1176 del codice civile⁵.

Senza abbandonare i confini del diritto italiano, le clausole di *best efforts* sono state oggetto di tentativi di sussunzione all'interno della controversa categoria delle obbligazioni di mezzi in virtù della considerazione per cui, sebbene impongano *standard* di condotta maggiormente stringenti e onerosi per la parte sulla quale vengano a gravare, in nessun caso sarebbero volti a garantire con certezza l'esatto adempimento della prestazione cui si riferiscono⁶.

Quanto precede sembrerebbe trovare conferma nella prassi interna nonostante il formale superamento, ad opera della Suprema Corte, della rilevanza giuridica della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato quale criterio idoneo a graduare la modalità dell'adempimento e ad influenzare il riparto dell'onere probatorio in caso di preteso inadempimento di un'obbligazione⁷.

La tesi che inquadra i *best efforts* tra le obbligazioni di mezzi parrebbe avallata, da ultimo, dalla definizione recentemente elaborata dall'Unidroit

⁴ Si veda, tra gli altri, *Rachmani Corp. V. 9 East 96th St. Apt, 211, Appellate Division of the Supreme Court of New York, First Department*, 16 maggio 1995.

⁵ In senso conforme si veda, sia pure con riferimento ad un ordinamento di *common law*, *Kroboth v. Brent, Appellate Division of the Supreme Court of New York, Third Department*, 4 maggio 1995. In tale occasione, la buona fede è stata riconosciuta requisito implicito e necessario dell'agire delle parti, mentre l'uso dei *best efforts*, dovendo essere esplicitato nell'assetto contrattuale, qualifica in termini più stringenti le relative obbligazioni e il conseguente adempimento.

⁶ M. SONGUL AKIN, *Le clausole "Best efforts"*, reperibile sul sito internet www.consulenza-contratti.com.

⁷ Cass., SS.UU., 28 luglio 2005, n. 15781, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 828 ss.

nei «*Principles of International Commercial Contracts*», ai sensi del cui art. 5.1.4., traducendo letteralmente dall'inglese, «nella misura in cui un'obbligazione comporti per la parte il dovere di approfondire i propri *best efforts* nell'adempimento di una prestazione, questa è obbligata a sostenere effettivamente tali *efforts* nella medesima misura in cui gli stessi sarebbero sostenuti da un agente diligente operante nel medesimo settore di attività che si fosse trovato nelle medesime condizioni e circostanze»⁸.

La sussunzione all'interno delle obbligazioni di mezzi si ricava per contrasto con la definizione fornita dall'Unidroit al comma successivo del medesimo articolo relativo invece alle obbligazioni che impongono il raggiungimento di uno specifico risultato, dove il non esatto adempimento può trovare giustificazione e andare esente da responsabilità per la parte cui si riferisce esclusivamente alla luce della categoria degli eventi di forza maggiore⁹.

In ogni caso, è stato di recente autorevolmente sostenuto che, mentre il significato dell'espressione anglo-americana *best efforts* è stato quanto meno circoscritto a un *range* ristretto di possibili interpretazioni dalle numerose sentenze promanate nei sistemi di *common law*, la relativa ermeneutica nel diritto interno rimane prevalentemente oscura¹⁰.

3. L'ambiguità delle clausole di *best efforts*

La circostanza fattuale per cui, in ragione del recente fenomeno di apertura globale dei mercati, moltissime società italiane intrattengono costanti rapporti commerciali di varia natura con enti stranieri¹¹, molto spesso inglesi ovvero americani, ha comportato l'introduzione e l'affermazione di tecniche redazionali proprie dei sistemi di *common law*, nonché di termini di provenienza anglo-americana tra cui, per quanto qui di interesse, le espressioni *best efforts*, utilizzate negli schemi americani, ovvero *best endeavours* di matrice inglese.

Come anticipato, sebbene non possa escludersi che clausole di *best efforts* vengano utilizzate per qualificare obbligazioni connesse a risultati si-

⁸ UNIDROIT, *Principles of International Commercial Contracts*, Rome, International Institute for the Unification of Private Law, 2016, Article 5.1.4., reperibile sul sito internet www.unidroit.org.

⁹ A. VENEZIANO - G. ROJAS ELGUETA - P. GALIZZI, *The multiple uses of the Unidroit principles of International Commercial Contracts: Theory and Practice*, Collana Contratti e Commercio Internazionale, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020.

¹⁰ G. DE NOVA, *Il linguaggio dei contratti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, n. 2, 2017, p. 431 ss.

¹¹ Sul fenomeno della internalizzazione delle imprese italiane Cfr. M. BIANCHI, *Contratti Internazionali di Distribuzione*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 1 ss.

curi e facilmente raggiungibili¹², la traduzione italiana di “migliori sforzi” rende evidente il carattere di difficoltà e incertezza della prestazione richiesta alla parte, caratterizzata dalla impossibilità di un adempimento subitaneo e, pertanto, necessariamente differito nel tempo.

Per questa ragione, nonostante possa apparire chiara la portata degli impegni assunti dalle parti nelle fasi di trattativa e al momento della sottoscrizione del contratto, il decorso del tempo che scandisce il passaggio dalla fissazione degli oneri contrattuali all’effettivo adempimento spesso rende difficoltoso ricostruire le originarie intenzioni e la primaria volontà delle parti, soprattutto quando tale indagine viene a essere condotta nelle aule giudiziarie a distanza di molto tempo dalla stipula del negozio.

Alla luce di quanto sopra, uno dei principali profili problematici che si ricollega all’utilizzo di clausole di *best efforts* è rappresentato dalla sua alienità¹³, ossia dalla mancata corrispondenza di un sintagma analogo nell’ordinamento interno, che possa fungere da appiglio interpretativo per il giudice nazionale.

La principale conseguenza è data dall’interpretazione ambigua e discordante che le Corti possono giungere ad attribuire ad espressioni letteralmente identiche ma contenute in distinti regolamenti pattizi, con esiti infausti per il principio cardinale di certezza del diritto.

La tematica assume ancora maggior rilievo se si pensi che, anche a causa della leggerezza degli operatori giuridici, non è infrequente che tali clausole vengano inserite in contratti internazionali la cui disciplina, esecuzione e interpretazione viene affidata alla legge italiana.

Per gli effetti, come anticipato, molto spesso gli esiti delle controversie relative a pretesi inadempimenti di obbligazioni contrattuali originatesi da clausole che dispongono impegni di *best efforts* risultano incerti, in quanto lasciati alla sensibilità discrezionale di ciascun giudice.

Questi ultimi sono infatti chiamati a riempire di significato una formula che affonda le proprie radici in ordinamenti stranieri, spesso senza essere in possesso di adeguati strumenti per svolgere la propria attività di indagine, come dimostrato oltre nel presente scritto, anche a causa dell’inconsapevole e poco razionale operato dei legali.

Invero, il principale testo di riferimento per la risoluzione di controversie di diritto privato, il codice civile, non contiene alcun riferimento a modalità di adempimento delle obbligazioni diverse da quella basata sulla

¹² M. A. LIVI, *Clausola Best Efforts*, in M. CONFORTINI, *Clausole Negoziali. Vol. 2*, Vicenza, Utet, 2019, p. 617 ss.

¹³ Sui c.d. «contratti alieni» si rimanda a G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, Giappichelli, 2010.

diligenza e che impongano sulle parti sforzi graduati di guisa che sia evitato l'incorrere in profili di responsabilità.

Considerati i potenziali riflessi giuridici connessi all'utilizzo di siffatte clausole nel nostro ordinamento e che verranno esaminati subito oltre, la fase della relativa negoziazione nei contratti internazionali si rivela, nella prassi, spesso fitta e difficoltosa.

Paradossalmente, tuttavia, l'introduzione di impegni di *best efforts* è vista non raramente con favore da entrambe le parti di un rapporto commerciale poiché permette alle stesse di evitare l'introduzione di previsioni specifiche nonché di pervenire rapidamente alla firma dell'accordo, determinando il sorgere di effetti giuridici immediati senza dover attendere il raggiungimento di uno specifico obiettivo ovvero la realizzazione di un determinato risultato¹⁴.

Da un punto di vista meno strettamente giuridico, il *favor* verso suddette clausole è dovuto inoltre alla corrente rapida evoluzione tecnologica e all'incessante progredire scientifico, che ingenerano tra gli operatori commerciali una così ampia fiducia e ottimismo nella capacità di sviluppo di prodotti e servizi da condurre con facilità gli stessi alla sottoscrizione di contratti contenenti obbligazioni il cui adempimento richiede la profusione di sforzi in vista della realizzazione di progetti di carattere tecnico nel breve-medio tempo.

4. Rilievi in materia di responsabilità contrattuale

La nota discrepanza ontologica esistente tra i sistemi di *common law* e quelli, come il nostro, di *civil law*, si ripercuote in termini di conseguenze derivanti dalla pretesa violazione di clausole di *best efforts*, con particolare riferimento al tema della ripartizione dell'onere della prova e dei presupposti del sorgere di profili di responsabilità contrattuale¹⁵.

Se si accoglie, come parrebbe fare l'orientamento dominante, la tesi che vede ricondurre le clausole di *best efforts* all'interno del novero delle obbligazioni di mezzi, si ricaverebbe di conseguenza il principio per cui grava sul creditore della prestazione l'onere di dimostrare che il debitore non abbia effettivamente utilizzato i suoi "migliori sforzi" per addivenire

¹⁴ In questo senso, K. A. ADAMS, *Interpreting and Drafting Efforts Provisions: From Unreason to Reason*, reperibile sul sito internet www.adamsdrafting.com.

¹⁵ In questo senso, cfr. C. CHAPPUIS, *Les clauses de best efforts, reasonable care, due diligence et le règles de l'art dans les contrats internationaux*, in *Rev. Droit Affaires Internationales*, n. 1, 2002, p. 281 ss.

all'esatto adempimento della prestazione, con tutte le connesse difficoltà in termini di prova.

Pertanto, il mancato adempimento del debitore in relazione all'obbligazione di consegnare un determinato bene non comporterebbe immediatamente il sorgere della responsabilità contrattuale qualora il debitore si sia effettivamente impegnato a profondere i suoi migliori sforzi per far sì che la merce venisse consegnata entro una data prestabilita.

Al contrario, nel contesto di un giudizio azionato in relazione al preteso inadempimento di un'obbligazione di risultato, sarebbe il debitore a dover provare di aver adempiuto esattamente la prestazione, dovendo il creditore limitarsi a dimostrare l'esistenza del proprio credito per risultare vittorioso nella lite.

A questo proposito, infatti, mentre nelle obbligazioni di risultato l'inadempimento coincide con il mancato raggiungimento dell'obiettivo fissato ed è quindi immediatamente dimostrabile, risulta operazione alquanto più complessa quella relativa alla valutazione degli sforzi di condotta effettivamente profusi dal debitore di un'obbligazione di mezzi¹⁶.

Le pattuizioni di *best efforts* rappresenterebbero dunque una clausola generale indeterminata¹⁷ a disposizione dell'autonomia delle parti e utilizzabile al fine di trasformare un'obbligazione di risultato in una di mezzi, con le conseguenze sopra menzionate in termini di oneri processuali e *standard* di condotta richiesti al debitore.

Tuttavia, è solo il caso di rammentare che il giudizio ultimo sull'interpretazione delle previsioni contrattuali spetta alla giurisprudenza che, dinanzi a formulazioni spesso indeterminate, potrebbe riscontrare difficoltà insormontabili nell'operazione di ricostruzione della comune volontà delle parti al momento della sottoscrizione dell'accordo, dovendo necessariamente ricorrere all'utilizzo dei criteri oggettivi suppletivi di ermeneutica negoziale, dettati dagli artt. 1363 e seguenti del codice civile, con risultati sovente non in linea rispetto alla disciplina originaria degli interessi oggetto del contratto.

In altri termini, in presenza di clausole di *best efforts* l'accertamento di eventuali profili di responsabilità contrattuale dovrà passare necessariamente per una valutazione personale-soggettiva (e quindi essenzialmente incerta) della condotta del debitore, temperata dall'analisi delle circostan-

¹⁶ In questo senso M. A. LIVI, *Clausola Best Efforts*, cit. supra, nota 12, p. 645.

¹⁷ Utilizza questo sintagma F. ASTONE, *Direttiva sul diritto di autore e clausole generali. A proposito della condivisione non autorizzata di contenuti*, in L. C. UBERTAZZI, *AIDA* 2021, Milano, Giuffrè, p. 143 ss.

ze del caso concreto¹⁸ e dalla più o meno puntuale formulazione della clausola considerata.

Le sopra menzionate criticità assumono dimensioni ancora maggiori se si pensi che la norma cardine del sistema interno di responsabilità contrattuale si fonda sul concetto di esattezza della prestazione, *prima facie* inconciliabile con l'indeterminata area di interpretazione originantesi in relazione all'utilizzo di formule di *best efforts* nell'adempimento delle obbligazioni¹⁹.

Uno spunto concreto per lo svolgimento di ulteriori riflessioni in tema di responsabilità contrattuale per violazione di clausole di *best efforts* (nonché circa la loro ambiguità) è stato di recente fornito dall'emanazione della direttiva Ue n. 2019/790 in materia di diritto d'autore e diritti connessi nel mercato unico digitale²⁰.

La versione italiana dell'art. 17 della direttiva, infatti, nel delineare il sistema di responsabilità del prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online*, traduce il sintagma *best efforts* con l'espressione «massimi sforzi» e non con quella di «migliori sforzi», a una prima lettura suggerendo l'introduzione di uno *standard* elevatissimo di condotta a carico del fornitore di servizi *web*, al confine con il regime della responsabilità oggettiva²¹.

A tal proposito, è stato sottolineato che l'utilizzo della non univocamente interpretabile formula di *best efforts* nel delineare l'impianto di salvaguardia del diritto d'autore abbia comportato non solo considerevoli ritardi nella elaborazione delle norme nazionali di recepimento, in quanto gli Stati membri si sono trovati in disaccordo sulla portata da attribuire al suo significato, ma abbia anche condotto numerosi prestatori di servizi ad eliminare massicciamente contenuti e informazioni utili caricati sulle piattaforme internet e ad adottare misure restrittive della libertà di espressione, per timore di possibili *claim* e richieste di indennizzo, soprattutto alla luce della traduzione italiana del sintagma²².

¹⁸ M. BIANCHI, *Manuale dei contratti internazionali*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, p. 125.

¹⁹ Si fa riferimento, come noto, all'art. 1218 del codice civile.

²⁰ In *Gu-Ue* n. L 130 del 17 maggio 2019, p. 92 ss. Il testo è reperibile sul sito internet <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/790/oj?locale=it>.

²¹ Sui problemi sollevati dalle divergenti traduzioni di espressioni inglesi nei vari Stati membri si rimanda a A. LARROYED, *When Translations Shape Legal Systems: How Misguided Translations Impact Users and Lead to Inaccurate Transposition – The Case of 'Best Efforts' under Article 17 DCDSM*, reperibile sul sito internet https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3740066.

²² In maniera più ampia, si veda M. BASSINI - G. DE GREGORIO, *The implementation of the copyright directive in Italy and the proper understanding of the 'Best Efforts' Clause*,

Risultano forse ora maggiormente chiare le ragioni per cui gli operatori giuridici ritengono che le clausole di *best efforts* impongano sulla parte cui vadano a gravare un livello di diligenza assai maggiore rispetto a quello previsto per legge.

5. Spunti dalla recente giurisprudenza nazionale e internazionale

Tuttavia, mentre è ferma convinzione degli operatori giuridici internazionali che le clausole di *best efforts* determinino il sorgere di un'obbligazione avente ad oggetto una prestazione che potrebbe ritenersi esattamente adempiuta soltanto qualora la parte si sia spinta sino al confine con la forza maggiore e il caso fortuito, anche qualora l'adempimento comporti un totale sacrificio degli interessi della stessa²³, di diverso avviso appaiono numerosi orientamenti giurisprudenziali rappresentativi di diversi ordinamenti giuridici.

Su un piano ancora diverso, numerose pronunce emanate dalle Corti di ordinamenti stranieri hanno mostrato un atteggiamento di indifferenza rispetto alle varianti terminologiche di *commercially reasonable efforts*, *reasonable efforts* e *diligent efforts*, spesso introdotte dai legali nel tentativo di configurare artificialmente *standard* di condotta meno elevati rispetto a quello ingenerato dalla presenza di impegni di *best efforts*, con lo scopo di vedere restringere il perimetro dell'eventuale responsabilità contrattuale dei propri assistiti.

Invero, nelle decisioni giurisprudenziali promanate nei sistemi di *common law* la differenza tra le suddette espressioni assume non infrequentemente carattere di mera discrepanza semantica o letterale, senza comportare alcun riflesso rilevante in termini giuridici e, quindi, richiedendo alla parte onerata lo stesso livello qualitativo di condotta, sia che questa sia ancorata al parametro dei *best efforts* sia a quelli di *reasonable* ovvero *diligent efforts*²⁴.

Infatti, come autorevolmente riportato²⁵, solo qualche anno fa la *Court of Chancery* del Delaware – pronunciandosi sul caso *Channel Medsy-*

Media Laws, Policy Paper, 2021, reperibile sul sito internet <https://www.medialaws.eu/wp-content/uploads/2021/04/Policy-paper-ML-Article-17-and-best-efforts-5.pdf>.

²³ B. LABRANCHE - D. PANKRATYEVA, *Interpreting "best efforts" vs "reasonable efforts" in contracts*, reperibile sul sito internet www.bdplaw.com.

²⁴ In questo senso, L. PAULLIN-HEBDEN - A. ITSEUMAH, *Best Efforts, Diligent Efforts and Commercially Reasonable Efforts: What's the Difference?*, 13 febbraio 2018, reperibile sul sito internet www.casetext.com.

²⁵ M. PASSADOR, *Il confine tra best efforts, reasonable efforts e commercially reasonable efforts nella recente giurisprudenza statunitense*, in *Riv. soc.*, 2021, p. 250 ss.

stems, Inc. v. Boston Scientific Corporation, dove oggetto della controversia era il preteso inadempimento, da parte di quest'ultima, dell'obbligo negoziale di perfezionare un'operazione di fusione – si è soffermata ampiamente e per la prima volta sul valore da attribuirsi alle summenzionate espressioni, tentando di elaborare criteri ermeneutici uniformi e generalmente validi affinché venissero utilizzati nelle successive decisioni.

In ogni caso, il tentativo si è rivelato infruttuoso. Tali clausole non hanno ricevuto, e non godono tuttora di una lettura condivisa a livello giurisprudenziale per quanto riguarda i parametri di valutazione della condotta richiesta, venendo sottoposte al vaglio caso-per-caso delle Corti competenti, maggiormente interessate all'analisi del generale contesto pattizio in cui gli interessi delle parti sono disciplinati²⁶.

La stessa *Court of Chancery* sopra menzionata, più di recente, ha dimostrato di non essere particolarmente convinta che tra le espressioni *best efforts*, *reasonable efforts* e *diligent efforts* sussista una gerarchia stabilita in termini di onerosità dell'impegno nell'adempimento, che le vedrebbe riproposte nello stesso ordine decrescente a partire da quella maggiormente vincolante.

Ancora sul punto del mancato approdo a soluzioni univoche in tema di *best efforts* e rimanendo negli Stati Uniti, decisioni discordanti in materia di *enforceability* delle clausole di *best efforts* possono essere riscontrate a seconda delle diverse *division* delle Corti americane competenti a dirimere la controversia considerata²⁷, aumentando il tasso di incertezza in tema di interpretazione delle clausole in esame.

Passando ora ad un rapido vaglio del panorama giurisprudenziale italiano, si segnala la pressoché totale assenza di pronunce di legittimità che chiariscano il significato da attribuirsi ai *best efforts* nel nostro ordinamento giuridico.

Infatti, tra le recenti decisioni che affrontano e trattano direttamente il tema, si rinvengono solamente due pronunce di merito.

Nel 2015²⁸, in una controversia avente ad oggetto talune pretese connesse all'esecuzione di un contratto di agenzia per la promozione di prodotti di vendita, la convenuta aveva eccepito l'inadempimento attoreo in

²⁶ A. CONZATTI, *I Best Efforts nell'adempimento delle obbligazioni contrattuali: note brevi di giurisprudenza negli Stati Uniti ed in Italia*, in *Contratto e Impresa*, 2010, p. 22.

²⁷ Sul punto vedasi T. J. HALL - J. A. ARCHER, *Commercial division update: Enforcement of "best efforts" clauses*, in *New York Law Journal*, 17 agosto 2023, reperibile sul sito internet www.nortonrosefullbright.com.

²⁸ Tribunale di Palermo, sezione III civile, 15 ottobre 2015 n. 5503, reperibile sul sito internet www.foroplus.it.

relazione al mancato raggiungimento dell'obiettivo di vendita contrattualmente fissato.

Al riguardo, il Tribunale di Palermo, rilevando la presenza di una clausola di *best efforts* gravante sull'attore, ha ricondotto l'obbligazione che imponeva il raggiungimento di un determinato quantitativo di vendita tra le obbligazioni di mezzi e, pertanto, non ha riconosciuto sussistente il preteso inadempimento.

Senza soluzione di continuità, solo qualche anno prima il Tribunale meneghino²⁹ si era pronunciato riconoscendo la natura di obbligazione di mezzi alle clausole di *best efforts*, differenziandole dalle obbligazioni del fatto del terzo ex art. 1381 del codice civile, qualificate al contrario come obbligazioni di risultato.

In conclusione sul punto, parrebbe quindi che gli sforzi compiuti dalla scarsa giurisprudenza italiana in tema di introduzione, esecuzione e valutazione delle clausole di *best efforts* si arrestino dinanzi alla generica e implicita affermazione della loro compatibilità con il sistema di norme in vigore nel nostro ordinamento, nonché della loro (già consolidata nella prassi) inclusione tra le fonti delle obbligazioni di mezzi.

6. Tecniche redazionali nelle clausole di *best efforts*

Nel contesto dell'eufemisticamente frastagliato panorama relativo all'utilizzo di formule di *best efforts* nella contrattualistica internazionale, diviene momento di fondamentale importanza per gli operatori giuridici quello relativo alla redazione delle relative clausole, al fine di circoscrivere quanto più possibile il perimetro di valutazione discrezionale demandato per legge al giudice competente in caso di controversia.

Alla luce di quanto sin qui esposto e, in particolare, in ragione dell'incertezza interpretativa connessa al loro utilizzo nella prassi, sarebbe opportuno evitare *in toto* l'introduzione in contratto di clausole di *best efforts*, a meno che l'adempimento dell'obbligazione cui vengano ad essere connesse non sia – al momento della sottoscrizione del contratto – ancorabile in senso assoluto a parametri oggettivi e misurabili, idonei a far rientrare l'obbligazione in questione tra quelle “di risultato”³⁰, valutabili con maggiore agilità e grado di omogeneità dalle Corti.

²⁹ Tribunale di Milano, sezione VIII civile, 7 febbraio 2012 n. 1483, reperibile sul sito internet www.foroplus.it.

³⁰ E. BETTO, *Mind the Gap - 3: Le clausole di Counterparts e Best Efforts nel Diritto Inglese*, in *Dir. comm. int.*, 2013, p. 123 s., spec. p. 138.

In ogni caso, larga parte delle operazioni disciplinate nella contrattualistica internazionale richiede alle parti l'adempimento di una moltitudine di obbligazioni, alcune delle quali inevitabilmente non determinabili in maniera immediata e compiuta, ovvero il cui adempimento demanda un certo grado di collaborazione da parte di soggetti terzi. In questi casi, il ricorso a formule indeterminate quali quella di *best efforts* appare irrinunciabile nel permettere di delineare il complessivo assetto degli interessi in contratto³¹.

Considerato che, come segnalato nel paragrafo precedente, non mancano decisioni giurisprudenziali statuenti l'irrelevanza giuridica della distinzione tra gradi di diligenza prevedibili a carico delle parti in relazione alle singole obbligazioni considerate, il primo consiglio per gli avvocati è quello di evitare di inserire riferimenti a più *standard* di *effort* nel medesimo testo contrattuale, in quanto possono contribuire a creare confusione nell'interprete, soprattutto qualora le rispettive definizioni contengano termini in comune³².

Qualora non sia evitabile ricorrere a clausole di gradazione della diligenza, si suggerisce di introdurre in contratto una specifica definizione atta a chiarire che cosa debba intendersi per *best efforts* nell'adempimento dell'obbligazione.

Nei contratti internazionali di compravendita di partecipazioni societarie, ad esempio, molto spesso gli operatori giuridici dedicano un apposito articolo alle definizioni dei termini ivi utilizzati.

Quanto segue, tratto da uno *share purchase agreement* effettivamente sottoscritto, non è tuttavia assolutamente sufficiente a restringere l'area di incertezza connesso all'uso delle formule in esame: «*The phrases "best efforts", "reasonable efforts", "best endeavours" or "reasonable endeavours" shall be interpreted as an obbligazione di mezzi under Italian Law*».

Invero, nel sopra riportato caso il contratto non offre alcun parametro oggettivo alla luce del quale valutare e interpretare il comportamento delle parti in relazione al fatto-adempimento, limitandosi a qualificare l'obbligazione generata dall'utilizzo della clausola, senza peraltro nulla aggiungere rispetto ai traguardi dottrinali e giurisprudenziali già raggiunti.

La previsione di una siffatta clausola rischia quindi di risultare inutile e di non fornire alcuno spunto interpretativo funzionale a guidare l'attività

³¹ D. SHINE, "Best Efforts" Standards Under New York Law: Legal and Practical Issues, in *The M&A Lawyer*, vol. 7, no. 9, 2004.

³² G. WEST, *The Supposed Hierarchy of "Efforts" Clauses*, reperibile sul sito internet <https://restructuring.weil.com/international/the-supposed-hierarchy-of-efforts-clauses/>.

del giudice verso direzioni differenti rispetto a quelle tracciate dai canoni minimi di buona fede e diligenza previsti dalle norme del codice civile.

In mancanza di una definizione adeguata di *best efforts*, il grado di intensità degli sforzi di condotta esigibili dalla parte vengono infatti solitamente ricostruiti dalle Corti mediante un'analisi sistematica delle circostanze che accompagnano l'obbligazione nel complessivo regolamento pattizio³³, volta alla ricerca della comune e originaria volontà delle parti.

A meri fini di chiarezza, con esclusivo riguardo all'ordinamento italiano, è stato in modo condivisibile affermato che in ogni caso il debitore non possa incorrere in responsabilità contrattuale qualora l'adempimento dell'obbligazione richiederebbe l'impiego di sforzi anormali, rappresentando la buona fede oggettiva un limite invalicabile della responsabilità debitoria³⁴.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, si ritiene fondamentale definire in maniera precipua e oggettiva il sintagma *best efforts* al fine di non vedere frustrata l'autonomia delle parti nel loro tentativo di specificare lo *standard* di condotta richiesto al debitore nell'adempimento, sottraendo spazio alla discrezionalità di valutazione delle Corti.

L'importanza di inserire una definizione di *best efforts* in contratto assume dimensioni ancora maggiori qualora quest'ultimo sia disciplinato dalla legge italiana, considerata l'assenza pressoché assoluta di decisioni nomofilattiche atte a definire linee-guida per l'interpretazione delle clausole in esame³⁵.

Nel definirle, gli operatori giuridici internazionali sono chiamati a effettuare una scelta in merito ai parametri di redazione da utilizzare, che si pone in termini dicotomici di costruzione soggettiva ovvero oggettiva della clausola, che si rivela di fondamentale importanza nella inerente ermeneutica.

Nel caso in cui i riferimenti prescelti siano soggettivi, ossia ancorati al livello di diligenza solitamente adottato dalla stessa parte su cui grava l'obbligo di adempiere secondo *best efforts*, il giudice dovrà valutare l'esatto adempimento ricercando e valutando gli sforzi profusi dalla suddetta parte nell'espletamento di prestazioni similari, da questa già portati a compimento nel recente passato.

³³ C. THAU, *Is This Really the Best We Can Do? American Courts' Irrational Efforts Clause Jurisprudence and How We Can Start to Fix It*, reperibile sul sito internet <https://www.law.georgetown.edu/georgetown-law-journal/wp-content/uploads/sites/26/2021/03/Thau-Is-This-Really-the-Best-We-Can-Do-American-Courts-Irrational-Efforts-Clause-Jurisprudence-and-How-We-Can-Start-to-Fix-It.pdf>.

³⁴ M. A. LIVI, *Clausola Best Efforts*, cit. *supra*, nota 12, p. 640 ss.

³⁵ L. GAMBINI, *Diligent Requirements For Life Sciences Deals and Earn-Outs*, reperibile sul sito internet <https://portolano.it/en/blog/life-sciences/diligent-requirements-for-life-sciences-deals-and-earn-outs>.

Tale formulazione, sebbene, da un lato, attribuisca alla parte onerata un maggior grado di *comfort* circa l'atteso *standard* di condotta, dall'altro lato, potrebbe esporla a ingerenti valutazioni da parte dei giudici circa le modalità di conduzione ordinaria del suo *business*, dovendo gli interpreti indagare sulla prassi adottata dalla parte in simili progetti ai fini dell'espletamento della necessaria analisi comparativa.

Al contrario, in caso di costruzione oggettiva della clausola, i *best efforts* faranno riferimento a livelli di diligenza generalmente adottati da soggetti giuridici appartenenti alla stessa tipologia della parte obbligata e che si trovino ad operare nel medesimo settore di attività in condizioni analoghe, con le relative difficoltà connesse alla non facile selezione dei soggetti atti a fungere quale parametro per la valutazione del giudice³⁶.

Sia che si scelga una formulazione soggettiva, oppure oggettiva, delle clausole in oggetto, al fine di ridurre l'intrinseca ambiguità risulta fondamentale ancorare l'obbligazione a parametri obiettivi³⁷, quali quelli originati dalla previsione di un termine ultimo ovvero di una finestra temporale utile per l'adempimento, dalla specificazione di traguardi intermedi da verificarsi caso per caso a seconda della tipologia di obbligazione considerata, nonché di obblighi di informativa a carico della parte onerata sullo stato di avanzamento dell'adempimento.

Introdurre elementi oggettivi nella definizione delle clausole di *best efforts* eviterebbe infatti (o quanto meno rallenterebbe) che il decorso del tempo dalla stipula del negozio renda estremamente difficoltoso per l'interprete ricostruire la comune originaria intenzione delle parti, criterio principe nel nostro ordinamento per l'attività ricognitiva degli effetti permanenti dal contratto.

Al riguardo, di recente e come strumento di ausilio per gli operatori giuridici nella redazione di clausole di *best efforts*, il *Corporation Law Committee* della *New York City Bar Association* ha elaborato un *template* che, a seconda della obbligazione da disciplinare e dell'intensità della diligenza richiesta alla parte, offre la possibilità di selezionare criteri obiettivi per permettere di discernere con un elevato grado di approssimazione il livello di *effort* selezionato quale idoneo a disciplinare il rapporto giuridico³⁸.

³⁶ Sulla distinzione tra clausole «internal looking» e oggettive si rimanda a G. LITT - R. SCHLOSSBERG, *Diligence Clauses and the Management of Uncertainty in Life Sciences Agreements*, reperibile sul sito internet <https://www.skadden.com/insights/publications/2020/06/diligence-clauses-and-the-management>.

³⁷ K. O'FLAHERTY, *Efforts Clauses - Drafter Beware*, 13 aprile 2023, reperibile sul sito internet <https://www.goulstonstorr.com/publications/efforts-clauses-drafter-beware/>.

³⁸ Si rimanda al sito internet <https://www2.nycbar.org/pdf/report/uploads/20072729-DraftingTool.EffortsStandard.pdf> per prendere visione del *template*.

8. Conclusioni

In conclusione, considerato il confusionario globale quadro normativo e l'assenza di soluzioni omogenee a livello sovranazionale, le parti dovrebbero investire minor tempo nella negoziazione dell'aggettivo da accompagnare allo *standard* di *effort* richiesto per l'adempimento della specifica obbligazione, dedicando i propri *best efforts* al tentativo di specificare criteri oggettivi sulla base dei quali misurare la diligenza del debitore nell'adempimento della prestazione³⁹, scegliendo con cautela e accortezza la legge applicabile al contratto sulla base degli orientamenti espressi sino al momento della relativa sottoscrizione nel foro prescelto.

Giovanni Manno*

SINTESI

Il contributo passa brevemente in rassegna la storia negoziale delle clausole di *best efforts*, indicando i settori in cui queste sono maggiormente utilizzate dagli operatori giuridici. L'elaborato, dopo aver messo in evidenza i profili di incertezza interpretativa connessi all'inserimento delle suddette clausole nei regolamenti pattizi, si propone di qualificare le previsioni di *best efforts* alla luce delle categorie dogmatiche proprie dell'ordinamento italiano. In particolare, vengono analizzati i riflessi in tema di responsabilità contrattuale che derivano dall'eventuale violazione di clausole di *best efforts*, a seconda che queste vengano sussunte tra le obbligazioni di mezzi ovvero di risultato. Giovandosi di recenti contributi giurisprudenziali nazionali e internazionali, infine, l'elaborato riporta una serie di consigli e di tecniche di scrittura utili affinché clausole di *best efforts* vengano redatte e, conseguentemente, eseguite e interpretate in maniera quanto più prosima possibile agli interessi originari delle parti.

³⁹ E. FISHMAN - A. CHARETTE, *Drafting a Better "Best Efforts" Clause*, reperibile sul sito internet <https://www.pillsburylaw.com/images/content/4/3/v2/4368/DraftingaBetterBestEffortsClause-CorporateCounsel072313.pdf>.

* Associate presso Legance – Avvocati Associati

ABSTRACT

The paper briefly reviews the negotiating history of best efforts clauses, indicating the areas in which they are most widely used by legal practitioners. Following an examination of the interpretative uncertainty associated with the inclusion of such clauses in contractual regulations, the paper aims to qualify best efforts clauses in light of the Italian legal framework. In particular, it analyses the contractual liability's implications resulting from the breach of best efforts clauses, depending on whether these are qualified as "obligations of means" or "obligations of results". On the basis of recent national and international jurisprudential contributions, the paper concludes by offering a series of tips and useful techniques for the purposes of drafting, executing, and interpreting best efforts clauses as closely as possible to the original interests of the parties.

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI NELLE SOCIETÀ DI CAPITALI NEL DIRITTO FRANCESE

Sommario: **1.** *Forma e composizione dell'organo di gestione* - **1.1** *La SA, Société anonyme* - **a.** *SA amministrata da un Consiglio di amministrazione: SA di tipo classico* - **b.** *SA amministrata da directoire e consiglio di sorveglianza* - **1.2** *La SAS* - **1.3** *La SARL* - **2.** *Obblighi e principi di amministrazione* - **3.** *Violazioni, azioni e danni* - *La responsabilità degli amministratori della SA* - **a.** *La responsabilità civile* - **b.** *La responsabilità penale* - **3.2** *La responsabilità degli amministratori della SAS* - **a.** *La responsabilità civile* - **b.** *La responsabilità penale* - **3.3** *La responsabilità dei gérants della SARL* - **a.** *La responsabilità civile* - **b.** *La responsabilità penale* - **4.** *Business judgment rule* - **5.** *Conclusioni con alcune indicazioni di attenzione.*

Premessa

Nel sistema francese si definiscono «società di persone» quelle società nelle quali i soci si riuniscono sulla base della loro personalità ossia in considerazione del c.d. *intuitu personae*. In tali società, i soci devono approvare ogni nuovo socio e decidere se il verificarsi di un evento che colpisce la persona di uno di loro impedisce o meno alla società di continuare la sua attività.

Le regole di entrata ed uscita dalle società sono rigide, così come le regole per il processo decisionale. Ad esempio, nell'ipotesi di cessione delle proprie quote da parte di un socio, quest'ultimo, il cedente, è obbligato a rimanere nella società se tale cessione non è approvata dagli altri soci.

Nell'ordinamento francese le società di persone sono le seguenti: le «*sociétés en nom collectif*» (SNC), le «*sociétés en commandite simple*» (SCS) e le «*sociétés civiles*».

Le «società di capitali», la «*société anonyme*» (SA) e la «*société en commandite par actions*» (SCA) sono società il cui sistema non si basa sulla personalità dei soci. I soci generalmente non si conoscono e possono, salvo eccezioni, trasferire liberamente le loro azioni.

Tra le società di persone e le società di capitali ci sono le «*sociétés à responsabilité limitée*» (SARL), le cui caratteristiche sono mutate dalle prime e dalle seconde. Lo stesso vale per le «*sociétés par actions simplifiées*» (SAS), in cui l'*intuitu personae* tra i soci è solitamente un fattore determinante.

Da un punto di vista fiscale, le SARL e le SAS sono soggette all'imposta sulle società come le SA, il che porta spesso a trattarle come società di capitali.

1. Forma e composizione dell'organo di gestione

1.1 La SA, *Société anonyme*

In Francia, la gestione della SA segue due modelli. Il primo, più diffuso, prevede un sistema basato su un unico organo: il Consiglio di amministrazione.

Il secondo, anche se non è il più comune nella pratica, è favorito nelle grandi strutture, e prevede una gestione strutturata intorno a due entità distinte: il *directoire*, che assicura l'amministrazione della società ed il consiglio di sorveglianza, che controlla le attività dello stesso *directoire*.

a. SA amministrata da un consiglio di amministrazione: SA di tipo classico

La gestione e la direzione delle SA tradizionali sono divise tra tre organi:

- il Consiglio di amministrazione, composto dagli amministratori, che ha il compito di controllare la gestione della direzione, stabilire gli orientamenti strategici della società e garantire il buon funzionamento della stessa;

- il presidente del Consiglio di amministrazione, noto in pratica come "presidente non esecutivo", il cui compito è quello di assicurare il buon funzionamento degli organi della società;

- il *directeur général*, che ha pieni poteri per dirigere la società e rappresentarla nei confronti di terzi.

Le funzioni di presidente e di *directeur général* possono essere separate o affidate alla stessa persona. Queste due forme di organizzazione, il cumulo o la separazione, possono essere scelte dal Consiglio di amministrazione, alle condizioni stabilite nello statuto, a patto che gli azionisti ed i terzi siano informati.

i. Il Consiglio di amministrazione

Il Consiglio di amministrazione deve essere composto da almeno 3 ed al massimo 18 membri. Entro questi limiti, il numero di amministratori è liberamente determinato nello statuto.

Gli amministratori non sono tenuti a possedere azioni della loro società (note come "azioni di garanzia"), a meno che lo statuto imponga loro di farlo. Il Consiglio di amministrazione è composto in modo da raggiungere una rappresentanza equilibrata di donne e uomini. La legge 2011-103 del 27 gennaio 2011 ha previsto norme sulla rappresentanza equilibrata di donne e uomini nei Consigli di amministrazione. Ha imposto la diversità di genere nelle società le cui azioni sono ammesse alla negoziazione su un mercato regolamentato (società quotate in borsa) e, progressivamente, nelle società che soddisfano determinati criteri di fatturato e di numero di dipendenti. Nelle società quotate, la proporzione di amministratori di ogni sesso deve essere almeno del 40% (art. L 225-18-1, comma 1, ed art. L 22-10-3, comma 1, derivanti dall'ordinanza 2020-1142 del 16 settembre 2020).

Gli amministratori sono nominati dall'assemblea generale costituente o dall'assemblea generale ordinaria. La durata del loro mandato è determinata dallo statuto nel limite massimo di sei anni. Lo statuto deve prevedere anche un limite di età per l'esercizio delle funzioni degli amministratori, che si applica a tutti gli amministratori o ad una percentuale specifica di essi. Una persona giuridica può ricoprire la carica di amministratore se nomina un rappresentante permanente. Lo statuto può imporre che ogni amministratore possieda un numero di azioni della società.

ii. Il presidente del Consiglio di amministrazione

Il Consiglio di amministrazione elegge tra i suoi membri un presidente persona fisica, a pena di nullità. Il presidente è nominato per un periodo che non può superare la durata del proprio mandato di amministratore. Al-

la stregua degli amministratori, lo statuto deve prevedere un limite di età per la carica di presidente del Consiglio di amministrazione che, in assenza di una disposizione esplicita, è fissato a 65 anni.

Il presidente del Consiglio d'amministrazione organizza e dirige i lavori del Consiglio e riferisce all'assemblea generale (art. L225-51 del Codice di commercio). Come tale, non assume la direzione generale della società, in quanto questo compito spetta al *directeur général*.

iii. Il direttore generale

La direzione generale della società è svolta, sotto la responsabilità del presidente del Consiglio di amministrazione, da una persona fisica nominata dal Consiglio di amministrazione e che porta il nome di *directeur général*. Alle condizioni definite dallo statuto e su decisione del Consiglio di amministrazione, il presidente può aggiungere alle proprie funzioni quelle di *directeur général*.

Qualora la direzione della società fosse affidata al *directeur general*, egli può proporre al Consiglio di amministrazione la nomina di una o più persone fisiche per assisterlo, i c.d. *directeurs généraux délégués*. Lo statuto determina il numero massimo di *directeurs généraux délégués*, che non può essere superiore a cinque.

b. SA amministrata da *directoire* e consiglio di sorveglianza

La gestione di una SA da parte di un *directoire* e di un consiglio di sorveglianza si basa sulla distinzione tra le funzioni di direzione e il controllo di tale direzione. La gestione della società è nettamente separata, mentre nella formula tradizionale è assunta dal *directeur général* per quanto riguarda la gestione quotidiana e dal Consiglio di amministrazione, che è responsabile del buon funzionamento della società, degli orientamenti strategici, delle attività sociali e del controllo degli organi di gestione.

i. Il *directoire*

In questo modello la società è amministrata dal *directoire* composto da non più di cinque membri, che esercita le proprie funzioni sotto il controllo di un consiglio di sorveglianza. I membri del *directoire* sono nominati dal consiglio di sorveglianza, che designa uno di loro come presidente.

La durata del mandato del *directoire* può essere fissata dallo statuto in un intervallo da due a sei anni. In assenza di specifica previsione nello statuto, tale durata è di quattro anni (art. L225-62 del Codice di commercio).

Il *directoire* prende le proprie decisioni in considerazione delle condizioni previste dallo statuto (art. L225-64, comma 4, del Codice di commercio). È quindi necessario specificare nello statuto la frequenza delle riunioni, le condizioni di convocazione delle riunioni, il *quorum*, la maggioranza, ed eventualmente la rappresentanza, per quanto riguarda queste delibere, ecc.

La rappresentanza della società nei confronti dei terzi è assicurata dal presidente del *directoire* o dal *directeur général unique* (art. L225-66, comma 1, del Codice di commercio). Il presidente è nominato dal consiglio di sorveglianza (art. L225-59, comma 1, del Codice di commercio) e non dagli altri membri del *directoire*.

La nomina del presidente del *directoire* è obbligatoria.

ii. Il consiglio di sorveglianza

Il ruolo del consiglio di sorveglianza è quello di controllare gli organi di gestione della società. Lo *status* del consiglio di sorveglianza è mutuato in gran parte da quello del Consiglio di amministrazione, nonostante la differenza nelle funzioni affidate a questi due organi: l'unico compito del consiglio di sorveglianza è quello di controllare gli organi di direzione della società, mentre il Consiglio di amministrazione può interferire nella gestione fatta dai dirigenti della società.

Diverse regole relative al consiglio di sorveglianza costituiscono quindi una semplice riproduzione di quelle applicabili al Consiglio di amministrazione. Il consiglio di sorveglianza è composto da 3 a 18 membri (persone fisiche o giuridiche) eletti dall'assemblea generale ordinaria degli azionisti.

La durata del mandato dei membri del consiglio di sorveglianza è fissata nello statuto. Tuttavia, non può superare i sei anni (art. L225-75, comma 1, del Codice di commercio).

1.2 La SAS

A differenza della SA, la gestione della SAS è relativamente flessibile e si basa in gran parte sulla libertà contrattuale. Sono, infatti, i soci che determinano liberamente le regole di gestione della società nello statuto. È quindi possibile creare una SAS anche con un solo socio. In questo caso si parla di *Société par Actions Simplifiée Unipersonnelle* (SASU).

Diversi attori sono coinvolti nella gestione di una SAS. Alcuni devono necessariamente essere presenti nell'amministrazione della società, mentre

altri hanno un ruolo facoltativo. Inoltre, mentre alcuni attori hanno una funzione di gestione, altri hanno una funzione di controllo o di sorveglianza.

Il *presidente* della SAS è un attore importante in quanto rappresenta l'organo di gestione della società. La sua nomina è obbligatoria ed i suoi poteri sono regolati dallo statuto. Il presidente ha due funzioni principali nella direzione della SAS: è responsabile della gestione e dell'organizzazione della società ovvero prende tutte le decisioni strategiche relative alla vita della stessa; ha un potere di rappresentanza. Egli è, infatti, il rappresentante legale della SAS nei confronti di terzi e conclude contratti in nome e per conto della società.

Alla stregua di tutte le altre forme di società, i soci hanno un potere di controllo. Sono loro che decidono di nominare o revocare il presidente, determinano la sua remunerazione, redigono e modificano lo statuto. Hanno anche un diritto di supervisione sulla gestione della SAS, che esercitano attraverso un diritto all'informazione.

Lo statuto può prevedere un unico direttore generale con poteri di gestione o un organo collegiale (spesso chiamato "comitato di direzione" o "Consiglio di amministrazione").

La composizione ed il funzionamento del Consiglio di amministrazione (o comitato di direzione) devono essere determinati con precisione dallo statuto: numero di dirigenti, eventuale distribuzione delle cariche direttive tra i diversi gruppi di azionisti, se presenti, poteri, distribuzione dei compiti tra i dirigenti, istituzione di comitati speciali per compiti specifici, ecc.

Oltre al presidente e agli azionisti, altri organi possono contribuire alla gestione della SAS in particolare il *commissaire aux comptes* o il consiglio di sorveglianza. La loro nomina è facoltativa e ricoprono un ruolo di sorveglianza. Al di sotto di determinate soglie di fatturato, la nomina di un *commissaire aux comptes* non è richiesta. Tuttavia, il *commissaire aux comptes* può essere un attore essenziale, soprattutto dal punto di vista contabile. Infatti, il suo ruolo è principalmente quello di garantire la regolarità e la veridicità dei conti della SAS. Peraltro, gli azionisti possono decidere di nominare un consiglio di sorveglianza. Tale organo ha il compito di garantire la corretta gestione del SAS. Controlla le azioni degli organi di gestione e consiglia i soci sul funzionamento della società.

1.3 La SARL

La SARL è gestita da una o più persone fisiche chiamati *gérants*. I *gérants* possono essere scelti al di fuori dei soci. Sono nominati dai soci nello statuto o con un atto successivo.

Il numero di *gérants* è liberamente determinato nello statuto (art. L223-18, commi 1 e 2, del Codice di commercio). In presenza di diversi *gérants*, è possibile creare un c.d. *conseil de gérance*. La creazione di tale consiglio si incontra quando la SARL è utilizzata come organo di gestione di un'altra forma di società, per esempio una SAS. Le modalità di funzionamento di questo organo, per il quale non esistono disposizioni legali o regolamentari, sono liberamente determinate nello statuto: assegnazione dei compiti, maggioranza richiesta per le decisioni da prendere, ecc. Se non specificato nello statuto, ciascuno dei *gérants* può agire separatamente. In assenza di disposizioni nello statuto, sono nominati per la durata della società. Nei rapporti con i terzi, invece, il *gérant* è investito dei più ampi poteri per agire in ogni circostanza in nome della società, salvi i poteri espressamente conferiti dalla legge ai soci. Di regola, la società è vincolata anche dagli atti del *gérant* che esulano dall'oggetto sociale, a meno che non si possa dimostrare che il terzo era a conoscenza della natura dell'atto o che non poteva ragionevolmente ignorarla.

2. Obblighi e principi di amministrazione

Nella SA, il Consiglio di amministrazione o il *directoire*, a seconda del modello, determina gli orientamenti dell'attività dell'azienda e assicura la loro attuazione, in conformità con il suo interesse aziendale, prendendo in considerazione le sfide sociali e ambientali della sua attività.

Prende anche in considerazione, se del caso, la ragion d'essere della società ossia i principi che la società adotta e per il rispetto dei quali intende allocare le risorse nello svolgimento della sua attività.

Fatti salvi i poteri espressamente attribuiti all'assemblea degli azionisti e nei limiti dell'oggetto sociale, tratta qualsiasi questione relativa al buon funzionamento della società e risolve le questioni che la riguardano attraverso le sue delibere.

Il *directeur général*, se nominato, è investito dei più ampi poteri per agire in ogni circostanza a nome della società. Eserciterà questi poteri nei limiti dell'oggetto sociale e fatti salvi i poteri che la legge assegna espressamente alle assemblee degli azionisti e al Consiglio di amministrazione. Nei rapporti con i terzi, la società è vincolata anche dagli atti del Consiglio di amministrazione, del *directeur général* se nominato o del *directoire* che non rientrano nell'oggetto sociale, a meno che provi che il terzo sapeva che l'atto eccedeva tale oggetto o non poteva ignorarlo. I *directeurs généraux délégués*, se nominati, hanno gli stessi poteri del *directeur général* nei confronti dei terzi. Il Consiglio di amministrazione effettua i controlli

e le verifiche che ritiene opportuni. Il presidente o il *directeur général* della società sono tenuti a fornire a ciascun amministratore tutti i documenti e le informazioni necessarie per l'esercizio delle sue funzioni. La SA con *directoire* e un consiglio di sorveglianza permette una chiara separazione tra la gestione e il controllo della società, mentre la SA con un Consiglio di amministrazione lo fa solo in parte, poiché il Consiglio di amministrazione partecipa alle decisioni di gestione.

Con riferimento alla SAS, ad eccezione di alcune regole obbligatorie, la gestione della SAS è liberamente definita dalla volontà comune dei soci nello statuto. La redazione di quest'ultimo è fondamentale poiché determina l'organizzazione della società. Di conseguenza, tutte le situazioni della vita della società devono essere previste e inquadrare. Queste includono le modalità delle decisioni collettive, la composizione degli organi dirigenti, i termini di nomina e di revoca del presidente, la distribuzione dei poteri. Lo statuto può anche includere alcune clausole destinate ad affrontare situazioni specifiche e ad organizzare le relazioni tra gli azionisti come ad esempio:

- la clausola di gradimento, che stabilisce le condizioni alle quali un azionista può cedere le proprie azioni;
- la clausola d'inalienabilità, che impedisce agli azionisti di trasferire la proprietà delle loro azioni per un certo periodo di tempo;
- la clausola di prelazione, che conferisce agli azionisti della SAS un diritto di priorità in caso di trasferimento di azioni;
- la clausola d'esclusione, che definisce le condizioni in cui un azionista può essere escluso dalla SAS.

Per quanto concerne la SARL, la legge fornisce un quadro rigoroso per il suo funzionamento e prevede quindi determinate regole di gestione. Poiché queste regole devono essere incluse nello statuto della SARL, il rischio di disaccordo tra i soci e/o il dirigente è minimo. Questo *status* ha il vantaggio di un quadro giuridico chiaro e sicuro, che garantisce una certa stabilità nella gestione della società.

3. Violazioni, azioni e danni

Gli amministratori della SA, della SAS o della SARL sono responsabili individualmente o in solido, a seconda dei casi, nei confronti della società o di terzi per *violazioni delle leggi o dei regolamenti applicabili*, per *violazioni dello statuto*, e per *errori commessi nella loro gestione*. Oltre all'azione di risarcimento del danno subito personalmente, gli azionisti

possono, individualmente o raggruppandosi, proporre un'azione di risarcimento contro gli amministratori. Gli attori hanno il diritto di chiedere il risarcimento dell'intero danno subito dalla società, alla quale, se del caso, sarà concesso un risarcimento.

3.1 *La responsabilità degli amministratori della SA*

a. La responsabilità civile

i. Violazioni di disposizioni legali o regolamentari

Ogni volta che una disposizione legislativa o regolamentare applicabile alle SA non viene rispettata, gli amministratori possono essere ritenuti responsabili. Gli amministratori sono responsabili, in particolare:

- in caso di mancato rispetto delle norme relative al funzionamento del Consiglio di amministrazione: mancata convocazione delle riunioni, inosservanza dei testi relativi al *quorum* o alla maggioranza, mancato rispetto della procedura applicabile agli accordi tra la società e i suoi amministratori, compimento di un atto che eccede i poteri del Consiglio (per esempio, un atto non rientrante nell'oggetto sociale), ecc.;

- in caso di mancato rispetto delle norme relative allo svolgimento delle assemblee: mancata convocazione dell'assemblea annuale, violazione del diritto di comunicazione degli azionisti, inesattezze o irregolarità nella compilazione del foglio di presenza, inosservanza delle norme relative alla competenza, al *quorum* e alla maggioranza, mancato rispetto delle formalità di pubblicità, ecc.;

- in caso di irregolarità nella contabilità aziendale, nella distribuzione dei dividendi, ecc.;

- in caso di inosservanza delle norme specifiche relative alla modifica dello statuto.

ii. Violazioni dello statuto

Gli amministratori possono essere ritenuti responsabili se non rispettano le disposizioni dello statuto, come ad esempio in caso di inosservanza delle norme statutarie riguardanti in particolare:

- la limitazione dei poteri del consiglio;
- il controllo dei trasferimenti di azioni;
- l'uso dei fondi sociali per scopi determinati dallo statuto.

iii. Errore di gestione

Gli amministratori sono responsabili di tutte le azioni contrarie agli interessi della società. Sono quindi responsabili di tutti gli errori, anche di quelli involontari (imprudenza o negligenza), siano essi lievi o gravi.

Gli errori di gestione possono assumere diverse forme: negligenza o mancata supervisione, mancata consultazione dei soci, remunerazione abusiva, ecc. La responsabilità civile degli amministratori per errore di gestione deve essere valutata alla luce dei compiti assegnati al Consiglio di amministrazione. Nella pratica, un errore spesso attribuito agli amministratori è l'incapacità di controllare i dirigenti della società.

A questo proposito, bisogna ricordare che l'amministratore, dopo aver accettato le proprie funzioni, è obbligato ad un controllo serio dell'amministrazione della società e non può pretendere di essere esente da responsabilità invocando la sua scarsa partecipazione al capitale della società o di essere stato soltanto un amministratore di comodo. L'inerzia dell'amministratore, lungi dal costituire una causa di esonero, è considerata come un errore dai giudici (Cass. com. 31 gennaio 1995 n. 92-21.548; Cass. com. 25 marzo 1997 n. 95-10.995).

L'errore di gestione può essere costituito da una semplice negligenza, imprudenza o anche da manovre fraudolenti. Rientra nel potere discrezionale del giudice valutare se l'azione è contraria agli interessi della società. Secondo la giurisprudenza, l'amministratore risponde, in linea di principio, solo degli errori commessi durante l'esercizio delle proprie funzioni e non può quindi rispondere di fatti precedenti o successivi all'esercizio (Cass. com., 23 marzo 1982). Nei limiti della prescrizione, il dirigente può essere dichiarato responsabile degli errori commessi durante la sua gestione, anche se ha già cessato di esercitare le proprie funzioni (Cass. com., 11 ottobre 1988).

La responsabilità è "solidale" quando l'errore è comune o collettivo, ossia quando è opera dell'intero consiglio di amministrazione e non di un singolo amministratore (ad esempio, nella sentenza della Corte di appello di Limoges del 17 gennaio 2017, n. 11/01356, la Corte ha considerato che, in presenza di comunicazioni fuorvianti del *président directeur général*, gli amministratori incorrono in responsabilità nei confronti degli azionisti in quanto non hanno manifestato la volontà di ripristinare la verità con riferimento alla realtà finanziaria ed economica della società che gestiscono. Pertanto, la Corte di appello ha ritenuto in questo caso una ripartizione di responsabilità in considerazione della diversa gravità delle colpe).

Si presume quindi che ogni amministratore abbia commesso un errore individuale (nella sentenza Cass. com. 30 marzo 2010 n. 08-17.841, la Suprema Corte ha affermato che gli amministratori che partecipano all'adozione di una decisione errata da parte del Consiglio di amministrazione, a meno di poter dimostrare di essersi comportato in modo prudente e diligente, in particolare opponendosi a questa decisione, commettono un errore individuale).

Tuttavia, ogni amministratore può evitare di incorrere in responsabilità dimostrando di aver agito con prudenza e diligenza, in particolare opponendosi alla decisione presa dal Consiglio (Cass. com., 30 marzo 2010, n. 08-17.841, *loc. cit.*).

Affinché un amministratore possa essere personalmente responsabile nei confronti dei terzi, deve necessariamente aver commesso un *errore separabile* dalle proprie funzioni che gli sia personalmente imputabile (Cass. com., 28 aprile 1998). Con riferimento alla nozione di «errore separabile», la giurisprudenza, per caratterizzare l'errore dell'amministratore, ha considerato che quest'ultimo deve aver commesso intenzionalmente un errore particolarmente grave e incompatibile con il normale esercizio delle proprie funzioni (Cass. com., 20 maggio 2003). Invece, quando l'amministratore commette un reato penale intenzionale, tale «errore separabile» è necessariamente caratterizzato (Cass. com., 28 settembre 2010). L'errore c.d. separabile può comunque essere commesso anche se l'amministratore agisce nei limiti delle proprie funzioni (Nella sentenza Cass. com., 10 febbraio 2009 n. 07-20.445, la Corte di cassazione ha considerato che, per valutare la responsabilità degli amministratori nell'organizzare l'insolvenza della società che gestiscono, occorre esaminare se le decisioni contestate e prese dagli stessi, anche nel limite delle proprie funzioni, costituiscono errori intenzionali particolarmente gravi ed incompatibili con l'esercizio normale delle proprie cariche sociali).

Sono previste due tipi di azioni contro gli amministratori: l'azione sociale e l'azione individuale.

Lo scopo dell'azione sociale è quello di riparare il danno subito dalla società. I rappresentanti legali della società, o gli amministratori possono esercitare questa azione per ottenere la ricostituzione o il mantenimento del patrimonio sociale. Tuttavia, in caso di inadempimenti degli amministratori, i soci o gli azionisti possono egli stessi esercitare l'azione sociale per ottenere il risarcimento del danno subito dalla società. L'azione in responsabilità promossa dalla società non può, infatti, privare l'azionista del proprio diritto ad un'azione individuale (Cass. crim., 12 dicembre 2000, n. 97-83.470).

L'azione individuale può essere esercitata da qualsiasi persona che possa provare una perdita individuale distinta da quella subita dalla società. Quando è promossa da un terzo, quest'ultimo deve dimostrare che l'amministratore ha commesso intenzionalmente un errore particolarmente grave e incompatibile con il normale esercizio delle proprie funzioni. Tuttavia, quando l'azione individuale è proposta da un socio o da un azionista, la prova di tale errore non è richiesta (Cass. com., 9 marzo 2010).

L'azione in responsabilità contro gli amministratori rientra nella competenza del Tribunale del commercio, anche quando l'azione è proposta da un terzo, purché i fatti siano direttamente collegati alla gestione della società (Cass. com., 7 aprile 1967). L'azione in responsabilità civile contro gli amministratori delle SARL e delle società per azioni si prescrive in tre anni a partire dall'evento dannoso o dalla sua scoperta, se è stato occultato. Quando l'atto costituisce un reato, l'azione si prescrive in dieci anni.

I membri del *directoire* sono soggetti alla stessa responsabilità civile degli amministratori (art. L225-256, comma 1, del Codice di commercio modificato dall'ordinanza 2020-1142 del 16-09-2020).

b. La responsabilità penale

L'amministratore può incorrere in responsabilità penale quando la sua azione caratterizza un reato, ovvero sono presenti un comportamento illecito e l'intenzione di compiere l'atto proibito.

L'art. L242-6 del Codice di commercio francese sanziona gli errori più gravi dei dirigenti con cinque anni di reclusione ed una multa pari ad euro 375.000. I reati ai quali si fa riferimento sono l'abuso di beni aziendali, l'abuso di poteri o voti, la distribuzione di dividendi fittizi e la presentazione di una contabilità aziendale irregolare¹.

Le persone giuridiche possono essere penalmente responsabili per i reati commessi per loro conto, dai loro organi o rappresentanti cosicché quando il direttore agisce nell'esercizio della propria missione, la responsabilità penale della società che rappresenta può essere impegnata. Nell'ordinamento francese, la responsabilità penale della persona giuridica non esclude quella delle persone fisiche che sono autori o complici degli stessi atti. È quindi possibile cumulare la responsabilità penale della società quale persona giuridica con quella del suo dirigente, persona fisica.

¹ Uso di beni in contrasto con l'interesse sociale: qualsiasi atto che impoverisca, anche temporaneamente, il patrimonio della società, per esempio mediante un prelievo fondi senza corrispettivo per la società o in cambio di servizi fittizi, è contrario all'interesse della società. La legge vieta non solo l'appropriazione dei beni aziendali da parte degli amministratori, ma anche il loro uso improprio, senza che la restituzione dei beni sottratti o qualsiasi risarcimento economico possano cancellare il reato (Cass. crim. 11 gennaio 1968; Cass. crim. 21 agosto 1991).

Uso di beni per scopo personale: l'obiettivo personale perseguito può essere sia materiale (arricchimento dell'amministratore; mantenimento della sua situazione personale all'interno della società: Cass. crim. 22 settembre 2004) sia morale. Può derivare, ad esempio, dal desiderio di aiutare un amico o di mantenere buoni rapporti con un terzo, in particolare vicino agli ambienti politici (Cass. pen. 15 settembre 1999; Cass. pen. 17 ottobre 2007 n° 07-81.038; Cass. pen. 14 novembre 2007).

Abuso di potere: commettono un abuso di poteri o di voti gli amministratori che, in mala fede, hanno utilizzato i poteri o i voti di cui disponevano, in tale qualità, in un modo che sapevano essere contrario agli interessi della società, per fini personali o per favorire un'altra società o un'impresa in cui erano direttamente o indirettamente interessati.

Pertanto, è necessario individuare se il dirigente agisce per conto proprio o per conto della società. In presenza di un atto commesso per conto proprio la responsabilità penale della società è esclusa. Il dirigente è penalmente responsabile quando commette un errore personale nell'esercizio delle proprie funzioni ed è l'autore del fatto.

Tuttavia, il dirigente può essere esonerato dalla propria responsabilità penale, in presenza di una delega di potere, una causa di forza maggiore, un'autorizzazione di legge o un errore di diritto.

Per costituire una causa di esenzione del dirigente, la delega di potere deve essere temporanea e sufficientemente specifica nel suo oggetto. Inoltre, il delegato deve avere la competenza, l'autorità e i mezzi necessari per compiere la propria missione. In presenza di tali requisiti, la responsabilità penale sarà trasferita dal dirigente al delegato.

Peraltro, quando le condizioni di forza maggiore sono soddisfatte, ovvero il verificarsi di un evento imprevedibile, irresistibile ed esterno, il dirigente può essere esentato dalla propria responsabilità penale.

Infine, se il dirigente compie un atto autorizzato dalla legge o dal regolamento, non può essere ritenuto penalmente responsabile.

Nel Codice di commercio la responsabilità penale dei membri del *directoire* non è stata specificata per ogni reato, ma risulta da tre testi: gli artt. L242-30, L245-17 e L247-9, che dichiarano «applicabili, secondo le loro rispettive attribuzioni, ai membri del *directoire* e ai membri del consiglio di sorveglianza» le sanzioni per i diversi reati che possono essere commessi dal presidente, dagli amministratori o dai *directeurs généraux* nelle SA tradizionale.

3.2 La responsabilità degli amministratori della SAS

a. La responsabilità civile

Le regole che disciplinano la responsabilità dei membri del Consiglio d'amministrazione e del *directoire* nelle SA sono applicabili al presidente e, se esistono, agli altri dirigenti della SAS (art. L227-8 del Codice di commercio). Questi ultimi sono quindi responsabili:

- per violazioni di disposizioni legislative o regolamentari;
- per violazioni dello statuto;
- per errori commessi nella loro gestione.

Il regime dell'azione in responsabilità è lo stesso di quello applicabile agli amministratori della SA, che si tratti dell'azione sociale o dell'azione individuale di un azionista. Di conseguenza, nessuna clausola dello statuto e nessuna decisione degli azionisti può impedire questa azione che, inoltre, si prescrive in tre anni.

b. La responsabilità penale

L'omissione da parte dei dirigenti di una SAS di consultare i soci secondo le condizioni previste dallo statuto in caso di aumento, di ammortamento o di riduzione del capitale, di fusione, di scissione, di scioglimento o di trasformazione in una società di forma diversa è sanzionata con sei mesi di reclusione e con una multa di euro 7.500 euro (art. L244-2 del Codice di commercio). Inoltre, le sanzioni penali previste per gli amministratori della SA sono applicabili ai dirigenti della SAS, ad eccezione di quelle relative al funzionamento del Consiglio di amministrazione e alla tenuta dell'assemblea degli azionisti (art. L244-1 del Codice di commercio). Sono così coperti:

- i reati relativi alla costituzione della società (art. L242-1 e seguenti del Codice di commercio);
- l'abuso di beni aziendali (art. L242-6, 3° ed ultimo comma del Codice di commercio);
- l'abuso di poteri o di voti (art. L242-6, 4° del Codice di commercio);
- la distribuzione di dividendi fittizi (art. L242-6, 1° del Codice di commercio);
- la mancata redazione dei conti societari (art. L242-8 del Codice di commercio);
- la presentazione di conti non veritieri (art. L242-6, 2° del Codice di commercio);
- i reati relativi alle modifiche del capitale sociale (art. L242-1 e seguenti del Codice di commercio).

I dirigenti possono essere condannati per la violazione delle disposizioni relative alla nomina e all'esercizio delle funzioni dei *commissaires aux comptes* quando la società ne dispone o è tenuta a nominarli (art. L820-4 del Codice di commercio). Le persone punibili sono il presidente e, se ci sono, gli altri dirigenti, compresi quelli di fatto (art. L244-1, comma 2 e L244-4 del Codice di commercio). Quando una persona giuridica è nominata presidente o dirigente della SAS, i dirigenti di tale persona giuridica incorrono nelle stesse sanzioni (art. L227-7 del Codice di commercio).

3.3 La responsabilità dei *gérants* della SARL

a. La responsabilità civile

I *gérants* sono responsabili individualmente o in solido, a seconda dei casi, nei confronti della società o di terzi (art. L223-22, comma 1, del Codice di commercio):

- violazioni delle disposizioni legislative o regolamentari applicabili alle SARL;
- violazioni dello statuto;
- errori commessi nella loro gestione.

Nei confronti dei terzi, i dirigenti incorrono in responsabilità solo se hanno commesso un errore separabile dalle loro funzioni che sia loro personalmente imputabile.

i. Violazioni delle disposizioni legislative o regolamentari applicabili alle SARL

I *gérants* sono responsabili del mancato rispetto delle disposizioni legali applicabili alle SARL. A titolo esemplificativo, tali violazioni includono:

- il mancato rispetto delle formalità richieste per la costituzione della società o la modifica dello statuto;
- la concessione di un prestito ad un socio persona fisica o ad un *gérant*;
- il rifiuto di fornire ad un socio documenti relativi alla società;
- il mancato pagamento dei dividendi entro un periodo di nove mesi (salvo estensione del termine in applicazione di una sentenza);
- l'inosservanza dei requisiti relativi alla presentazione dei conti della società;
- la distribuzione di dividendi fittizi;
- l'assenza di iniziativa da parte del *gérant* per regolarizzare alcune situazioni: numero di soci superiore a 100, perdita della metà del capitale, ecc.

I *gérants* possono incorrere in responsabilità anche in caso di inosservanza delle disposizioni regolamentari alle quali le SARL sono soggette (in particolare gli artt. R223-1 e seguenti del Codice di commercio), ad esempio per le irregolarità commesse nella convocazione, nello svolgimento e nella registrazione delle decisioni durante le assemblee.

ii. Violazioni dello statuto

I *gérants* possono essere ritenuti responsabili per il mancato rispetto delle disposizioni dello statuto che non si limitano ad una disposizione legale o regolamentare. Si tratta dell'ipotesi in cui, ad esempio, in violazione di una clausola dello statuto che prevede l'autorizzazione preventiva dell'insieme dei soci per la conclusione di un determinato accordo, il *gérant* conclude l'accordo senza consultare i soci. Oppure del caso di un *gérant* che, senza l'autorizzazione dei soci, ha promesso di acquistare un terreno

in vista della costruzione di una fabbrica, mentre lo statuto prevedeva che nei rapporti tra o con i soci, i poteri dei *gérants* sono limitati agli affari correnti della società che non hanno carattere eccezionale (CA Paris, 4 febbraio 2000).

iii. Errori di gestione

La gamma degli errori di gestione che possono essere imputati ai *gérants* è molto ampia e si estende dalla semplice negligenza o imprudenza a chiare manovre fraudolente. In tali ipotesi, il giudice valuta discrezionalmente ogni singolo caso.

iv. La responsabilità penale

Oltre alle sanzioni penali applicabili ai reati che i *gérants* possono commettere in altre circostanze della vita societaria (costituzione, approvazione dei conti, ecc.), questi ultimi incorrono in una particolare responsabilità penale per la loro gestione.

Ai sensi dell'art. L241-3 del Codice di commercio, sono punibili con cinque anni di reclusione ed una multa di euro 375.000:

- i *gérants* che, in assenza di un inventario o con un inventario fraudolento, distribuiscono dividendi fittizi tra i soci;
- i *gérants* che, anche in assenza di distribuzione di dividendi, presentano ai soci, al fine di occultare la vera situazione della società, conti annuali che non danno, per ogni esercizio, un quadro fedele dei risultati delle operazioni dell'esercizio, della situazione finanziaria e del patrimonio della società;
- i *gérants* che, in malafede, utilizzano i beni o il credito della società in modo che fanno essere contrario agli interessi della società, per scopi personali o per favorire un'altra società in cui sono direttamente o indirettamente interessati (abuso di beni aziendali);
- i *gérants* che, in malafede, fanno uso dei poteri o dei voti di cui dispongono in tale qualità, che fanno essere contrari agli interessi della società, per fini personali o per favorire un'altra impresa nella quale sono direttamente o indirettamente interessati.

Se l'abuso dei beni sociali è stato effettuato o facilitato per mezzo di conti aperti o di contratti stipulati con organismi stabiliti all'estero, o per l'interposizione di persone fisiche o giuridiche o di qualsiasi organismo, *trust* o istituzione analoga stabiliti all'estero, il *gérant* sarà sanzionato con sette anni di reclusione ed una multa di euro 500.000 (art. L 241-3, comma 8, del Codice di commercio).

4. *Business judgment rule*

La *Business Judgment Rule*, come principio che presume che i dirigenti delle società, nelle decisioni di gestione, agiscano con diligenza, buona fede e lealtà, non è espressamente prevista dal diritto francese. Tuttavia, i giudici concedono regolarmente un "diritto all'errore" ai dirigenti.

Nel 1998, la Corte di appello di Versailles ha stabilito che «poiché le giurisdizioni non sono giudici dell'opportunità delle decisioni di gestione, gli eventuali errori perpetrati a questo riguardo (...) devono essere valutati in funzione della regolarità del processo che ha portato all'adozione di queste decisioni (...)» (CA Versailles, 11 giugno 1998, n. 346/96). In altre parole, la Corte afferma che non spetta al giudice sostituire la propria valutazione a quella degli amministratori. Il giudice non valuta quindi l'opportunità di una decisione di gestione, ma soltanto il suo processo di adozione.

Inoltre, la Corte di cassazione ha ritenuto che «la scelta di mantenere attività diversificate non può essere considerata come un errore di gestione, purché si tratti di una scelta strategica la cui attuazione non ha dimostrato di essere manifestamente (...) contraria agli interessi della società» (Cass. com., 21 settembre 2004, n. 02-17559). La giurisprudenza francese riconosce quindi un diritto all'errore a beneficio dei dirigenti.

Infine, nel 2014, il Consiglio costituzionale ha invalidato le disposizioni della legge «Florange» che permettono al giudice di valutare la serietà o meno di un'offerta di acquisizione e di sanzionare il dirigente che ha rifiutato tale offerta (Decisione n. 2014-692 DC del 27 marzo 2014). Il Consiglio ritiene che una tale sostituzione della valutazione del giudice a quella dell'amministratore colpisca in modo sproporzionato la libertà imprenditoriale di quest'ultimo e conferma così la tendenza dei giudici francesi a *rifiutare di interferire nella gestione della società*.

Modificando l'art. L233-32 del Codice di commercio, la legge «Florange» del 29 marzo 2014 ha ampliato i poteri dei dirigenti delle società, consentendo loro di opporsi ad un'offerta pubblica di acquisto ostile senza la previa approvazione dell'assemblea generale degli azionisti, cosa che era precedentemente vietata.

Inoltre, la Commissione europea ha raccomandato nel 2014 di dare «una seconda possibilità (...) agli imprenditori onesti che sono falliti»². Di conseguenza, l'art. L651-2, comma 1, del Codice di commercio che prevede la responsabilità dell'amministratore per gli errori di gestione che

² Raccomandazione n. 2014/135/UE del 12 marzo 2014, in *Gu-Ue* n. L 74 del 14 marzo 2014, p. 65 ss.

hanno contribuito all'insufficienza patrimoniale, è stato modificato dalla legge «Sapin II» del 9 dicembre 2016. Quest'ultima ha aggiunto una disposizione secondo la quale l'amministratore non può essere condannato per semplice negligenza. Questa riforma persegue lo stesso obiettivo della *Business Judgment Rule* americana ovvero quello di concedere più libertà ai dirigenti nel prendere decisioni rischiose. Inoltre, la nuova disposizione si applica immediatamente ai procedimenti in corso (Cass. com., 5 settembre 2018, n° 17-15.031), il che dà alla regola un carattere retroattivo.

Come evidenziato precedentemente, il diritto francese prevede tre categorie principali di errori per le quali il dirigente può essere responsabile: *a.* violazione di leggi e regolamenti, *b.* violazione dello statuto e *c.* errore di gestione. L'errore di gestione consiste in un atto contrario all'interesse della società che genera un danno. La gravità dell'errore varia a seconda che sia commesso intenzionalmente o per imprudenza. Il giudice francese distingue quindi tra errore inescusabile ossia un errore di gestione (Cass. com., 6 ottobre 1992, n° 90-19.823) ed errore scusabile che si verifica in presenza di una negligenza (Cass. com., 12 mai 1975, n° 74-10.169). I tribunali francesi non sanzionano ogni decisione, considerando che anche un amministratore perfettamente diligente può commettere un errore.

Nel diritto francese, la nozione di «interesse sociale» è utilizzata come riferimento per determinare se l'amministrazione ha commesso un errore di gestione. Secondo l'art. 1833, comma 2, del Codice civile come modificato dalla legge «Pacte» del 22 maggio 2019, «la società è gestita nel suo interesse sociale (...)». La responsabilità di un dirigente che ha adottato una decisione contraria all'interesse della società può essere invocata ed è per questa ragione che la giurisprudenza francese sanziona i dirigenti che agiscono nel loro interesse personale e a scapito dell'interesse della società (Cass. com., 8 giugno 1999, n. 96-22.342).

La legge francese prende anche in considerazione le informazioni che sono servite come base per la decisione. In questo senso, la Corte di cassazione afferma che fare investimenti rovinosi non costituisce un errore di gestione se la decisione si è basata su un serio studio previsionale realizzato da una società di consulenza specializzata (Cass. com., 29 ottobre 2002, n. 99-13.882).

La legge francese non contiene alcuna disposizione equivalente alla *Business Judgment Rule*. Pertanto, il giudice francese non è vincolato da questa regola, che gli ha permesso, in alcune decisioni, di sanzionare per errore di gestione i dirigenti che hanno comunque dimostrato diligenza nell'amministrazione della società (Nella sentenza Cass. com., 20 gennaio 2015, n. 13-27.189, la Corte di cassazione ha considerato che l'inadempimento di un contratto concluso dal *gérant* della SARL nell'interesse della

stessa è sufficiente a costituire l'errore di gestione del *gérant* anche se non è stata dimostrata più generalmente la sua cattiva gestione della società).

5. Conclusioni con alcune indicazioni di attenzione

L'attenzione e la precisione nella redazione dello statuto della Società è importante per poter evitare situazioni conflittuali, definire il ruolo ed i limiti dei dirigenti, e determinare le regole di assunzione delle decisioni da parte dell'assemblea.

Si suggerisce di evitare di designare direttamente i nomi dei dirigenti della società nello statuto e di indicarli in un atto separato (ad esempio prevedendo che la nomina sia approvata da una decisione dei soci).

Nominando direttamente i dirigenti nello statuto, infatti, la società si obbliga a modificare lo statuto ogniqualvolta si determini un cambiamento e ciò risulta particolarmente vincolante sotto il profilo procedurale.

Lo stesso è a dirsi per la loro retribuzione e la durata del mandato.

Si consiglia, inoltre, di tenere in conto, nella redazione dello statuto, del funzionamento concreto della società ed in particolare di:

- definire la maggioranza ed il *quorum* richiesti per le deliberazioni dell'assemblea;
- precisare le competenze dell'assemblea ordinaria e quelle dell'assemblea straordinaria;
- prevedere eventualmente casi di deliberazione ad unanimità e precisare le modalità di formazione della stessa (unanimità dei presenti o di tutti i soci rappresentanti l'integralità del capitale sociale);
- stabilire regole precise in materia di modalità della convocazione, tramite posta o e-mail;
- prevedere, se opportuno, la possibilità di firmare i verbali di assemblea tramite firma digitale e lo svolgimento di riunioni in video-conferenza.

Aurora Visentin*

SINTESI

Il presente articolo analizza la responsabilità degli amministratori nelle società di capitali secondo il diritto francese, con particolare attenzione alle diverse

* Avvocato e Avocat à la Cour

forme societarie come la Société Anonyme (SA), la Société par Actions Simplifiée (SAS) e la Société à Responsabilité Limitée (SARL). Viene esaminata la struttura e la composizione degli organi di gestione, nonché gli obblighi e le responsabilità legali, civili e penali degli amministratori. L'articolo esplora anche il principio della *Business Judgment Rule* e le modifiche legislative, come la legge «Sapin II», che limitano la responsabilità degli amministratori in caso di semplice negligenza, favorendo una maggiore libertà decisionale e una seconda possibilità per gli imprenditori onesti che hanno fallito.

ABSTRACT

This article examines the liability of directors in capital companies under French law, with a particular focus on various corporate forms such as the Société Anonyme (SA), the Société par Actions Simplifiée (SAS), and the Société à Responsabilité Limitée (SARL). It discusses the structure and composition of management bodies, as well as the legal, civil, and criminal responsibilities of directors. The article also explores the concept of the Business Judgment Rule and legislative changes, such as the «Sapin II» law, which limit directors' liability for simple negligence, promoting greater decision-making freedom and offering a second chance to honest entrepreneurs who have failed.

RECENSIONI

Antonio Leandro, *Circolazione ed estinzione dei crediti commerciali nei conflitti di legge dell'Unione europea. Il regolamento «Roma I» tra mercato interno e mercati dei capitali*, Torino, Giappichelli, 2023, pp. 176, € 17,00

Il volume di *Antonio Leandro*, ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli Studi di Bari *Aldo Moro*, merita attenzione per svariate ragioni: scientifiche prima di tutto, ma altresì pratiche, vista l'importanza economica che la circolazione dei crediti riveste nell'ambito dell'Unione europea.

Il volume, che si pone l'obiettivo di affrontare, nella prospettiva del Regolamento Roma I, il coordinamento tra leggi a vario titolo applicabili ai fenomeni di circolazione dei crediti commerciali, offre una ricostruzione chiara ed esaustiva degli ardui problemi internazionalprivatistici concernenti le vicende circolatorie dei crediti commerciali, prospettandone, in un costante sforzo di sistematica obiettività, secondo il dichiarato intento dell'Autore, le relative soluzioni.

Così, dopo un'ampia *Introduzione* in cui vengono delineati alcuni dei principali problemi di coordinamento tra leggi e viene messa bene in luce l'idea del credito non più solo come diritto, ma anche come bene che circola funzionalmente alla creazione di un'Unione dei mercati dei capitali, l'analisi si sviluppa linearmente in tre capitoli, dedicati alla cessione del credito (*Capitolo Primo*), alle vicende creditorie caratterizzate da surrogazione (*Capitolo Secondo*) e alla compensazione dei crediti (*Capitolo Terzo*).

Lungo tutta la trattazione, le questioni internazionalprivatistiche, anche le più complesse, vengono illustrate con singolare lucidità sulla base di solide argomentazioni. Molteplici sono le problematiche evidenziate, alcune delle quali sono state discusse anche in occasione dell'incontro di presentazione del volume, organizzato dal Professor *Pietro Franzina* presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, il 16 aprile 2024, coinvolgendo la Professoressa *Francesca Ragno* dell'Università di Bologna e il Professor *Alberto Malatesta* dell'Università LIUC Carlo Cattaneo (oltre al sottoscritto). Tra queste rientra sicuramente l'idoneità del credito ad essere oggetto di "cessione", nell'ambito dell'ampia definizione offerta dall'art. 14 del Regolamento Roma I. Questa disposizione, ripartendo la disciplina delle fattispecie tra la legge regolatrice dell'atto di cessione (art. 14, par. 1) e la legge regolatrice del rapporto da cui deriva il credito (art. 14, par. 2), rimette a questa seconda la determinazione della sua cedibilità, ma senza fornire contributi utili a stabilire univocamente l'incidenza di eventuali norme imperative, quindi generando una fastidiosa incertezza pure emersa nell'incontro appena evocato.

Ugualmente problematica è la questione dell'efficacia della cessione verso terzi, la cui legge regolatrice non viene espressamente designata dal Regolamento Roma I, come confermato dalla recente e discutibile giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. Nella sentenza *BGL BNP Paribas* del 9 ottobre 2019, la Corte ha rimarcato l'esistenza di una lacuna, non colmabile interpretativamente, traendo argomento anche dall'esistenza di una proposta di Regolamento della Commissione europea del 2018 in materia di legge applicabile all'opponibilità della cessione ai terzi. Il tema viene affrontato con acribia dall'Autore, illustrando le soluzioni adottate dalla giurisprudenza e dalla dottrina (tra cui v., in particolare, A. MALATESTA, *La cessione del credito nel diritto internazionale privato*, Padova, Cedam, 1996, p. 196 ss.) nel corso degli anni. Al riguardo, viene espressa una convincente preferenza per la legge del credito (senza omettere l'esame delle criticità applicative in termini di prevedibilità), associando l'opponibilità ai terzi agli effetti traslativi della cessione e attribuendo rilevanza alla coerenza con l'impianto normativo del Regolamento Roma I, il quale, all'art. 14, par. 2, designa la legge regolatrice del rapporto da cui deriva il credito per gli "aspetti esteriori" della cessione.

Nell'opera non vengono trascurati gli aspetti critici della designazione della legge applicabile alla surrogazione convenzionale – delimitando condivisibilmente alla sola surrogazione per volontà del creditore l'applicabilità dell'art. 14 del Regolamento Roma I – e alla surrogazione legale di cui all'art. 15 dello stesso Regolamento. Il tenore letterale di quest'ultima disposizione, in particolare, non risolve il problema dell'individuazione della disciplina applicabile all'effetto surrogatorio e quella del contenuto

della posizione creditoria in cui subentra il *solvens* (ivi comprese le eccezioni opponibili al debitore). Al riguardo corre in soccorso l'accurata disamina presentata nel *Capitolo Secondo*, dove vengono districate con coerenza e chiarezza le questioni legate alla determinazione della legge applicabile agli specifici aspetti delle fattispecie di surrogazione con elementi di estraneità.

Analogamente, anche l'insidiosa tematica della compensazione dei crediti, disciplinata dall'art. 17 del Regolamento Roma I, viene analizzata, nella prospettiva internazionalprivatistica, valorizzandone la funzione di smobilizzo dei crediti commerciali a favore della circolazione dei capitali e dell'accesso ai finanziamenti. Dopo aver dato conto delle teorie sul problema della legge applicabile alla compensazione dei crediti, l'Autore condivide la soluzione accolta dal Regolamento con la designazione della legge del credito contro cui è fatta valere, venendo a delimitarne accuratamente il perimetro applicativo, delucidandone i problemi del coordinamento con la disciplina della cessione e della surrogazione, e prospettandone le soluzioni.

Alcuni temi si snodano trasversalmente per l'intero volume. È il caso del coordinamento con la disciplina del Regolamento (Ue) n. 2015/848 sulle procedure di insolvenza, che viene esaminato sia in riferimento agli atti di cessione, sia ai fenomeni surrogatori, sia di compensazione dei crediti, con profonda attenzione per la casistica concreta e per le ripercussioni pratiche per gli operatori commerciali. L'Autore, grazie alla sua pluriennale esperienza di ricerca su questi problemi, fornisce un contributo esemplare nella sistematizzazione delle intersezioni normative che si profilano con un alto grado di complessità, specialmente nel coordinamento tra *lex concursus* e *lex contractus*.

Dare conto, ancorché succintamente, di tutte le questioni dibattute e affrontate nel volume sarebbe impossibile e sicuramente riduttivo in questa sede, soprattutto in ordine alle operazioni commerciali maggiormente complesse come, ad esempio, il *factoring* internazionale.

In conclusione, il volume si candida a diventare imprescindibile punto di riferimento per accademici e professionisti del diritto sia per la chiara e rigorosa sistematizzazione di un tema altamente complesso, sia perché in grado di stimolare la riflessione su aspetti generali di politica legislativa, specialmente internazionalprivatistica, con occhio critico non solo rispetto alle impostazioni teoriche della dottrina, ma anche alle soluzioni emerse nella giurisprudenza.

Edoardo Alberto Rossi*

* Ricercatore TD lett. b in Diritto internazionale / Università degli Studi di Urbino

Luigi Troiani (a cura di), *La sfida UE*, Roma, Arcadia Edizioni, 2024, pp. 640, € 21,00

Potrebbe fare paura, un volume di oltre 600 pagine dedicato all'Unione europea: potrebbe suscitare lo stesso sgomento che provoca la complessa architettura Ue. Ma *La sfida UE* è un testo pensato proprio per aiutare a capire, e lo si può consultare anche a vol d'uccello passando in rassegna i vari saggi che lo compongono. Il volume curato da Luigi Troiani, con una prefazione di Giorgio Benvenuto, è uscito proprio alla vigilia del voto per l'Europarlamento che avrebbe potuto, con la vittoria dell'estrema destra, sconvolgere l'Europa.

La sfida UE è composto da numerosi saggi che spaziano da un'analisi della legislatura che ci attende, 2024-2029, ai rapporti con gli Stati Uniti e con la Chiesa Cattolica, alle analisi del modello sociale e delle politiche economiche Ue prendendo in considerazione l'ipotesi di un sistema di assicurazione sociale, le nuove tecnologie, la crisi climatica e le politiche energetiche, i controlli alimentari, le politiche culturali e dei *media*. Elia Tornesi, ne *Le politiche migratorie dell'Unione Europea*, traccia una opportuna analisi storica dei movimenti migratori nel continente (inclusa la fuga degli europei verso il Nuovo Mondo) che aiuta a mettere in prospettiva quella che oggi viene definita "la crisi" e l'impreparazione con la quale l'Europa l'ha affrontata: «la via da percorrere non può essere quella della "fortezza Europa", fondata essenzialmente su strategie di contrasto piuttosto che su politiche di governo del fenomeno». È solo un assaggio: questo volume aiuta non solo a capire cosa accade oggi in Europa ma cosa potrebbe accadere, a seconda delle politiche che sceglieremo – noi cittadini e i nostri governanti; a seconda di quanto pavidì, o visionari, sapremo essere.

Alessandra Quattrocchi**

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; ex Consigliere giuridico / Servizio giuridico della Commissione europea*

CARLO EUGENIO BALDI, *Professore a contratto di Diritto dell'Unione europea / Università di Bologna - Alma Mater Studiorum*

GABRIELE CAPECCHI, *Avvocato, LLM*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista (www.capellilex.it)*

MARCO CASINI, *Avvocato / Foro di Cremona*

LUCIO LANUCARA, *University of New Mexico*

GIOVANNI MANNO, *Associate presso Legance - Avvocati Associati*

GIANNANGELO MARCHEGIANI, *Avvocato; già direttore del Dipartimento consulenza legale nella Direzione generale degli Affari giuridici / Banca europea per gli investimenti (BEI)*

PATRIZIA QUAIA, *Avvocato / Foro di Milano*

ALESSANDRA QUARTA, *Dottoranda in beni culturali e ambientali / Università di Bologna - Alma Mater Studiorum*

ALESSANDRA QUATTROCCHI, *Cultural and Art Editor / VNY La Voce di New York*

EDOARDO ALBERTO ROSSI, *Ricercatore TD lett. b in Diritto internazionale / Università degli Studi di Urbino*

ENRICO TRAVERSA, *Già avvocato e Direttore della Sezione «Giustizia e affari interni» del Servizio giuridico della Commissione europea; Professore a contratto di diritto dell'Unione europea / Università di Bologna - Alma Mater Studiorum*

AURORA VISENTIN, *Avvocato e Avocat à la Cour*