RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO DELL'ECONOMIA

RASSEGNA
DI
DOTTRINA
E
GIURISPRUDENZA

DIREZIONE SCIENTIFICA

G. ALPA - M. ANDENAS - A. ANTONUCCI
F. CAPRIGLIONE - R. MASERA - R. Mc CORMICK
F. MERUSI - G. MONTEDORO - C. PAULUS

Supplemento al n. 4/2022

ISSN: 2036 - 4873

RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO DELL'ECONOMIA

WWW.RTDE.LUISS.IT

La sede della Rivista è presso
la Fondazione G. Capriglione Onlus,
Università Luiss G. Carli,
Viale Romania 32, 00197 Roma.

Direzione Scientifica

G. Alpa - M. Andenas - A. Antonucci - F. Capriglione - R. Masera

F. Merusi - R. McCormick - G. Montedoro - C. Paulus

Direttore Responsabile

F. Capriglione

Comitato Editoriale

V. Lemma - E. Venturi - D. Rossano - N. Casalino - A. Troisi

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dalla Fondazione G. Capriglione Onlus su altre proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Autorizzazione n. 136/2009, rilasciata dal Tribunale di Roma in data 10 aprile 2009.

COMITATO SCIENTIFICO PER LA VALUTAZIONE

L. Ammannati, E. Bani, P. Benigno, R. Bifulco, A. Blandini, C. Brescia Morra, M. Brogi, R. Calderazzi, E. Cardi, A. Cilento, M. Clarich, A. Clarizia, R. Cocozza, G. Colavitti, F. Colombini, G. Conte, P. E. Corrias, C. G. Corvese, L. De Angelis, M. De Benedetto, P. De Carli, C. De Caro, P. de Gioia Carabellese, M. De Poli, G. Desiderio, L. Di Brina, L. Di Donna, G. Di Gaspare, F. Guarracino, F. Di Porto, G. Di Taranto, V. Donativi, M. V. Ferroni, L. Foffani, C. Fresa, P. Gaggero, I. Ingravallo, C. Irti, R. Lener, M. Libertini, P. Lucantoni, L. Ludovici, N. Lupo, M. B. Magro, F. Maimeri, A. Mangione, E. Maria Lombardi, G. Martina, S. Martuccelli, M. Maugeri, R. Miccù, F. Moliterni, S. Monticelli, G. Napolitano, G. Niccolini, A. Niutta, M. Passalacqua, M. Pellegrini, M. Proto, M. Rabitti, N. Rangone, P. Reichlin, R. Restuccia, A. Romano, A. Romolini, C. Rossano, G. Ruotolo, C. Russo, A. Sacco Ginevri, I. Sabbatelli, F. Sartori, A. Sciarrone, M. Sepe, G. Sicchiero, D. Siclari, G. Terranova, G. Tinelli, V. Troiano, A. Urbani, P. Valensise, A. Zimatore

REGOLE DI AUTODISCIPLINA PER LA VALUTAZIONE DEI CONTRIBUTI

I contributi inviati alla Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia sono oggetto di esame da parte del «Comitato scientifico per la valutazione» secondo le presenti regole.

1. Prima della pubblicazione, tutti gli articoli, le varietà, le note e le osservazioni a sentenza inviati alla *Rivista* sono portati all'attenzione di due membri del *Comitato*, scelti in ragione delle loro specifiche competenze ed in relazione all'area tematica affrontata nel singolo contributo.
2. Il contributo è trasmesso dalla *Redazione* in forma anonima, unitamente ad una scheda di valutazione, ai membri del *Comitato*, perché i medesimi – entro un congruo termine – formulino il proprio giudizio.
3. In ciascun fascicolo della *Rivista* sarà indicato, in ordine alfabetico, l'elenco dei membri del *Comitato* che hanno effettuato la valutazione dei contributi pubblicati.
4. In presenza di pareri dissenzienti, la *Direzione* si assume la responsabilità scientifica di procedere alla pubblicazione, previa indicazione del parere contrario dei membri del *Comitato*.
5. Ove dalle valutazioni emerga un giudizio positivo condizionato (a revisione, integrazione o modifica), la *Direzione* promuove la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del contributo alle indicazioni dei membri del *Comitato,* assumendosi la responsabilità della verifica.

I CONTRIBUTI DEL PRESENTE FASCICOLO SONO STATI VALUTATI DA:

L. Di Brina, M. Sepe

TEMI E PROBLEMI DI

DIRITTO DELL'ECONOMIA

Pubblicazione degli atti del Convegno

"L'ecosistema del mercato europeo tra diritto e innovazione"

tenutosi il 24 giugno 2022 presso l'Università di Pisa

a cura di Michela Passalacqua

INDICE

MAURO GIUSTI – *Un grazie e… ADDitotTE!* (Thank you and… ADDitotE!) ……1

MIRELLA PELLEGRINI – *Un doveroso contributo di affetto e gratitudine* (A heartfelt act of affection and gratitude)……16

MICHELA PASSALACQUA – *Presentazione* (Introduction)……19

PARTE I. SOSTENIBILITÀ, MERCATI E REGOLE

FRANCESCO CAPRIGLIONE – *Responsabilità sociale d'impresa e sviluppo sostenibile* (Corporate Social Responsibility and Sustainable Development)……22

SANDRO AMOROSINO - *"Neoprogrammazioni" pubbliche o private e mercati in trasformazione* (Public and Private 'Neo-Programming' and Changing Markets)……46

GIOVANNI LUCHENA - *Il "nuovo" intervento pubblico nell'economia: come sistema di deroghe e come coprogrammazione a impulso europeo* (The "new" public intervention in the economy: as a system of derogations and as a European-driven co-programming)…… 57

CONCETTA BRESCIA MORRA - *Chi salverà il pianeta? Lo Stato o le grandi corporation? Esg: una formula ambigua e inutile* (Who will save the planet: the State or the large corporations? ESG: an ambiguous and useless formula)……78

SARA LANDINI - *Sostenibilità e "diritto dei privati". Il caso dei contratti sostenibili nel settore turistico* (Sustainability and private autonomy. The case of sustainable tourism contract in Tourism Market Sector)……100

MATTEO DE POLI - *La governance dei mercati finanziari* (The governance of financial markets)……..125

LAURA AMMANNATI, ALLEGRA CANEPA - *Intervento pubblico e finanza sostenibile per la transizione ecologica* (Towards the ecological transition: State measures and sustainable finance)……136

ROSA CALDERAZZI - *La sostenibilità nell'impresa bancaria* (Sustainability in banking)……..168

VALERIANA FORLENZA - *La conformazione della corporate governance bancaria nel contesto della transizione ecologica* (Shaping banking corporate governance in the context of the ecological transition)……193

ANNA MARIA PANCALLO - *Fattori ESG e governance bancaria* (ESG factors and banking governance)……212

GIULIA SCHNEIDER - *Per un approccio sostanziale alla finanza sostenibile: il greenwashing alla prova del rischio di condotta* (The Need of a Substantial Approach to Sustainable Finance: Greenwashing Practices under the Lenses of Conduct Risk)……222

DONATO VESE - *Unione bancaria e cooperazione nell'era delle crisi. Alla ricerca di un modello giuridico-organizzativo della governance multilivello* (Banking Union and Cooperation in an Era of Crises: Seeking a Legal and Organisational Multi-Level Governance Model)……277

CLAUDIA MARASCO - *Il mercato dei green bond alla prova della disciplina europea* (Green bond market under European law test)……327

PARTE II. ECOSISTEMI DIGITALI E INNOVAZIONI GIURIDICHE

FRANCESCO CIRAOLO - *L'ecosistema digitale e l'evoluzione dei mercati* (Digital ecosystem and the evolution of markets)… ……342

FRANCESCA MATTASSOGLIO - *In attesa dell'euro digitale. Alcune riflessioni di carattere giuridico* (Waiting for the digital euro. Some legal thoughts)……360

ROBERTO CARATOZZOLO - *L'evoluzione digitale dell'impresa bancaria* (The digital transformation of the bank industry)…… ……391

LORENZO RODIO NICO - *Il futuro della Pubblica Amministrazione ad un anno dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* (The future of public administration one year after the approval of the National Recovery and Resilience Plan) …… ……411

PARTE III. L'INTERVENTO PUBBLICO PER UNA TRANSIZIONE SOCIALE

PAOLOEFISIO CORRIAS - *Dignità della persona e mercato* (How to govern the transition in and of the market)…… ……435

ELISABETTA BANI, ELENA SIGNORINI - *Come governare la transizione del e nel mercato* (How to govern the transition in and of the market)……458

TAMARA FAVARO - *Transizione sociale e sostenibilità dell'abitare: la «funzione pubblica della casa» tra regolazione e programmazione* (Social transition and housing sustainability. the «Public function of housing» between regulation and planning)……481

STEFANIA CAVALIERE - *Il Green Deal e il tempo delle crisi* (The green deal and time of crises)……526

ALESSANDRA CAMEDDA - *Il mercato elettrico tra vulnerabilità e sostenibilità* (Vulnerability and sustainability in the electricity market).……543

ALESSANDRA POLISENO - *Cultura e sviluppo economico: prime riflessioni* (Culture and Economic Development: First Reflections).……558

MAURO GIUSTI - *Traslazioni demografiche abnormi. Paradigmi esemplari per regolarne le criticità economiche* (Abnormal demographic translations. Exemplary paradigms for regulating critical economic issues).……574

UN GRAZIE E… *ADDitotTE!*

(*Thank you and… ADDitotE!*)

Questo è il ringraziamento che il sovrascritto ha rivolto agli amici e colleghi riuniti nel convegno *L'ecosistema del mercato europeo tra diritto ed innovazione* (Pisa, 24 giugno 2022), in occasione della consegna del volume degli atti del precedente incontro su *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, libro a lui espressamente dedicato per l'85° genetliaco, ma anche per il 25° anniversario dei primi licenziati (PELLEGRINI e GAGGERO) del Dottorato di ricerca da lui diretto e sempre per il 25° anno dalla prima pubblicazione (BANI, *I commerci speciali con l'estero*) nella Collana *I diritti economici*, da lui fondata "per ospitare contributi originali di giovani studiosi" e per raccogliere atti di convegni. Il presente testo ufficiale, corroborato da chiose pertinenti e integrato da temi omessi per ragioni di tempo, è stato depurato da alcune colpevoli inesattezze ripudiate e da molte digressioni legate all'oralità ed ascrivibili, oltre che al *pondus aetatis iam subìtus* (altro che *ingravescente*!), allo stato astenico da defaticamento per eccesso di calura micidiale *in itinere*. Quanto al titolo, per quei due che non hanno fatto i licei, trattasi dell'imperativo futuro – al plurale – di *addo, addis*, *addere*, (aggiungere, accrescere) e sostanzia un auspicio di continua espansione per la validissima Associazione Docenti di Diritto dell'Economia: "che possiate aumentare"!

Quando – a fine 2021 – al termine del mio 62° anno consecutivo di insegnamento in un corso di laurea, avvertii che quella (per mia esclusiva volontà) era stata la mia ultima lezione ufficiale, i miei studenti mi dissero che stavo per fare *ghosting*. In verità io (anglofilo ma parco utilizzatore dell'inglese espanso) non volevo sparire, ma solo chiudere con l'"obbligo" di insegnamento. Dal conseguente *buen retiro* – ove utilizzo non i sacchi di sementi di Garibaldi ma qualche bustina di semenza (sono un noto pollice verde) – e comunque pago del mio bel *Liber amicorum*

(monotematico) del 2008 – mi ha inaspettatamente tratto la provvida iniziativa – complice la cara Michela Passalacqua – di Francesco Capriglione (col quale mi sono rapportato intensamente e costruttivamente da decenni) di intitolarmi gli Atti del precedente Convegno appunto su "*Transizioni economiche e dinamiche giuridiche*", tra l'altro onorandomi di una prefazione così bella e profonda da ritenerla perfino immeritata per me, al più un "mediano" (e *talent scout*) del diritto. Per questo grandissimo e affettuoso riguardo da lui accordatomi, gli rinnovo il mio immenso ringraziamento amicale, che intendo estendere a tutti i collaboratori (magari inconsapevoli della "dedica", forma più intima di ossequio) del libro, che è risultato oggettivamente di un livello ottimale, così come, del resto, tutti i volumi dell'ADDE, comunità attiva di cui redassi la prima bozza di statuto e inventai (ci sono testimoni) l'acronimo beneaugurante. Tristi odissee familiari mi distolsero da ogni partecipazione attiva nello scorso decennio di pensione. Dopo, ero ormai un *adulto muy mayor* e in via di dissolvenza, con pochi scritti nel periodo (anche se due erano nuove edizioni di due diversi manuali), però con un'intensa didattica ininterrotta, da ultimo presso il nuovo Polo della Logistica (UniPI) nella mia città.

Ma la mia legittimazione sostanziale a parlare in questo consesso sta nel fatto che io sono un reperto archeologico del Diritto dell'economia nel nostro Paese, forse il testimone più vetusto.

C'ero io (o meglio c'era una eccellente Commissione dell'UNAU, i cui membri divennero tutti ordinari, cosa non semplice all'epoca di quando questi erano 3500 in tutto e non otto volte tanti come adesso) quando nel 1962-3 stilammo, a Camerino con Longo e Bolaffi (io poi firmai da solo quella di Finanza pubblica) e pubblicammo[1] una sorta di declaratoria del Diritto dell'Economia, in vista della riforma degli studi giuridici. C'ero sempre io, trent'anni fa, a supportare tecnicamente ogni giorno (e ogni notte) il nostro Pino Restuccia, membro del CUN, per farsi approvare il nuovo SSD. In

[1] Occorsero 6 anni perché qualcuno si degnasse di stampare questo immenso lavoro collettivo, ricostruttivo e propositivo, in AA.VV., *Università di oggi e società di domani*, Bari, 1969, p. 367.

quella stagione di lacrime e sangue (e peggio) ero membro attivo di quella pattuglia di seri docenti, convinti e determinati a svecchiare concezioni arcaiche e fatiscenti dell'ordinamento degli studi giuridici, di quella dozzina di professori assai rispettabili sotto ogni riguardo, i quali persero tempo, fatica, denaro ed amicizie per conquistare quell'autonomia di cui molti dei presenti sono stati fruitori passivi nell'ultimo quarto di secolo. Mi viene da dubitare se oggi sarebbe assoldabile una é*quipe* di pari peso e volontà, disposta stavolta a difendere "ad ogni costo" l'autonomia acquisita, facendo della coesione, così rara nell'accademia, la propria forza. Se così non fosse, il pericolo di una regressione potrebbe essere sempre incombente: la reazione degli interessi egoistici (magari di alcune insaziabili *law firms* dell'area) è sempre in agguato, per coloro che non vigilano con sacrificio (ed esponendosi: non si può arrivare alle soglie della pensione temendo ancora il circostante esterno).

Le materie del nuovo gruppo andarono a coltivare uno spazio del saper giuridico, che più che occupato da altri, si trovava derelitto da parte dei secolari usurpatori, quasi un latifondo di conoscenze giuridiche colpevolmente tenuto incolto dagli inerti presidiatori, privi delle competenze, delle nozioni e della convenienza ad occuparsene. Ad uso dei superstiti *haters*, la spiegazione di tutto ciò non è solo mia, ma è asseverata da M. S. Giannini (mio Maestro diretto, in laurea e in libera docenza), che per primo l'ha tracciata dalla vicenda storica del Diritto commerciale[2]. Nel 1861, all'insorgere del nuovo Codice di commercio, col Diritto dell'agricoltura nel codice civile ed il Diritto dell'industria di là da venire, numerosi (per l'epoca) giureconsulti furono attratti dalla novità del Diritto dei mercanti come diritto speciale, dalla codificazione di consuetudini ed usi propri del vasto e antichissimo (dai fenici all'*Hansa*) Diritto dei traffici e degli scambi, che presto pretese di estendersi all'estraneo Diritto delle attività produttive (che commercio non è), per poi occupare

[2] Cfr. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1989, p. 19, Nota 1 (IV cpv.). La vicenda ha risvolti mitologici, laddove Edipo, non conoscendo l'esistenza del padre Lajo, ne prende il posto e lo uccide.

senza titolo il Diritto delle società (che non sono solo commerciali) e fin anche il Diritto delle imprese (men che meno), in quei tempi pure totalizzando lo studio del diritto creditizio e di quello assicurativo, che invece hanno totale autonomia al di fuori delle esperienze mercantili. Da lì ad arrogarsi lentamente la pretesa di accamparsi nel Diritto dell'intera economia (insegnamento generalista allora non attivo) il passo fu più lungo, ma non se ne ebbe contezza fino a quasi un secolo fa (col *Wirtshaftsrechts* di Heidemann), da quando sporadiche, spontanee e crescenti incursioni specie degli amministrativisti si infittirono ed evidenziarono quanto fossero trascurati i diritti del settore primario e secondario dell'economia. Ci volle più di mezzo secolo ancora perché si iniziasse a volere fermamente realizzare un settore disciplinare dedicato a *tutti* i diritti economici, anche diversi dal terziario, raggruppamento realizzato da appena un trentennio con vistosi risultati in termini di fecondità e di originalità, da parte di un numero mai visto prima di studiosi a cultura accettabilmente binomia (privato/pubblico), versati anche nella Politica economica e interfacciati pure con la Macroeconomia, la grande assente nella ricerca commercialistica tradizionale. Quante volte ho chiesto inutilmente ai molti amici del Commerciale di interessarsi alle regole del WTO; del *dumping*; del *rating* privato statunitense (specie di quello sovrano, non richiesto), lasciato indarno alle velleità della Procura di Trani; del bimonetarismo (non del passato bimetallismo) nei Balcani e in Sudamerica, sentendomi rispondere che siamo in tema di trattati (non è sempre vero) e che perciò competono al Diritto internazionale! Riluttanze del genere serpeggiano ancora tra i nostri, visto che nel volume dedicatomi non siamo riusciti ad ottenere un contributo sulla "transizione valutaria"[3] e un altro sulla "transizione afflittiva", quest'ultima in considerazione delle

[3] Per ragioni geopolitiche io ritengo imminente una rivoluzione nell'anacronistico cambio delle divise e suggerivo di descrivere almeno le regole dei tre scenari profilabili: lo *yuan* si autocandida come altra moneta di riferimento, magari virtuale (il meno probabile per il volume del debito pubblico cinese); lo *yuan* indica ed applica unilateralmente un nuovo paniere monetario di riferimento (possibile in caso di eventi bellici ravvicinati, ma foriero di un'accentuazione della fuga di capitali esteri); lo *yuan* negozia col FMI, cioè con gli Stati Uniti, un nuovo paniere di divise, pretendendo che almeno si affianchi al dollaro.

enormi e misconosciute conseguenze economiche date dal costante rialzo della soglia di tolleranza nei confronti dell'illecito specie patrimoniale (come quello corruttivo), con reati svaniti o scusati, comunque via via impuniti.

Il diritto dell'economia, disciplina sovente reputata in sé oggettuale (per me definizione nient'affatto riduttiva rispetto alla validità scientifica) ha via via raggiunto connotati identitari veramente unici, dati dalla interdisciplinarità tra più diritti e in più tra il diritto e l'economia ma pure dall'inusuale utilizzazione sistematica di nozioni transdisciplinari "complanari" (le più disparate), dai saperi tecnologici alla cultura antropologica e sociologica. La "normazione" da parte del MIUR di questa identità inconfondibile quale caratteristica di quest'unico settore è stata finemente lumeggiata in un recente scritto[4] da due autorevoli studiosi a tutto campo di svariate tematiche giuseconomiche, i quali ineccepibilmente hanno dimostrato che non si tratta per niente di affastellare per addizione un numero sconfinato di discipline "convergenti" sull'economia (evenienza empiricamente non vietata, limitatamente all'approfondimento – con l'armamentario (DE CARLI) del giurista – di eventi complessi della realtà esperienziale, in tal modo visti da più ottiche utili), ma piuttosto di utilizzare uno spazio multidisciplinare, reso "comune" dalla sistematicità e dalla specifica capacità di far uso (avendola compresa) di tale metodologia interattiva nell'approccio sincretistico di ricerca. L'affermazione, oltre che largamente condivisibile, è straordinariamente moderna e innovatrice.

Dico ciò particolarmente a proposito di voci che mi segnalano[5] un ritorno di

[4] CAPRIGLIONE, SEPE, *Riflessioni a margine del Diritto dell'economia*, in *Riv. trim. dir. ec*., 3, 2021, pp. 406-407. Purtroppo, da questa linea diverge alquanto TUCCI, *Il diritto dell'economia: "dispute metodologiche e contrasti di valutazione"*, in *Riv. dir. Comm*., 4, 2021, p. 743. Coerente invece il percorso logico di SARTORI, *Il diritto dell'economia nell'epoca neoliberale: tra scienza e metodo*, in PASSALACQUA (a cura di), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, cit., p. 145, a patto che consenta con me che "oltre ai mercati c'è di più".

[5] Mi sono stati appena mostrati diversi contributi sulla rivista (beneaugurante) *Orizzonti del diritto commerciale*. Non vi ho trovato alcun nuovo argomento rispetto a prima, eccetto l'interessante tracciamento di un "Diritto dell'iniziativa economica organizzata" (SCOGNAMIGLIO), che però a me non pare conduca a giustificare logicamente la dilatazione di un Diritto Commerciale "generalista" fino

fiamma delle rivendicazioni – sempre quelle – di certi colleghi dello "04" sulla sovrapposizione dei due settori. Prescindendo dal fatto che non si ravvisano elementi nuovi nelle loro argomentazioni, sarebbe l'ora di pensare ad una sana convivenza competitiva tra i due gruppi limitrofi, piuttosto che brigare – regredendo – verso una unificazione confusa, antistorica, gratuitamente limitativa, anzi repressiva senza alcuna ragione, se non quella di un inammissibile perseguimento di un suprematismo ingiustificato e immotivabile. L'imperativo razionale sarebbe di non ostinarsi a perpetuare reciproche frizioni, considerando perfino che due raggruppamenti fanno maggior incetta di cattedre che non uno.

È un fatto che alcuni colleghi del Commerciale hanno da sempre accreditato la falsa tesi che i cattedratici dello JUS 05 fossero di risulta rispetto a loro. Ciò valeva forse per qualcuno proveniente dai loro vivai di predestinati e ancor oggi questa sensazione sembra aduggiare qualche cane sciolto dei nostri, il quale deve sentirsi così *deminutus* ad aver vinto solo nello 05, da divenire lacchè di cattedratici altrui, in una sorta di sindrome di Stoccolma (il concetto non è mio) nei confronti di chi per il vero gli

a ricomprendere l'intera economia. Il richiamo storico, poi, di SANTORO (col quale ebbi proficui contatti di dottorati) alla definizione della manualistica di Diritto dell'economia come Diritto corporativo o addirittura totalitario si spiega col fatto che Lorenzo Mossa (di cui ho seguito le lezioni a Pisa) scriveva nel 1943, quando sarebbe stato difficile usare di altri aggettivi "democratici": ma del resto sulla di lui affermazione che il Diritto commerciale faccia parte del Diritto dell'economia ci metto la firma! Mi ha infine fatto dispiacere il breve rilievo di Renzo COSTI, antico amico dell'UNAU e uomo colto, acuto, probo e perfino simpatico, quando sentenzia che le materie (04 e 05) sono "sostanzialmente le stesse", "un doppione". In questi termini l'affermazione è irricevibile, se non nel senso che l'una insiste parzialmente sull'altra (ma basta parlare di territori, confini e incursioni, siamo nel secolo della pluridisciplinarità). Altrettanto da respingere al mittente (che peraltro mi ha da sempre detto di essere ostile, forse per principio, allo 05), perché priva di spiegazione, è la locuzione che il raggruppamento è "nato in modo non limpido", qualora adombrasse improbabili macchinazioni (il fantomatico lodo Guarino-Libonati) o ipotesi corruttive nella genesi, che invece fu rapida, alla luce del sole, in sede politica e istituzionale, grazie ad una spocchiosa sottovalutazione (da me sempre cercata) della nostra azione e in virtù di mirate operazioni di *lobbying* vincente, per quanto mi riguarda guidate dal compianto on. Nello Balestracci (del mio collegio), il quale – in quanto preside – mi conduceva nei meandri burocratici del MIUR (peraltro a me già noti da quando ero stato sindacalista apicale) ad esporre di persona, per epigrammi, le nostre ragioni, datosi che nei ministeri chiunque dice di non aver tempo per leggere niente, se non glielo spieghi a voce. Ma adesso non ho più voglia né titolo per queste rissose schermaglie né intendo alimentare o replicare a non giovevoli provocazioni, se non in sede conviviale e col sorriso.

ha sbarrato la strada maestra.

In verità, l'accesso originario al SSD 05 non fu affatto di compromesso sistematorio, come venne adombrato dai suddetti notabili, quando questi si trovarono sorprendentemente esclusi da quel processo decisionale estemporaneo. All'origine, giuristi come Sergio Ortino, Amorosino, Ghetti, Cocozza, De Carli e chi scrive "scelsero" di entrare in quel consorzio scientifico – da disparate provenienze – come testimoniano le parole di Sergio: "Passare sul diritto dell'economia però non fu assolutamente una scelta di ripiego. Essendomi occupato in parte anche di argomenti che riguardano l'economia, ho sempre considerato l'insegnamento di DPE una posizione privilegiata (rispetto a materie tradizionali) per capire che cosa stia accadendo intorno a noi (…) senza rischiare di collocarci in una seconda linea di osservazione". "Soprattutto ritenevo che questa fosse una di quelle materie che avrebbero avuto maggiori possibilità di sviluppo e di successo". Ha avuto ragione lui o gli zeloti dei mille contratti atipici[6]?

Anche per me fu una precisa opzione voluta, un ritorno alle origini (nel 1961, all'esordio, Allorio – auspice il compagno di prigionia Capaccioli – ebbe a richiedermi due note a sentenza pubblicate su *Giurisprudenza Italiana*, per l'appunto una sulla disciplina dei prezzi e l'altra sui finanziamenti per il Mezzogiorno).

In conclusione, lo stato di salute del raggruppamento ("vivace" secondo i detrattori) è più che buono, gli atti dei convegni cadenzati sono sempre di livello elevato e riconosciuto (se non temuto)[7], molti scritti dei soci primeggiano tra quelli dei cultori di diritti economici. Infine, da *serial reader* (e da *referee*) testimonio che anche le nuove leve annoverano intellettuali a largo spettro esperti in molti campi, come si denota dai poderosi impianti di note, per le quali – da vecchio qual sono – lamento

[6] ORTINO, *Intervento*, in AA.VV., *Atti del 1° Convegno dei Docenti Italiani di Diritto dell'Economia*, (stampato in proprio), Bologna, 1999, p. 9. In questa sede non faccio questioni di nomenclatura e non posso dare conto della sua complessa definizione di "Scienza del diritto economico".

[7] Basta garantirne costantemente la pubblicazione anche *on-line*: ometterla sarebbe altrettanto frustrante quanto conservare il *menu* di un pranzo non mangiato.

solo la limitazione ai minuziosi riferimenti bibliografici e l'assenza invece di quelle chiose esplicative, lumeggianti ragionamenti e preziose informative sottese al testo, dalle quali un tempo si soleva desumere non la "parte politica", bensì la *weltanschauung* dell'autore, come ostentavano una volta i Maestri, quando sceglievano di non nascondersi.

Nelle mie perduranti letture non ho trovato quasi errori, salvo un richiamo nel 2021 alla legge di stabilità – avvertitelo che non esiste dal 2017 – e l'uso disinvolto del termine "scostamento" di bilancio in luogo di aumento: le leggi del 2012 – la n. 1 e la n. 243 – hanno introdotto questa parola per indicare rare ipotesi nominate e tipizzate, usarlo come sinonimo di incremento *tout court* è uno sbaglio.

In questo panorama confortante, rimarco tuttavia alcune lievi criticità, sicuramente scongiurabili. La prima abitudine che aborro è l'uso del "politicamente corretto", copiosamente rinvenibile proprio tra i giovani. Non alludo alla *correctness* linguistica, ma all'adozione acritica di idee-base indiscusse, somministrate da persone ed istituti come se fossero assiomi prefabbricati "giusti" e ingeneranti invece conformismo ed omologazione, sempre a vantaggio del potere espresso dal capitalismo organizzato, "per sventare minacce all'ordine costituito" (MERUSI). Dal momento che tale acquiescenza pare avvenire inavvertitamente, mi corre l'obbligo di esemplificare alcune di queste recenti verità preconfezionate come indiscutibili, per segnalare l'errore occultato. Così – sul versante UE – è uno sbaglio dire che "le politiche di gestione della domanda debbono essere riservate a sventare l'inflazione": questa non è che una delle opzioni, esse possono indirizzarsi all'*austerity*, alla crescita, all'occupazione, dipende dalla scelta politica. Sempre dall'Unione, non è dimostrata e perciò non è vera l'affermata "bontà" del metodo dell'*output gap*, che enfatizza la differenza tra PIL reale e PIL potenziale (collegando la crescita all'occupazione o al pregresso, ma non all'inflazione e all'*import-export*, per cui è invero di scarsa proficuità), così come non è positiva per il singolo Stato la condiscendenza per la

delocalizzazione produttiva. A livello della BCE, clamorosamente falsa è stata l'affermazione che l'inflazione fosse temporanea, basata dall'ex lobbysta Lagarde su nessun riscontro scientifico noto. Da parte dell'ONU, infine, prive di alcun fondamento sono le "sentenze" del suo Segretario Generale e dalla sua parassitaria tecnostruttura, in tema di migrazioni: "Gli Stati nazionali devono cessare di esistere" (così si scioglie anche l'ONU!); "Gli Stati sviluppati devono abituarsi ad essere inondati da masse di migranti". "A chi?", avrebbe detto Totò, cioè chi autorizza e legittima simili esternazioni indimostrate, spacciate come verità conclamate e invece del tutto opinabili, sconsiderate ed inaccettabili nel reale? Premesse indimostrate conducono a conclusioni inesatte, senza vantaggio (se non propagandistico) per nessuno e inficiano la correttezza del procedimento logico: ricordo che, un tempo, eravamo di natura più diffidenti, nell'accettare altrui previsioni sul (diritto) futuro.

A parte che mi angustia non intravedere – quando (tra cento anni) Capriglione non vorrà più farli – chi possa organizzare qualcuno dei suoi preziosi e tempestivi commentari (per i quali i più neanche immaginano lo sforzo ideativo, logistico e temporale che essi richiedono), io dico che oggi bisogna dilatare il consueto approccio alla conoscenza del diritto. Una stagione, ma che dico, ormai un'era di transizioni e innovazioni pretende un'attenzione del giurista, che guardi non solo vuoi alle norme plurilivellate ma di bassa lega e tutte (specie quelle di fonte della P.A.) bisognevoli di interpretazione "autentica", vuoi alle sentenze, con le cronache che ci mettono troppo spesso in guardia sulla qualità di parecchi tra i giudici. C'è bisogno adesso di progettare il diritto prossimo, di proporre anche dal versante degli atenei soluzioni legali ai fenomeni che si accavallano, mediante prospettazioni appunto progettuali, che mi pare si ripropongano con forza (Amorosino) – dai tempi delle programmazioni – all'attenzione del giurista. La dottrina non fa profezie, ma previsioni azzeccate sì, se scevera ampi ventagli di soluzioni col massimo delle informazioni acquisibili, e questo perché ha più libertà (e spesso più capacità) del legislatore e del giudice nel rinvenire

soluzioni secondo efficacia ed efficienza. È allora allo studioso del diritto che spetta oggi di cogliere per primo i sintomi del cambiamento nel reale e sùbito di indicare (non di predisporre l'articolato) le linee di variazione di disciplina, politicamente valutabili e adottabili. Esporre l'inventario delle soluzioni possibili del problema (alcune delle quali da inventare) sta divenendo compito preventivo della ricerca giuridica, assai prima che dell'interpretazione giurisprudenziale, che arriverà dopo, tardi, e solo a cassare. Come per un sarto, si tratta adesso di prendere le misure a ciò che succede o che succederà ineluttabilmente, rimettendo al dopo se cucire un capospalla o una tuta da lavoro. Bisognerà prima capire e poi (udite, udite!) "pesare" i fatti dell'economia, per tentare di regimentarli e questo spetta all'Analisi giuridica dell'economia (attivatelo, questo insegnamento!), non al suo contrario, pista per noi grezza e sconnessa. E qui è bene che mi taccia, in questa sede[8].

[8] Non posso però esimermi da puntualizzare che la mia riluttanza è rispetto alla trionfante *Analisi economica del Diritto*, propugnata da molti colleghi di grande valore ma a mio vedere assai poco praticata e messa davvero in atto. In invereconda sintesi, assumiamo che la Scuola di Yale di EAL prenda le distanze dall'uso – se condizionante – dei principi dell'economia per indicare le cause effettive di norme di varia scaturigine e di atti giuridici, usando saperi economici per analizzare questioni di diritto. Mestiere, comunque, da economisti e campo della logica economica che a loro pertiene, al di fuori del diritto, che diviene mero oggetto di attenzione. Più marcatamente, la Scuola di Chicago spiega le dinamiche giuridiche esclusivamente con le cause economiche, in termini di efficienza e di costi e benefici. È anche questa una scienza economica applicata al diritto. In ambedue i casi la ricerca è al di fuori del perimetro del diritto, che diviene pura ipotesi oggettuale. Facciamo allora uso di una nota definizione "neutrale" dell'EAL, quella di Bruce CHAPMAN (*Legal Analysis of Economics*, Toronto, 2004): "*Economics provides method of analysis; law provides the subjects matter to which this analysis is applied*". La domanda sorge spontanea: quanti scritti di questi "economisti del diritto" conoscete in Italia? Faccio molta fatica a ricordare diversi contributi del fecondissimo Francesco Forte (che era laureato in giurisprudenza e mi omaggiava dei suoi numerosi libri quando negli anni '70 eravamo ambedue Giudici della Commissione Tributaria Centrale al MEF); qualche scritto di Serrani, di Tremonti, di Picozza (che impeccabilmente sostiene che l'AED esamina l'efficienza *economica* di un sistema, di un istituto, di una formulazione giuridica, consapevolmente concludendo che si tratta di una scelta ideologica del capitalismo estremo); alcuni bei brani di Morera, di Di Gaspare e di pochi altri. Io stesso (che ho radici comprovabili nella politica economica e finanziaria) credo di avere scritto un solo contributo (per giunta criticato proprio per il metodo acatartico adottato) in tale chiave (GIUSTI, *Verificazioni pubbliche modificative del processo di formazione dei prezzi privati*, in BANI (a cura di), *Il "giusto" prezzo tra Stato e mercato*, Torino, 2009, p. 3. La mia opinione è che non c'è ragione logica di dare eccessivo spazio a questa "esasperazione" dottrinale, la quale vede l'interprete del diritto nelle strette vesti di maldestro economista di complemento, che opera scelte arbitrarie nel diritto privato, inservibili nel diritto pubblico. Concordo con Napolitano che non disponiamo di sufficienti operatori provvisti di questa adeguata preparazione (tranne dubitevoli economisti divulgatori), che il risultato è

Questo atteggiamento non è molto consono alla ricerca nostrana. Al tempo delle ideologie (adesso sottotraccia), il *de jure condendo* si reputava una contaminazione della politica (di parte) e se lo potevano permettere solo i grandi Maestri, incensurabili. Per ultimo ricordiamo Guarino, ma da diverso tempo anche Giuliano Amato (col quale sono stato compagno dei corsi biennali, a Pisa) traccia scenari suggestivi per l'impalcatura del futuribile, del diritto atteso, malgrado l'incessante liquidità dell'elettorato nostrano, contro la quale anni fa (nei manuali, senza seguito) ci adoperammo ad adombrare una rappresentanza elettiva degli interessi e delle convenienze economiche. Nel diritto interno (e, con più difficoltà, in quello dell'UE) la necessità di un diritto prognostico o, meglio, predittivo, che disegni i rimedi prima di confezionarli, diverrà impellente e costante per lungo tempo.

---

quasi sempre un "condizionamento esclusivamente economico" del diritto e che questo – preso di per sé – è da rifiutare in blocco. Soprattutto i principi macroeconomici, inaccettabilmente impermeabili all'etica, risultano da rigettare come unica fonte di ispirazione dell'azione pubblica, perché l'analisi economica non può per me costituire un'argomentazione giuridica, tutt' al più può influenzarla (*contra*: TUZET, *L'analisi economica come argomentazione giuridica,* in *researchgate.net/publication/337448473*, 2018). Tutto ciò che residua di questo tipo di analisi pertiene allora alla *Law and Economics* di Calabresi, alla convivenza dei due saperi generali, aplani o, come si dice in geometria, sghembi riguardo alla medesima realtà totale. Questa compresenza per me ha ingenerato da sempre dubbi nel "dosaggio" reciproco, di quanto diritto e di quanta economia abbisogni la *L&E*: Nel lontano 1986 (io già su quella cattedra) di fatto presi le distanze da Casetta, il quale – riesumando la rivista *Il diritto dell'economia* – scrisse (sul numero 0) che ne sarebbero stati collaboratori sia giuristi edotti di economia sia economisti con una qualche preparazione giuridica. Tale equivalenza era per me insopportabile ed improponibile e infatti ha avuto ben scarso seguito. Ho poi cercato almeno di misurare questa finta *equal partnership*, finanche mettendo direttamente alle strette (con tecniche inquisitorie da udienza) il "nume" Guido Calabresi (ora novantenne), percorrendo con lui, dopo cena, i bei giardini dell'*Hotel des Iles Borromées*, in uno dei tanti convegni del CNPDS a Stresa, ben più di dieci anni fa. La risposta la ritenni ancipite e legata alla situazione contingente, ma gli sfuggì una parola illuminante: la proporzione è "quanto serve alla 'persuasione' del giudice". Così capii che, in *common law*, tutto ciò che è utile empiricamente a strappare una sentenza (che colà è fonte primaria di un diritto per loro più efficiente e idoneo ai tempi: sarà vero?) fa davvero brodo, senza riguardi all'impurezza del diritto. Restai dell'idea che avevo espresso nel 1981 al Perroux (in un alto convegno padovano, all'epoca in cui ero colà Direttore dell'Istituto Marco Fanno): la L&E è *cafè au lait*. Non è cappuccino, non è un amalgama, i due saperi non si fondono, si integrano quanto basta non per influenzare ma per garantire soltanto interpretazioni del diritto più congrue e veritiere. Non facciamo – noi giuristi di matrice parlamentare – un mito risolutivo di questa imprecisa e incostante strumentazione. Resta allora in piedi la richiamata *Analisi giuridica dell'economia*, che è esattamente il rovescio dell'AED, come sostenni tempo fa (GIUSTI, *Gli ambiti dello studio giuridico dell'economia*, in GIUSTI, BANI (a cura di), *Complementi di Diritto dell'economia*, Padova, 2008, p. XIII), cioè "l'uso dei canoni del diritto per giudicare o per determinare la "bontà" del fatto e dell'agire economico". È questo che fanno quasi tutti i cultori del diritto dell'economia, ma non è di moda ammetterlo.

Comunque sia, se lo stato di salute del raggruppamento è a dir poco ottimale, non lo è nel numero, mentre in verità vi dico: da battaglione fatevi reggimento, solo così sarete forti abbastanza. In sede privata, mentre scherzosamente chiedevo al più autorevole dei nostri bancaristi (studiosi interdisciplinari *ex se*, per la confidenza non solo lessicale con la tecnica bancaria) se fra trent'anni ci saranno ancora le banche, gli "sportelli" e l'attuale diritto speciale[9], mi domandavo se – forse anche dal loro folto versante – non necessiterebbe una maggiore disponibilità per l'accesso abilitativo di qualche nuovo giuspubblicista "economico" in più, magari da sollecitare a quei davvero pochi colleghi dell'Amministrativo, che ancora se la sentono di coltivare tra l'altro i molteplici e impegnativi temi legati all'economia.

La seconda criticità (per me) è senz'altro l'affollamento di troppi colleghi sul terreno del liberalismo, astutamente egualizzato alla democrazia (non è vero). Dai primi anni '90, con la vittoria della guerra fredda da parte degli Stati Uniti (e conseguente evaporazione solo formale dei marxisti nostrani), tutti, o quasi, si scoprirono liberali, liberisti, *liberal*, neoliberisti, radicali e magari libertari, con un allineamento pedissequo e perfino acritico al capitalismo in tutte le sue subdole declinazioni vecchie e nuove, le più ben note come perverse. Tra l'altro, ciò comportò la sepoltura di Keynes (specie da parte di chi nemmeno lo aveva letto bene) e l'oblio sia di postkeynesiani – magari un po' criptomarxiani, come Robinson, Kalecky, Sweezy e anche Graziani – sia di neokeynesiani, cioè dei revisori e deformatori della *Teoria generale* dal versante neoclassico. Ma la teoria economica keynesiana non è così elastica, è propriamente l'economia delle crisi e dopo cento anni si è prepotentemente riaffacciata in occasione delle diverse evenienze critiche perduranti nel quindicennio e delle loro soluzioni concrete prescelte dai pubblici poteri (qualcuno ha parlato di

[9] Sull'onda di McMILLAN (*alias* Jurg Muller), *La fine delle banche*, Milano, 2018, che pronostica poche decine di banche future a causa della disintermediazione, soppiantate da un profluvio di piattaforme senza spese, con *cashback* e rate *gratis* (PayPal, Monzo, Revolut, Buddybank, ecc.) e quindi bisognevoli di ben altre regole.

colbertismo)[10]. Federico Caffè, il quale (auspice Steve, di cui avevo adottato il manuale per le mie lezioni di economia finanziaria) inconsuetamente – come mi dissero a Statistica, ove intravidi un giovanissimo Mario Draghi – mi onorò di diversi spunti, sentenziò che il neoliberismo non dà alcun apporto innovatore alla scienza, cioè che è strumento ambiguo di conservazione. Io non me la sento di essere così drastico, pur se noto che assai di rado liberalesimo si coniuga con progressismo.

In verità o si è keynesiani e basta come me o non si condivide quella politica economica applicata agli eventi e si crede ciecamente nei mercati, nella giungla del mercato, anche se quello globale sta svanendo. Da qui il mio netto dissenso per questa eccessiva concentrazione ideologica, per questo allineamento incondizionato e quasi obbligato all'ottica affaristica più sfrenata e, di contro, l'occultato bisogno di un *revival* del diritto di tutta l'economia, per sua natura interdisciplinare e "colto", nel senso che postula innegabilmente conoscenze tecniche multiple e saperi diversi. L'invito è a considerare anche prospettive ulteriori ai molti mercati, a partire dall'agire non lucrativo, emerso col dilagare del *no profit*, ma non tralasciando ogni tipo di economia pubblica estranea al profitto, dai molti e grandi Stati del socialismo reale al piccolo collettivismo dei *kibbutz*, dalle repubbliche popolari e populiste dell'America Latina ai grandi Paesi emergenti a bassa democrazia ed alto dirigismo, con una presa in considerazione dell'operato di questa metà dell'umanità già distante dal mercato lucrativo e speculativo consueto e tuttavia da non trascurare nella comune competitività economica, stante la sua inevitabile concorrenza con l'arrancante produttività delle democrazie appunto liberali.

Credo che l'ampiezza di questi orizzonti – invero infiniti – gioverà al nostro settore: io ho cominciato del tutto senza pretese, applicandomi alla demografia, o meglio alla valutazione economica dei suoi andamenti, con un timido tentativo di

[10] Mi riferisco non solo alla *Teoria Generale*, ma anche all'ultimo capitolo di *Le conseguenze economiche della pace*, Milano, 1920, e a *Come uscire dalla crisi*, Bari, 2017, che contiene anche *Poverty in plenty*.

misurare il peso delle "quantità" (in questo caso di uomini) nel diritto. Se infatti il fenomeno grandioso che dai 2500 mln di uomini del 1950 abbiamo raggiunto 8000 mln di umani a fine 2021 lo ritenete privo di significato per il diritto[11], queste parole non sono per voi. In caso contrario, convenite che spetta al diritto darsi carico di profilare il modo di regimentare – con ogni garanzia legale e nei limiti del "consentibile" (parola di Papa Francesco) – gli esodi umani, per scongiurare effetti negativi per chicchessia. Il terreno è pressoché vergine, perciò l'impresa è entusiasmante ed appagante: chi studia per primo un tema, gode di citazioni certe e primazie assicurate. Per il resto, corre l'obbligo di riappropriarsi di temi a torto marginalizzati, quali per mero esempio il diritto della logistica, dei trasporti, dei giochi d'azzardo e delle scommesse; di riportarci anche sui meccanismi della spesa pubblica (c'è più un ordinario di Contabilità di Stato?); sul debito pubblico ai limiti dell'irredimibilità (con *durations* centenarie); sui prezzi autoritativi emergenziali "congelati" sbrigativamente dall'UE; sul *lobbying*, sui limiti alla pubblicità distorcente; sulle garanzie pubbliche in espansione, addirittura sul Diritto della concorrenza, prendendo atto al proposito che oggi è prevalentemente "tutela" della concorrenza[12]. A questo proposito, le mie ancor intense letture mi consentono di rilevare per diversi colleghi un addensamento dei loro temi di interesse, che non reputo da imitare. Ci sono praterie inesplorate nei diritti economici e invece trovo cento scritti sulle criptovalute (che valute vere per ora non sono). Nello scritto che ho allegato agli atti, rilevo che sulla *Multilateral Investments Guarantee Agency* della W.B. non ho trovato uno scritto italiano dal 1988, così come sul Club di Parigi e sul Club di Londra, che cancellano imponenti indebitamenti pubblici e privati e sono organismi così informali, al punto che vi partecipa il Dipartimento del Tesoro del MEF.

[11] Confortante, in questa direzione, il lucido pensiero di BIFULCO, *Sovrappopolazione, qualità della democrazia e sviluppo* sostenibile, in PAMMOLLI, TUCCIARELLI (a cura di), *Il costo dei diritti*, Bologna, 2021, p. 25, ripreso, per accenno, in ID., *La legge costituzionale n. 1/2022: problemi e prospettive*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2022, p. 25.

[12] Il *private enforcement* riguarda il 12% delle liti, il *public enforcement* l'82%: TAR, non Tribunale delle imprese.

Le omissioni sono peccato.

Personalmente ho scritto al massimo nove lavori sullo stesso argomento, per il 70 per cento spaziando su temi diversi tra di loro. Ma io non sono di certo un *benchmark* da perseguire, il mio *curriculum* è troppo singolare per servire da modello[13]. Lungi da me l'idea di servire da traccia per una qualsivoglia carriera e quindi di dispensare consigli, ma soltanto ringraziamenti. Mi siano consentiti solo sinceri auspici al settore e a ciascuno di voi. Perché questo è per me un *excipit*.

Mauro Giusti

già Ordinario di Diritto dell'economia

nell'Università di Pisa

[13] Per esempio, accanto all'indagine scientifica, per qualche tempo sono stato *manager* (di 854 dipendenti, a 24 anni di età) nella P.A., poi ho fatto il legislatore sostanziale nel gabinetto di diversi ministeri e insieme sono stato giudice, anche di legittimità, per alcuni lustri. Dottrina, amministrazione, normazione, giurisprudenza (anche da difensore): a chi è data l'opportunità di simili esperienze al giorno d'oggi? Per questi trascorsi non iterabili – e anche per caso – ho avuto modo di frequentare davvero da vicino grossi personaggi (Craxi, Pannella, Ungari e Rodotà all'UNURI; i già citati noti colleghi nell'UNAU, da Franco Coppi in giù, Adriano Sofri, Piperno & Co. nel '68 pisano, gli omologhi fascisti in quello teramano; il *clan* di Basaglia a Trieste; Toni Negri a Padova, dove ho avuto per presidi Livio Paladin e Alberto Trabucchi; *premiers* come Fanfani, Moro, Spadolini e Forlani, innumerevoli ministri; Giorgio La Pira, Gaetano Stammati e Gianfranco Merli; tantissimi colleghi geniali, oggi rarefatti).

UN DOVEROSO CONTRIBUTO DI AFFETTO E GRATITUDINE

(*A heartfelt act of affection and gratitude*)

1. Ho conosciuto il prof. Giusti quando aveva da poco iniziato l'insegnamento di Diritto pubblico dell'economia, disciplina che affronta tematiche i cui contenuti venivano da Lui arricchiti grazie alle sue pregresse esperienze professionali nella finanza pubblica e nel diritto tributario.

Nutro nei Suoi confronti sentimenti di sincero affetto e profonda gratitudine in quanto devo al suo insegnamento la scoperta di un settore di studi che poi avrei coltivato per tutta la vita e, con essa, l'inizio della mia passione per il diritto bancario (ed il ricordo va alle sue lezioni sull'«ordinamento sezionale del credito») e, nell'ambito di tale disciplina, per la cooperazione di credito (che, secondo il suo insegnamento, esprime forma e sostanza nella mutualità).

La vita è stata benefica con me ed infatti la materia che oggi insegno alla Luiss è proprio il diritto pubblico dell'economia; memore delle linee guida da Lui impartite, svolgo il mio corso nella consapevolezza da lui appresa della necessaria riferibilità ad un approccio metodologico *interdisciplinare* che, nella sua sintesi esplicativa, consente una ricerca volta a rispettare la verità, la lealtà e la più rigorosa afferenza al precetto normativo finalizzato alla corretta comprensione e conoscenza del tutto.

2. Devo a lui, o meglio al suo impegno accademico, l'attivazione del primo dottorato in Italia di Diritto dei mercati finanziari presso la nostra Università, che mi consentì di intraprendere un percorso di studi che, nel tempo, si sarebbe tramutato nella occupazione lavorativa della mia vita. Ricordo ancora con emozione il momento in cui, all'indomani della mia tesi di laurea sulle Casse Rurali ed Artigiane, il prof. Giusti mi invitò a proseguire gli studi segnando una svolta nella mia vita che all'epoca volevo dedicare alla Magistratura. Di questo cambiamento di rotta nella mia esistenza sarò

sempre grata a questo mio grande Maestro. Fu negli anni del dottorato che ebbi modo di condividere il Suo convincimento in ordine all'autonomia scientifica del settore disciplinare nel quale si collocava il suo insegnamento (poi divenuto anche grazie a lui IUS/05); convincimento che, fin d'allora, lo inseriva nella ristretta cerchia di coloro che da sempre hanno tenuto a sottolineare l'esclusione di posizioni di sudditanza delle materie dello IUS/05 dal diritto commerciale, le quali - come è noto - sono a fondamento di un altro, differente settore disciplinare.

3. Di certo non spetta a me delineare i tratti che identificano le alte doti morali e scientifiche del prof. Giusti. Sono stata sua allieva e, come accade nei confronti dei grandi maestri, il rispetto e la devozione fanno velo sulla serenità di un giudizio obiettivo che di certo non può mancare valutando l'opera e la cura da Lui sempre prestata nei confronti dell'Accademia e dei suoi discenti.

Ciò non mi esime dall'asserire con forza che Mauro Giusti è un accademico e studioso che col suo lavoro e la sua *affectio* per l'Università è riuscito a convogliare tanti giovani ad intraprendere il difficile percorso universitario.

Ricordo bene le sue lezioni, ricordo bene la sua vivacità espositiva, la sua ironia e la *verve* tipicamente propria dei livornesi.

È stato *creativo*, mai banale! Nelle lezioni sapeva coniugare sapientemente il messaggio culturale sulla corretta interpretazione del diritto vigente ad una raffinata critica sui limiti con cui fino a quel momento la normativa in esame era stata realizzata. Dai suoi scritti emergeva sempre la lungimiranza e la ricerca di una risposta alle domande della società civile e del mercato, accompagnate da una vivace critica che, con espressioni colorite, rendeva tutto chiaro all'istante ma anche, consentitemelo, parecchio divertente. Fondamentali, al riguardo sono alcune sue memorabili precisazioni: *l'Università è all'ammazzacaffè* scrive in Fondamenti di diritto pubblico dell'economia del 2005 scrive; in precedenza (nella avvertenza alla edizione del 1994) aveva esordito così: mi contenterei "di essere classificato come quell' improbabile Santo

de Magione (né papa né cojone) uscito dalla penna di Curzio Malaparte" … vi lascio immaginare le reazioni da lui definite di riprovazione puritana.

Osava. Aveva coraggio. Combatteva per il progresso del Diritto dell'economia "che il doroteismo accademico non vuole far diventare fondamentale e quindi in ìmpari concorrenza con i miniprogrammi di discipline defunte, con i quali non si può competere se non abbinando gadgets e cotillon ad un bel 30 garantito!"

4. Concludo, riaffermando ancora una volta la mia gratitudine per avermi indotto a guardare con positività la vita, per superare anche i momenti di difficoltà. Le sue parole sono state sempre di incoraggiamento e di sostegno consentendomi di superare sempre le ansie e lo sconforto che talora prende i giovani studiosi. In particolare, non posso e non voglio scordare che fu lui a propormi di collaborare col prof. Francesco Capriglione, all'epoca appena arrivato a Pisa.

È stato, forse inconsapevolmente, un altro dono che Mauro Giusti mi ha fatto. Il prof. Capriglione insieme a sua moglie Anna mi hanno accolto calorosamente tra loro, introducendomi in un gruppo di giovani studiosi che, nel tempo, avrebbero dato vita ad una consolidata «squadra», che in spirito d'amicizia ha collaborato alla crescita del 'diritto dell'economia'. Ho così compreso quanto sia importante in ambito accademico appartenere a gruppi coesi di docenti che uniscono alla serietà degli studi una reciprocità relazionale che si pone a fondamento di vita e di pensiero.

Con queste parole do il mio abbraccio affettuoso e grato al prof. Giusti per quanto egli ha fatto per me e mi permetto di parlare a nome di tutti gli studenti che affluivano numerosi per chiedergli la tesi di laurea ma, soprattutto, per recepire – come ho fatto io – un input decisivo per la realizzazione delle nostre vite.

Mirella Pellegrini

Ordinario di Diritto dell'economia

nell'Università di Roma Luiss Guido Carli

PRESENTAZIONE

(*Introduction*)

Il presente volume – che tanto generosamente il professor Francesco Capriglione ha voluto ospitare come supplemento alla sua prestigiosa *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia* –, prende le mosse da un progetto di ricerca che l'Associazione dei Docenti del Diritto dell'Economia (Adde) ha avviato nell'ambito del Convegno annuale, svoltosi a Roma, il 2 dicembre 2022, presso l'università Luiss Guido Carli, grazie all'ospitalità della collega Mirella Pellegrini.

All'esito delle relazioni sul tema delle dinamiche giuridiche delle transizioni economiche in atto – accompagnate dal supporto di tecnici esperti, tra cui si ricordano M. Bianchini per Assonime, C. Di Nuzzo per il Mef, T. Treu per il Tavolo nazionale per il partenariato economico, sociale e territoriale del PNRR –, è stato elaborato un libro, edito da Cedam ("Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale. Studi dedicati a Mauro Giusti"), recante i dovuti approfondimenti, con il coinvolgimento di 27 Professori e Ricercatori afferenti al settore.

La complessità del tema e le suggestioni emerse dallo studio collettivo hanno suggerito di discuterne meglio insieme, nel corso di un Convegno pisano, tenutosi nel giugno del corrente anno, su "L'ecosistema del mercato europeo tra Diritto e Innovazione". A tale fase della ricerca hanno partecipato anche colleghi di altre aree disciplinari (diritto amministrativo, diritto pubblico, economia e gestione delle imprese), in modo da incrementare il confronto e completare il quadro dei vari profili esaminati. Il Convegno è stato anche occasione affinché allievi, amici e colleghi potessero celebrare il decano della materia tra i cofondatori del raggruppamento di Ius/05, cui il primo volume della ricerca è stato dedicato.

Quello appena illustrato è dunque il prologo scientifico da cui muove l'attuale

pubblicazione, nell'intento di concludere un percorso di studio, coinvolgendo adesso oltre a professori e ricercatori del settore, numerosi giovani, cultori del diritto dell'economia, che partecipando ai lavori congressuali hanno aderito alla "chiamata" per sottomettere un loro contributo ragionato sull'argomento.

Per quanto sopra spiegato, sarebbe dunque riduttivo qualificare il presente supplemento come una raccolta di atti congressuali. Si tratta piuttosto di una riflessione aperta e corale sulle originali trasformazioni in atto, che si presta ad essere articolata in tre parti. Una prima, dedicata a "Sostenibilità, Mercati e Regole", si apre con il bel saggio introduttivo che dà conto dell'attuale dimensione della sostenibilità tra etica d'impresa e riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione (F. Capriglione). Rivendicandosi poi la centralità della innovata programmazione pubblica (S. Amorosino, G. Luchena), ci si sofferma sul possibile riparto di responsabilità – *i.e.*: doveri istituzionali – tra Stato e imprese (C. Brescia Morra), mettendo in luce anche le evoluzioni che il diritto dei privati sta registrando nel perseguire, attraverso il contratto, obiettivi di sostenibilità (S. Landini).

Nel prosieguo, la trattazione si focalizza sui mercati bancari e finanziari, elevati a laboratori di analisi per verificare le modificazioni della governance (M. De Poli) nel cui ambito stanno nascendo nuove forme di regolazione per promuovere la finanza sostenibile (L. Ammannati, A. Canepa, R. Calderazzi, V. Forlenza, A.M. Pancallo, G. Schneider). Nelle conclusioni di questo primo approfondimento si esprimono valutazioni critiche sull'apparato organizzativo che dovrebbe supportare la regolazione del mercato di matrice europea (D. Vese, C. Marasco).

Il mercato (F. Ciraolo, F. Mattassoglio, R. Caratozzolo) e l'organizzazione amministrativa (L. Rodio Nico) diventano invece ecosistemi digitali nella seconda parte del fascicolo, in cui si indagano le innovazioni giuridiche connesse ad alcuni profili della transizione digitale.

L'ultima parte del supplemento mette infine a sistema gli effetti che le

trasformazioni descritte devono saper avere sul piano istituzionale, suggerendo un intervento pubblico per una transizione sociale senza la quale molti obiettivi dei Trattati europei resterebbero frustrati. La riflessione si avvia con una importante premessa teorica sulla relazione tra dignità della persona e mercato (P. Corrias) che impone interventi pubblici di governo (E. Bani, E. Signorini); si procede poi con una disamina settoriale dei possibili interventi in materia di sostenibilità dell'abitare (T. Favaro), del mercato dell'energia (S. Cavaliere, A. Camedda), e della cultura come mezzo di sviluppo economico (A. Poliseno). Sia consentita una menzione speciale alla problematica delle modificazioni demografiche che trasversalmente impattano su tutti i settori appena citati, rimessa a un navigato studioso che conserva la vivacità intellettuale e l'entusiasmo degli iniziati alla materia (M. Giusti); allo stesso Autore, peraltro, si deve la "circolarità" del fascicolo, che si apre e si chiude con il medesimo tratto di penna, auspicando che ciò possa essere di buon augurio alla piena realizzazione delle linee evolutive che si è avuta l'ambizione di provare a tracciare.

Pisa, 20 dicembre 2022

Michela Passalacqua

Ordinario di Diritto dell'economia

nell'Università di Pisa

PARTE I. SOSTENIBILITÀ, MERCATI E REGOLE

RESPONSABILITÀ SOCIALE D'IMPRESA E SVILUPPO SOSTENIBILE

(*Corporate Social Responsibility and Sustainable Development)*

ABSTRACT: *This article examines the discipline of 'corporate social responsibility (CSR)', moving from the doctrinal debate which identifies the CSR as a platform of various elements that links the regulatory objectives of the business model that affect the economic strategies.*

The analysis focuses on environmental protection, the need for energy independence, and the need to develop an adequate sanitary framework aimed to provide assistance during the pandemic crises. As a result, there are several questions regarding the suitability of traditional organisation forms of company with respect to the scopes of social sustainability, and the adoption of ethical codes which qualify the decision-making processes. The provisions of the Italian Constitution support the thesis according to which the legislator, through the recent amendments of arts 9 and 41 of the Constitution, has introduced an innovative vision of business based on principles of social sustainability.

Therefore, the idea that at the centre of a new way of business management oriented to 'social' there is the concept of responsibility intended in a sense that goes beyond the technical juridical meaning of terminology. This should be seen in a sense that expands its function to the recognition of implications of ethical/social nature which are paramount in economic turmoil, implications that although enshrined in the Constitution Chart have received for a long time scant consideration in the legal system.

SOMMARIO: 1. Etica dell'impresa e cultura della responsabilità. - 2. Libertà d'iniziativa economica e responsabilità sociale: verso un nuovo modello manageriale. - 3. *Segue*: ...la riforma degli artt. 9 e 41 cost. - 4. I comportamenti socialmente responsabili tra imputabilità e concorrenza. - 5. Responsabilità

sociale e sviluppo sostenibile.

1. Il tema della responsabilità è stato da sempre al centro degli interessi dei giuristi per la sua interazione con il libero agire e, dunque, con l'esito delle proprie azioni. Nel tempo la nozione di responsabilità è stata declinata in modalità diverse afferenti ai molteplici aspetti in cui possono articolarsi le attività dell'uomo giuridicamente rilevanti. Il concetto di responsabilità è stato, pertanto, distinto vuoi con riguardo alla natura negoziale dei rapporti privatistici in osservazione (donde il suo dispiegarsi nella fase precontrattuale, contrattuale, extracontrattuale), vuoi nel riferimento a specifici settori di carattere pubblicistico (amministrativo, contabile, penale, costituzionale, internazionale, ecc.). Di fondo, emerge il principio che la creazione negoziale deve preservare dall'arbitrio[1], laddove sul piano amministrativo rileva la tutela dello Stato in presenza di condotte antigiuridiche, individuabili anche nel caso in cui sussista una mera illegittimità[2].

Più complessa appare la qualificazione della 'responsabilità politica' la quale vede associati ad un concetto giuridico di base elementi che pongono l'accento sul profilo comportamentale di colui che, investito di una carica politica, è chiamato a rispondere per scelte effettuate nel contesto di una 'operatività libera nel fine', per cui gode della massima indipendenza e fruisce di immunità parlamentari. È evidente come in questo caso la responsabilità è permeata di una valenza etica e filosofica che le deriva dall'esercizio della funzione cui è riconducibile, nel quale dovrebbe comunque essere garantita piena coerenza tra l'attività posta in essere dagli organi rappresentativi e gli orientamenti maggioritari espressi dal corpo elettorale.

Da ultimo, la nozione di 'responsabilità sociale dell'impresa'- oggetto della presente analisi -, secondo un orientamento consolidato della dottrina, si compendia di elementi variegati che raccordano agli scopi che contraddistinguono la tipologia

[1]Cfr. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Bari, 2002, p. 15.
[2]Cfr. PILATO, *La responsabilità amministrativa, dalla clausola generale alla prevenzione della corruzione*, Torino, 2019.

imprenditoriale del modello codicistico *finalità altre*, il cui perseguimento incide sulle strategie aziendali[3]. Consegue la configurabilità di elementi definitori che affiancano alla adeguatezza dei tradizionali strumenti orientati alla produttività - e, dunque, alla creazione di profitto - l'osservanza di regole etico sociali, come il rispetto degli equilibri ambientali e dei diritti umani, intesi nella loro più ampia accezione, vale a dire comprensiva della tutela dei lavoratori e della sicurezza dei prodotti.

Da tempo i giuristi si mostrano interessati alla individuazione dei nominati fattori caratterizzanti di tale responsabilità, ricercandone l'essenza vuoi nelle metodologie che consentono di conciliare la responsabilità giuridica con quella sociale (la quale a differenza della prima ha carattere collettivo), vuoi nell'etica dell'impresa che si riflette sulla sua economicità (*i.e.* equilibrio tra costi e ricavi raccordato ai livelli di profitto). Più in generale, il fenomeno in parola viene collegato al «progressivo sgretolamento dello Stato sociale» ed alla conseguente affermazione degli enti del settore *non profit*[4]*,* i quali si prefiggono scopi benefici ed assistenziali in linea con la formula del capitalismo solidale la quale affonda le sue radici nell'orientamento dottrinale che esclude la finalità lucrativa tra gli elementi essenziali dell'impresa[5].

Sotto altro profilo, vengono in considerazione i variegati accadimenti che convergono nel causare criticità all'ecosistema, recando profonde turbative negli equilibri indispensabili per assicurare una prospettiva di crescita che guardi anche al futuro delle nuove generazioni. Da qui il soffermarsi della riflessione sul rispetto

[3]Cfr. *ex multis* FRIEDMAN M., *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*, in *New York Times Magazine*, 13 settembre 1970; JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, traduzione italiana, Torino, 1990; OPPO, *Diritto dell'impresa e morale sociale*, in *Riv. dir. civ*., 1992, I, p. 15 ss; DAL MASO, *Introduzione*: una definizione di Responsabilità Sociale d'Impresa, in AA.VV., *Responsabilità Sociale d'Impresa*, *Concetti e strumenti per le banche*, Roma, 2002, 11 ss; ANTONUCCI, *La responsabilità sociale e l'impresa bancaria*, in AA.VV., *Finanza impresa e nuovo umanesimo*, Bari, 2007, p. 175 ss; CONTE G., *La disciplina dell'attività d'impresa tra diritto, etica ed economia*, in AA.VV., *La responsabilità sociale dell'impresa*, Bari, 20098, p. 3 ss; MIGLIONICO, *Responsabilità sociale dell'impresa,* in *Mondo bancario*, 2011; ANGELICI, Responsabilità sociale dell'impresa, codici etici e autodisciplina , in Giur. comm., 2011, I, p. 171. BEVIVINO, *La responsabilità sociale delle imprese. Strumenti attuativi e rimedi*, Napoli, 2018.

[4]Cfr. ALPA, *Dalla riforma degli enti non profit alla nuova disciplina dell'impresa sociale*, in AA.VV., *La responsabilità sociale dell'impresa,* p. 74 ss.

[5]Cfr. per tutti OPPO, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ*., 1976, I, p. 591 ss.

dell'ambiente al fine di evitarne il degrado (con ovvie conseguenze letali per la salute)[6], sull'esigenza di una autonomia energetica, sulla predisposizione di un idoneo apparato sanitario in grado di fornire un'adeguata assistenza in presenza di crisi epidemiche.

Si delinea una problematica che spazia dalla identificazione delle cause che danno vita al fenomeno in esame (che vede l'impresa farsi carico di compiti che fuoriescono dalla sua ortodossia concettuale), alla possibilità d'inquadrarne la *ratio* in un ambito di diretta riferibilità al mercato, all'uopo riconducendo quest'ultimo ad un contesto relazionale dominato dalla fiducia e dalla solidarietà[7]. In particolare, si sottolinea che «pur parlando la lingua del mercato» un *agere* che sia qualificato socialmente responsabile si misura «con le forze morali», affrontando la sfida di superare i particolarismi in vista di una nuova forma di coesione delle forze economiche improntata all'affermazione di valori universali.

È evidente come la responsabilità d'impresa, analizzata in un'angolazione siffatta, trovi nel meccanismo della imputazione dell'attività socialmente rilevante il presupposto per la verifica dei profili finalistici dei comportamenti posti in essere. Essa assume, quindi, specifico rilievo allo scopo di accertare la rispondenza della attività svolta al disegno di un'impresa orientata ad una progettualità disancorata da mere logiche utilitaristiche per essere finalizzata alla crescita ed al benessere dell'uomo. In tal modo emerge il profilo positivo degli investimenti che siano rivolti alla costruzione di una società nella quale sviluppo del capitale umano, tutela dell'ambiente ed incremento della capacità relazionale con gli *stakeholders* configurano gli obiettivi delle imprese che intendono porsi come "socialmente responsabili". Si comprende, altresì, come la cultura della responsabilità sociale si ponga a

[6]Cfr. LIBERTINI, *La responsabilità d'impresa e l'ambiente* , in *La responsabilità dell'impresa* , Convegno per i trent'anni di Giurisprudenza commerciale, Bologna 8-9 ottobre 2004, Milano, 2006, p. 203 ss.; PENNASILICO, *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale* , in Giust. civ., 2017, p. 809 ss.
[7]Cfr. CONTE G., *Introduzione* a AAV.VV., *La responsabilità sociale dell'impresa*, cit. p. XI.

fondamento del cd. sviluppo sostenibile, assurgendo a 'nuova frontiera' dell'etica della finanza.

Consegue la proposizione di numerosi interrogativi concernenti in primo luogo l'adeguatezza delle tradizionali forme organizzative dell'impresa con riguardo alla predisposizione di un raccordo funzionale ad obiettivi di carattere sociale nonché all'adozione di codici etici che ne qualifichino l'operatività.

Diviene, quindi, oggetto d'indagine la capacità delle grandi, piccole e medie imprese di gestire in modo efficace le problematiche d'impatto sociale; ciò nel riferimento alle forme operative ed alla dimensione dei destinatari, nonché alla presenza o meno di fattori propulsivi nelle zone d'insediamento dei medesimi. Ciò apre una prospettiva di graduazione nella responsabilità sociale d'impresa, a seconda cioè che se ne valuti l'incidenza sulla gestione delle risorse umane e naturali (donde la riferibilità alla sicurezza nel lavoro ed alla conservazione dell'equilibrio ambientale) ovvero sulle comunità locali e sulla filiera produttiva.

Analogamente, viene in considerazione la responsabilità sociale che si riscontra allorché l'impresa decide di orientarsi non più ai soli profili economici della attività posta in essere, bensì alla creazione di un valore riconducibile al rispetto delle persone, dell'ambiente e del territorio nel quale è insediata. In questo caso, assume un ruolo guida il principio di sostenibilità, quale metro di valutazione per adeguare l'*agere* al conseguimento degli obiettivi avuti di mira. Esso sottende, dunque, la osservanza di alcune 'linee guida' che sottolineano la volontarietà, la trasparenza e la qualità dei processi produttivi, ovviamente integrati nei differenti rami aziendali.

In tale contesto logico la *sostenibilità* dell'impresa diviene presupposto per l'attivazione di congrue relazioni, per la definizione di remunerazioni eque agli esponenti aziendali, per correlare l'entità dei livelli reddituali riconosciuti agli azionisti alla effettiva misura dei profitti realizzati, per assicurare adeguate forme di tutela delle minoranze. Ne consegue che essa, a ben considerare, risulta dimensionata agli scopi programmatici dell'«Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile» che ha istituito

alcuni macro-obiettivi da raggiungere entro detta data, i quali si connotano, sotto il profilo assiologico, per essere finalizzati alla lotta alla povertà, al contrasto al cambiamento climatico, nonchè ad assicurare modelli di organizzazione del lavoro rispettosi della dignità dell'uomo[8].

Crescita economica, consumo e produzione responsabili divengono, quindi, gli elementi costitutivi di un paradigma imprenditoriale che si pone a fondamento della costruzione di una nuova socialità d'impresa, volta ad incrementare le forme di coinvolgimento e di cooperazione tra le persone, nonché a stimolare i processi creativi aprendosi all'ascolto degli input rivenienti dalla società civile. Consegue l'esigenza di definire linee strategiche che consentano di eliminare ampia parte dei rischi gestionali, promuovendo al contempo l'attuazione di un'adeguata integrazione nel *business* aziendale dei cd. criteri ESG, i quali - com'è noto - rilevano sul piano ambientale, sociale e di *governance*; a questi ultimi, è bene che si accompagni il cd. *bilancio* di *sostenibilità,* strumento di rendicontazione delle attività che un'impresa realizza in linea con le indicazioni sottese ai medesimi.

Un'indagine così orientata consente di verificare se, e in qual misura, una impresa che si proponga in qualità di società responsabile socialmente consegua la possibilità di migliorare costantemente, avendo raggiunto un razionale punto di equilibrio gestionale. Quel che appare certa è l'attivazione, in detta ipotesi imprenditoriale, di una particolare flessibilità interpretativa dei canoni ordinatori dello sviluppo aziendale; fermo restando, comunque, che il dato caratterizzante in parola non può preludere ad un *agere* che si risolva in una sorta di 'beneficenza' a favore dei destinatari dell'attività svolta. Ed invero, la consapevolezza della dimensione sociale

[8]Nella Giornata Mondiale dell'Ambiente, celebrata il 5 giugno 2021, le Nazioni Unite hanno ufficialmente dato l'svvio al Decennio per il Ripristino dell'Ecosistema, indicando gli obiettivi ambientali" dell'Agenda 2030 per uno sviluppo sostenibile (*Sustainable Development Goals – SDGs*); se ne veda la specificazione su *https://www.reteclima.it/agenda-2030-e-sdgs-sustainable-development-goals-gli-obiettivi-ambientali-di-sviluppo-sostenibile*.

da ascrivere allo sviluppo economico - che qui contraddistingue la 'fattispecie impresa' - non può indurre a contrastare le esigenze della collettività, come alcuni lustri or sono ebbe modo di precisare un'illustre dottrina sottolineando che «il diritto sociale espresso dalla società […] pone sullo stesso piano eticità e professionalità»[9].

2. Com'è noto, la nostra Costituzione riconosce il principio di libertà riferito all'iniziativa economica (art. 41, comma primo), richiamando peraltro l'essenza imprenditoriale di quest'ultima nell'obbligatorio rispetto dell'utilità sociale (comma secondo) e il possibile intervento legislativo che ne indirizzi e coordini i contenuti a fini sociali (terzo comma). Si è in presenza di una costruzione normativa per solito interpretata ponendo l'accento sul confine tra «libertà e controllo», individuato avendo riguardo alla rilevanza dell'interesse sociale coinvolto; tesi puntualmente confermata dalla dottrina la quale, con riferimento specifico alla imprenditoria bancaria, ha ravvisato nel testo del successivo art. 47 cost. una estensione dell'intervento del regolatore ai momenti (disciplina, coordinamento e controllo) della sua articolazione[10].

Tale incontro tra libertà di iniziativa economica ed interesse sociale attesta l'attenzione del legislatore per l'esigenza di eticità dell'impresa; si individua un orientamento volto a massimizzare gli effetti della conciliabilità tra «diritto della impresa e morale sociale», ritenuta realizzabile in presenza di una «produttività dell'organizzazione» e di un impiego corretto (o, più esattamente, conforme ai canoni

[9]Cfr. OPPO, *Una nota conclusiva sulla responsabilità sociale dell'impresa*, in AAV.VV., *La responsabilità sociale dell'impresa*, cit. p. 279.
[10]Cfr. tra gli altri PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Milano, 1963, p. 353ss; CAPRIGLIONE, *Intervento pubblico e ordinamento del credito*, Milano,, 1978, p. 36 ss; MERUSI, *Rapporti economici*, *in Comm. della Costituzione*, a cura di Branca, Roma - Bologna, 1980, *sub* art. 47. p. 153 ss; RESCIGNO, *Costituzione economica*, in *Enc.giur.*, Treccani, Roma, 2001; AMOROSINO, *Costituzione economica: note esplicative di una nozione controversa*, in AA.VV., *Corso di diritto pubblico dell'economia*, a cura di Pellegrini, Vicenza, 2016, p. 125 ss.

disciplinari) dei fattori della produzione[11]. Indirizza in tal senso il riferimento a valori che si compendiano in un principio di solidarietà il quale, secondo le indicazioni della Corte costituzionale, è «espressione della profonda socialità che caratterizza la persona»[12].

Si è in presenza di un dato caratterizzante del nostro sistema giuridico che trascende la comune natura sottesa all'esercizio dell'attività imprenditoriale per dare spazio ad una visione fortemente innovativa ispirata ai principi che presidiano il perseguimento e la supremazia dell'utilità sociale; obiettivo che, del resto, si evince da altre significative disposizioni della cd. costituzione economica, quelle degli artt. 45 e 46, nelle quali si evidenzia la «funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità» e rispettivamente «l'elevazione economica e sociale del lavoro», per tal via riportando all'organizzazione della impresa la tutela dei molteplici fattori connessi ai processi di produzione.

Consegue un sempre più diffuso convincimento del 'ruolo sociale' dell'impresa cui si ricollegano numerosi studi della dottrina dedicati all'individuazione dei diversi aspetti di 'un modo nuovo' di gestione della medesima, al centro del quale v'è la *responsabilità* - intesa in un senso che va oltre la portata tecno/giuridica del termine - di coloro che ne guidano l'*agere*. La formula imprenditoriale - la quale, in linea con le indicazioni della più autorevole dottrina giuridica, è stata analizzata nella sua essenza di peculiare momento di sintesi tra «attività ed organizzazione»[13] - amplia ora la sua portata funzionale; in essa si addiviene, infatti, al riconoscimento delle implicazioni di natura etico/sociale che si individuano in presenza dei fenomeni economici, implicazioni la cui fisionomia e rilevanza, pur essendo riconducibile al dettato costituzionale, è stata a lungo scarsamente considerata nell'ordinamento.

[11]Cfr. OPPO, *Diritto dell'impresa e morale sociale*, in *Riv. dir. civ*., 1992, I, p. 25 ss, ove si sottolinea l'esigenza di superare, nell'analisi sul diritto d'impresa, l'unità dei singoli, dovendo l'indagine essere orientata a guardare al di dell'«accettazione sociale» delle regole.
[12]Cfr. sentenza n. 75 del 1992.
[13]Cfr. OPPO, *Realtà giuridico globale dell'impresa nell'ordinamento giuridico italiano*, cit.; ID., *L'impresa come fattispecie*, *ivi*., 1982, I, p. 109 ss.

Come agli inizi di questo millennio veniva chiaramente sottolineato a livello europeo la *Corporate social responsability* implica l'ingresso dei principi etici nella gestione strategica dell'azienda, per cui le organizzazioni sono chiamate ad integrare «questioni e ambientali nelle loro operazioni di *business*»[14]. Divengono per tal via ipotizzabili nuovi percorsi nelle logiche evolutive dei processi produttivi: il principio di *economicità*, quale criterio metodologico di ogni sana gestione, appare destinato a coniugarsi con nuovi schemi organizzativi e di produzione che sono funzionalizzati all'offerta di adeguate garanzie sociali. L'impresa non rileva soltanto come fattore economico, ma anche come «istituzione sociale», donde la sua nuova *performance* nella quale aspetti qualitativi appaiono equamente congiunti con altri reputazionali e di affidabilità[15].

Da qui una nuova dimensione concettuale dell'impresa che se, per un verso, affonda le sue radici nella dottrina sociale della Chiesa[16], per altro deve ritenersi coerente con la ricerca di una *progettualità* che non si esaurisce nel conseguimento del massimo profitto, ma si estende alla «creazione durevole di valore in termini di produzione ed equa distribuzione della ricchezza verso la collettività ed i suoi rappresentanti, prestando particolare attenzione alle risorse umane ed all'ambiente naturale»[17]. A quest'ultima si accompagna il convincimento che i risultati dell'attività imprenditoriale non devono misurarsi solo in base ad un mero calcolo del valore aggiunto economico, ma anche nel riferimento alla conservazione del patrimonio ambientale ed alla consistenza di livelli occupazionali, nonché avendo riguardo al superamento di finalità individualistiche mirate alla creazione di valore per i soli azionisti.

[14]Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde. Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese*, COM (2001) 366 def; ID., *Comunicazione della Commissione. Responsabilità sociale delle imprese: un contributo delle imprese allo sviluppo sostenibile*, COM (2002) 347 def.
[15]Cfr. CAPRIGLIONE, *Cultura delle responsabilità ed etica della finanza*, in AA.VV., *La responsabilità sociale dell'impresa,* a cura di Conte, Bari, 2008, p. 140 ss.
[16]Cfr. PELLEGRINI, *Impresa e finanza alla luce della dottrina sociale della Chiesa*, in AA.VV., *Finanza impresa e nuovo umanesimo*, a cura di Capriglione, Bari, 2007, p. 31 ss.
[17]Cfr. CARRASSI, *Aspetti etico sociali in economia aziendale*, Bari, 2004, p. 5.

Si tende, quindi, ad una trasformazione della cultura aziendale e, dunque, alla configurazione di un modello manageriale che accetti come parte integrante della sua essenza la responsabilità, la quale sia indicativa di una piena adesione alle regole del mercato e rispettosa di taluni obiettivi a rilevanza etica che l'impresa deve fare propri. È questa una visione che riconduce l'etica tra le componenti del mercato: essa costituisce un *prius* nell'attività economica e fa sì che quest'ultima si riproponga con una forza nuova; ed invero, la dignità, la solidarietà e l'uguaglianza identificano i valori ai quali ancorare le regole della produzione e dello sviluppo di un sistema capitalistico che non deve dar vita ad un'arida idolatria dell'accumulazione, bensì costituire una 'nuova frontiera' nella realizzazione di obiettivi sociali[18].

L'esigenza di una modifica funzionale dell'impresa è avvertita già agli inizi di questo millennio allorché l'obbligo di conformarsi alle regole viene posto a base di una significativa funzione delle imprese - la *compliance* - che si fonda su specifiche competenze tecniche ed è preordinata al raggiungimento di elevati livelli di eticità nelle imprese[19]. Viene data così concretezza alla 'responsabilità della gestione', destinata a trovare espressione nel controllo sulla trasparenza e sulla correttezza dei comportamenti aziendali; donde la possibilità di assicurare l'efficienza e la stabilità degli operatori, la parità tra questi e la presenza di adeguate garanzie nei confronti dei risparmiatori investitori.

È evidente come dal formalismo delle regole si passi agli effetti positivi della conformità ai precetti di cui le prime sono portatrici. L'intreccio tra responsabilità ed eticità trova, infatti, nell'osservanza delle regole un naturale punto di convergenza che - favorendo la crescita dei livelli reputazionali dell'impresa ed evitando la possibilità di crisi (di per sé causa di disvalore) - reca un apprezzabile contributo alla formazione di una realtà aziendale a dimensione d'uomo. La cultura della respon-

[18]Cfr. CAPRIGLIONE, *Il Rapporto tra etica e mercato alla luce dell'insegnamento di Papa Giovanni Paolo II*, in AA.VV., *Giovanni Paolo II. Le vie della giustizia. Itinerari per il terzo millennio*, a cura di Loiodice e Vari, Roma, 2003, p. 677 ss.
[19]Cfr. CAPRIGLIONE, *Introduzione* a AA.VV., *Finanza impresa e nuovo umanesimo*, cit., p. 21.

sabilità sociale - nel rivelare piena rispondenza alle logiche di una società a struttura pluralistica - pone a fondamento dell'azione svolta dagli operatori la doverosità di talune linee comportamentali: queste ultime riguardano non solo le singole gestioni aziendali, ma anche la ricerca di adeguati rimedi ai grandi problemi insoluti, sia interni ai diversi paesi sia internazionali.

Si delineano scenari futuri che, nell'acuta previsione di un economista, sono stati considerati in grado di condurre a nuovi equilibri tra mercato e democrazia fondati su «nuove forze, altruiste ed universali, […] all'opera […] sotto l'imperativo di una necessità ecologica, etica, economica, culturale e politica»[20].

3. Le considerazioni dianzi esposte trovano conferma nella significativa sensibilità del regolatore nazionale per la tutela dell'ambiente, la quale ha trovato innovativa espressione agli inizi del 2022 nella riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione, normativa che ha ampliato il paradigma delle tutele costituzionali del patrimonio paesaggistico, storico e artistico della nazione, ora estese anche all'ambiente, alla biodiversità, agli ecosistemi ed agli animali.

È bene far presente che la nostra Costituzione nel testo elaborato dai padri costituenti nel 1948, nonostante la presenza di alcune norme riguardanti l'ambiente, ad avviso di parte della dottrina, non mostrava piena «consapevolezza riguardo a temi, ora preminenti, come quello della sostenibilità ambientale delle attività umane e quello della conservazione di un equilibrato rapporto fra sviluppo e ambiente»[21]. Tale lettura della Carta, già alla fine del secolo scorso, non era condivisa da un autorevole studioso secondo il quale, invece, la «nozione globale d'ambiente [per quanto] difficilmente afferrabile [esprime] unità di finalità [correlate] alle esigenze di una società industriale complessa, come la nostra»; donde la sua rispondenza ad

[20]Così ATTALI, Introduzione a *Breve storia del futuro* (*Une Brève histoire de l'avenir*, 2006), trad. Eleonora Secchi, Roma, 2007.
[21]Cfr. CORDINI, *Principi costituzionali in tema di ambiente e giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana*, in *Riv. Giur. Ambiente*, 2009, p. 611 ss.

«un'orditura che si ritrova nel tessuto normativo costituzionale»[22]. Da qui il raccordo ipotizzato in letteratura tra la tutela prevista dall'art. 9 e i contenuti del successivo art. 32, procedendo ad una aggregazione tra la funzione afferente alla salute/servizi sociali e quella del governo del territorio[23].

Da tali divergenze interpretative sembra potersi dedurre che il tenore della previgente normativa costituzionale abbia avallato un orientamento della Carta circoscritto alla valutazione delle interazioni tra interessi diversi (in parte pubblici, in parte privati); ciò con il risultato che la salvaguardia di tali interessi appariva subordinata alla realizzazione di complesse scelte, fondate su un criterio di ponderazione (alla base del quale si rinviene un'attività conoscitiva/informativa). D'altronde, l'opinione in ordine alla opportunità di dar corso - in vista della tutela di siffatti interessi - ad «una organizzazione degli ordinamenti di convivenza, degli apparati istituzionali e del loro modo di agire»[24], non sembra idonea a ricondurre l'efficacia dell'attività da promuovere al di là di una valenza 'precauzionale' e, dunque, ad una forma di «tutela della salute [disposta] in una logica preventiva», per cui si addiviene alla configurabilità di una *«dimensione sociale dell'ambiente»*[25].

Ciò posto, è evidente come la recente riforma legislativa che ha inserito la tutela ambientale tra i principi fondamentali della Carta costituzionale italiana segni una importante svolta nella valutazione di una tematica il cui contenuto oggettivo e finalistico (*i.e*. «la tutela dell'l'ambiente»), fin dal secolo scorso, dal Giudice delle leggi è stato ritenuto «come elemento determinativo della qualità della vita», la cui protezione «non persegue astratte finalità naturalistiche o estetizzanti, ma esprime

[22]Cfr. PREDIERI, *Paesaggio*, (voce) in *Enc. Dir*., vol. XXXI, p. 509 ss.
[23]Cfr. CAPACCIOLI e del PIAZ, *Ambiente(tutela dell'),* in Nss. D.I., Appendice, 1980, p. 258 ss; CORASANITI, *Profili generali di tutela giurisdizionale contro il danno ecologico*, in AA.VV., *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori,* Milano, 1978, *passim*; PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, Padova, 1979, p. 13 ss.
[24]Cfr. PREDIERI, op. cit., p. 511
[25]Cfr. ROVITO, *L'ambiente nella Costituzione italiana tra presente e futuro dopo la bocciatura del referendum costituzionale*, visionabile su *www.tuttoambiente.it/commenti-premium/ambiente-costituzione-italiana-presente- futuro-bocciatura-referendum-costituzionale*

l'esigenza di un *habitat* naturale nel quale l'uomo vive ed agisce e che è necessario alla collettività»[26]. Un significativo passo su tale linea interpretativa della Consulta si ha a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione, avvenuta nel 2001, allorché viene ribadita la tesi secondo cui 'la tutela dell'ambiente' - in ragione del profilo teleologico della relativa disciplina - «rappresenta un compito primario dello Stato, nell'esercizio del quale quest'ultimo «conserva il potere di dettare *standard* di protezione uniformi in tutte le Regioni e non derogabili da queste»[27].

Si è, peraltro, in presenza di una costruzione nella quale la «tutela del paesaggio», senza alcun'altra specificazione, fa riferimento all'«ambiente nel suo aspetto visivo»[28], ponendosi quale «limite inderogabile alle competenze dei legislatori territoriali»[29]. Si è, quindi, lontani dalla identificazione delle ragioni che, solo di recente, hanno indotto il nostro legislatore a rimodulare i contenuti ed il fondamento della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, che oggi sono stati inseriti nel più ampio contesto di una rivisitazione della parte prima della costituzione, relativa ai 'diritti e doveri dei cittadini'; ciò in una logica che riconosce l'«ambiente» non solo come patrimonio naturalistico, bensì come valore primario ed assoluto da cui dipende la stessa sopravvivenza della nostra specie[30].

La lettura del nuovo testo dell'art. 9 cost. - ora integrato dalla statuizione che attribuisce alla Repubblica la «tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni», prevedendo altresì che «la legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali» - non può prescindere dal contestuale riferimento alle modifiche recate dal legislatore al successivo

[26]Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 641 del 1987.
[27]Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 232 del 2005; nello specifico l'«ambiente» viene considerato un 'valore' che denota una sorta di 'trasversalità' riferibile alle discipline finalizzate alla tutela della salute ambientale, necessaria per evitare ripercussioni negative sulla persona umana.
[28]Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 367 del 2007, nella quale si precisa che l'oggetto tutelato non è il concetto astratto delle 'bellezze naturali', bensì «l'insieme delle cose, beni materiali, o le loro composizioni che presentano valore paesaggistico».
[29]Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 234 del 2010.
[30]Cfr. BENEDETTO, *L'ambiente tra i principi fondamentali: così la nostra Costituzione è ancora più bella*, editoriale visionabile su *www.ilfattoquotidiano.it/2022/02/13/lambiente-tra-i-principi-fondamentali-la-nostra-costituzione-e-ancora-piu-bella.*

art. 41. Entrambe tali disposizioni devono, infatti, essere analizzate nel riferimento al loro impatto ecologico in quanto anche l'esercizio della iniziativa economica non può svolgersi in modo da recare danno «alla salute e all'ambiente», oltre che alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana, già previste nel testo della disposizione in parola. Ne consegue che l'attività economica pubblica e privata può/ deve essere indirizzata e coordinata non solo a fini sociali, ma anche «ambientali»; per cui la 'riserva di legge' prevista dall'art. 41 cost. deve intendersi volta ad ampliare l'ambito oggettivo di riferimento dei programmi e controlli praticabili dalla legge *in subiecta materia.*

In tale contesto la tutela dell'ambiente finisce col coincidere con quella della cittadinanza, che la Repubblica annovera tra le sue funzioni in un'accezione più ampia rispetto al passato; l'*ambiente* riceve il riconoscimento di principio fondante della Costituzione, a fronte di una semplice menzione prevista dall'art. 117, secondo comma, cost. e di taluni riferimenti interpretativi della giurisprudenza costituzionale formulati previa estensione esegetica della nozione di 'paesaggio' (come si evince dalle sentenze dianzi richiamate). Le numerose decisioni della Consulta nelle quali l'ambiente viene considerato un valore (che trasversalmente abbraccia molteplici materie) hanno trovato oggi la politica particolarmente sensibile nel recepire il messaggio di cui sono portatrici. Si è compreso, infatti, che solo la protezione - e, dunque, il rispetto - dell'ambiente, delle biodiversità e degli ecosistemi assicura e favorisce condizioni di vita necessarie a pianificare l'avvento di una *realtà sociale nuova*, meno egoistica e più solidale. Si spiega, quindi, il riferimento all'«interesse delle future generazioni», espressione (utilizzata per la prima volta dal legislatore) che assume un valore sintomatico per l'impegno dello Stato nel garantire il diritto ad una vita non ostacolata da situazioni di squilibrio dell'ecosistema e, in particolare, dalle turbative climatiche che per solito a queste si accompagnano.

Sotto altro profilo, la modifica dell'art. 9 cost. riflette l'orientamento UE in materia di tutela 'paesistico/ambientale', recepito dal Giudice delle leggi nella nota

sentenza n. 71 del 2020, nella quale si evidenzia che la disciplina in parola non è più confinata nell'ambito nazionale «in considerazione della Convenzione europea del paesaggio, adottata a Strasburgo dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 19 luglio 2000 e ratificata con legge del 9 gennaio 2006, n. 14»[31]. Si assiste, quindi, ad un'evoluzione interpretativa che porta ad escludere l'individuazione dell'ambito interventistico dello Stato in una ben definita area protetta («l'ambiente») in quanto detta tutela, in ragione del suo carattere valoriale, è destinata a svolgere anche una funzione sociale, donde il richiamo all'interesse delle *generazioni future*.

Siamo in presenza di un positivo riscontro dell'intreccio di interessi che ruotano attorno all'ambiente, alla biodiversità ed all'ecosistema, interessi ritenuti meritevoli di tutela per la loro interazione con la natura, ora considerata come un valore a sé. Si individua, quindi, un ampio campo d'intervento per l'attivazione di strategie che apportino benefici alle imprese ed agli attori coinvolti, dando spazio al cd. sviluppo sostenibile; quest'ultimo, come si specificherà qui di seguito, si pone a fondamento del successo economico delle imprese, il quale non è più riconducibile unicamente alla massimizzazione dei profitti a breve termine, bensì al perseguimento di obiettivi sociali e ambientali attuati nell'interesse dei consumatori.

È evidente come le modifiche della Carta costituzione sopra esaminate integrino gli obiettivi della responsabilità sociale delle imprese sotto variegati profili.

La peculiare rilevanza della tutela ambientale si traduce, infatti, in un *agere* orientato alla valutazione dei risultati ambientali, delle ecotecnologie e dell'ecoefficienza dei prodotti; attività queste la cui esecuzione richiede un impegno degli operatori di significativa importanza sul piano della responsabilità in quanto - a fronte di un attento e continuo controllo del rapporto tra la quantità dei prodotti e il loro impatto sull'ambiente - non può trascurarsi l'esigenza di sensibilizzare, nel contempo,

[31]In argomento va fatto presente che la rilevanza in sede UE della tutela dell'ambiente si desume anche dall'art. 37 della *Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea* nel quale si prevede che «un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile».

i consumatori all'osservanza delle norme ambientali e sociali.

Sotto altro profilo, l'estensione degli obblighi connessi all'esercizio della iniziativa economica alla sicurezza della *salute* e dell'*ambiente,* entrambe perseguite nel rispetto della *utilità sociale,* introduce nella logica regolamentare la necessità di fissare «parametri condivisi che qualifichino e orientino l'impresa in tale direzione›[32]. Si giustifica l'affermazione di strumenti come la *compliance*, di cui prima si è detto, in grado di controllare ed orientare la funzione delle imprese, favorendo l'ingresso nel mercato di valori che tutelano la persona nella sua interezza[33].

Concludendo sul punto può dirsi che le recenti modifiche della nostra Carta costituzionale hanno conferito una specifica vettorialità alla responsabilità sociale dell'impresa, traslandone l'essenza da mera forma di raccordo fra l'operatività aziendale ed i meccanismi della *self-regulation*[34] ad innovativo strumento delle modalità disciplinari del settore economico. Detta riforma esprime una presa d'atto del significativo ruolo che l'ambiente e la salute ricoprono nell'assicurare adeguati livelli della qualità della vita. È questo un chiaro segno dell'intento del legislatore italiano di conformarsi alla logica di ammodernamento del Paese che, nell'ultimo biennio, sembra stia orientando la politica ad uscire dalla stagnazione nella quale, purtroppo, l'hanno condotta la conflittualità tra i partiti, nonché il carattere divisivo che di sovente contraddistingue talune opzioni di questi ultimi.

Ed invero, pare vada affermandosi la consapevolezza di dover dare spazio ad una logica riformatrice che proceda ad una rivisitazione dei pilastri normativi del sistema disciplinare, muovendo dalla specificazione dei criteri che presiedono alla tutela dei diritti e delle libertà. La prospettiva di un nuovo modello di sviluppo - nel quale siano valorizzati gli aspetti positivi che da sempre qualificano l'Italia (creatività,

[32]Cfr. ANTONUCCI, *La responsabilità sociale d'impresa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, IV, p. 124.
[33]Cfr. ADDANTE, *Responsabilità sociale dell'impresa*, in *Digesto IV, disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento, II, Torino, 2007, p. 1131.
[34]Cfr. DE SCHUTTER, *Corporate Social Responsibility European Style*, in *European Law Journal*, 2008, vol. 14, n. 2, pp. 203-261.

cultura, arte, ecc.) - anima la 'speranza' che ravvisa nella «transizione al verde», intesa in un'accezione ampia (*i.e.* comprensiva del sostegno della natura e del raggiungimento degli obiettivi climatici), una meta ineludibile del percorso da compiere negli anni a venire.

4. L'identificazione del soggetto cui va riferito un comportamento rilevante sul piano giuridico costituisce - com'è noto - il criterio fondante, a livello civilistico, per l'imputazione della responsabilità non solo di una determinata attività, ma anche della organizzazione funzionale al suo esercizio. Il nostro codice civile identifica, infatti, l'esistenza di un legame inscindibile tra il soggetto, riguardato nella sua qualità di attore, e l'attività posta in essere con particolari modalità strumentali, che ne consentono la specificità definitoria; tale legame è a base della riconducibilità all'autonomia del primo dell'*agere* che deve considerarsi a lui imputabile in una logica che salda unitariamente aspetti personali e patrimoniali[35].

Tale impianto sistemico assume una peculiare configurazione - e, dunque, è destinato a subire modifiche - quando si è in presenza di una realtà contraddistinta dal dialogo tra diritto, etica ed economia. In particolare, non può trascurarsi di osservare che, in linea con quanto la creazione e la conservazione di 'utilità sociale' costituisce, per espressa indicazione della Carta costituzionale, un criterio derogatorio rispetto al principio della libertà dell'iniziativa economica, destinata a subire limitazioni in ragione della medesima. È evidente l'intento legislativo di ricondurre in una dimensione sociale il progetto di una nuova società, nella quale dovrebbe trovare affermazione una *modernità* rispettosa dei valori che conferiscono forza propulsiva al cammino umano.

In tale contesto, la 'responsabilità sociale' diviene presupposto di un protagonismo che vede gli operatori economici impegnati a valutare «gli effetti della attività…(svolta)…sui suoi destinatari e sull'ambiente», contribuendo per tal via «alla

[35]Cfr. OPPO, *Principi*, Torino, 2001, p. 18

formazione di un'etica sociale»[36]. Ciò interagisce sulla valutazione dei loro comportamenti, per cui dovrà essere imputata a loro carico l'aggressione all'ambiente, l'espansione di bisogni fittizi, le condotte opache nelle negoziazioni di mercato, ecc.; per converso, dovranno essere considerati aspetti operativi premianti l'assistenza sociale, la promozione della ricerca scientifica e della cultura, la capacità di coniugare il profitto economico alla solidarietà sociale.

Si delinea uno scenario nel quale il modello della responsabilità sociale, come si è tentato di dimostrare nelle pagine precedenti, interagendo sulle variegate componenti dell'attività economica, affianca al conseguimento della redditività degli operatori del mercato la tutela degli interessi della collettività. Si addiviene alla realizzazione di precisi obiettivi rilevanti sul piano semantico; ed invero, pur restando ferme le finalità lucrative di talune iniziative, si impedisce a queste ultime di risolversi in negativo a livello sociale e ambientale. Più in generale, si individuano i presupposti di una società a struttura pluralistica, nella quale i meccanismi di imputazione dell'*agere* fanno ravvisare come *doverose* talune linee comportamentali che riguardano non solo le singole gestioni aziendali, ma anche la ricerca di rimedi ai grandi problemi insoluti, interni ai diversi paesi.

Ne consegue che l'adozione di politiche aziendali volte ad armonizzare l'obiettivo del profitto con quello della salvaguardia del patrimonio sociale ed ambientale (in un'ottica di sostenibilità futura) finisce inevitabilmente col riflettersi sulle modalità esplicative della concorrenza. Ciò in quanto la responsabilità sociale - nel promuovere la competitività ed il dinamismo operativo - è orientata ad un miglioramento quantitativo e qualitativo dell'occupazione, al rispetto degli interessi altrui, in sintesi alla realizzazione di una maggiore coesione sociale; essa esclude, quindi, comportamenti che possano risolversi in forme di concorrenza sleale ovvero che si presentino poco trasparenti e contrari ad una corretta fiscalità.

[36]Cfr. ALPA, *Dalla riforma degli enti non profit alla nuova disciplina dell'impresa sociale*, in AA.VV., *La responsabilità sociale dell'impresa,* cit., loc. cit.

In tale realtà si prospetta un'apertura della logica di mercato segnata dalla opzione per la qualità dei beni forniti, la cui specificazione avviene nel riferimento ai diversi profili del processo di produzione e di distribuzione. Da qui l'inquadramento della responsabilità sociale come parte integrante della «catena del valore»; ad essa è, infatti, ascrivibile l'attenzione crescente dei consumatori per le caratteristiche immateriali (*i.e.* condizioni della fornitura, servizi di assistenza, personalizzazione del prodotto, ecc.) delle cose che acquistano, atteggiamento reso possibile dalla presenza di tecniche strumentali che favoriscono la trasparenza ed una valutazione informata. È evidente come gli attori del mercato diventino consapevoli delle aspettative della società civile e - grazie alla innovativa modalità d'essere della responsabilità - adottino linee comportamentali rispondenti alle aspettative sociali, economiche ed ambientali dei destinatari della loro azione.

Si individuano i presupposti di una competitività caratterizzata dalla presenza di un impegno etico che interagisce positivamente sulle condotte poste in essere; e ciò nel senso di evitare la violazione della correttezza concorrenziale che è contraria agli interessi dei consumatori, in quanto - oltre a violare la libertà di partecipare alla gara che può essere vinta solo adoperando mezzi tipicamente leciti - si risolve per solito in una mancata armonizzazione tra gli obiettivi di profitto e quelli sociali/ambientali.

Consegue la possibilità di specificare la tesi della «conciliabilità tra diritto dell'impresa e morale sociale», ipotizzata da Giorgio Oppo avendo riguardo ad una «produttività della organizzazione» fondata su un impegno corretto; la quale, nel pensiero del grande Maestro, attestava la sua conformità ai canoni disciplinari dei «fattori di produzione»[37]. A ben considerare, infatti, la tematica della responsabilità sociale dell'impresa - ponendo l'accento sulla fondamentale importanza del fattore umano nei processi economici e sociali - finisce col promuovere un modello concor-

[37]Cfr. *Diritto dell'impresa e morale sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 15 ss, ove si sottolinea che sulla base di tale raccordo va fondata «la teoria giuridica e la disciplina dell'impresa».

renziale che si caratterizza per la sua coerenza con *standard* di comportamenti etici che danno vita ad un modo di fare impresa volto non solo a soddisfare gli obblighi giuridici, ma anche a dare riscontro alle motivazioni morali che risultano integrate nella cultura d'impresa.

Si addiviene ad una visione sistemica che riconduce l'etica tra le componenti del mercato, per cui diviene ammissibile un'attenuazione della rigida applicazione delle categorie della scienza economica (l'interesse, il profitto, l'efficienza, ecc.), nonché un'impostazione dei rapporti intersoggettivi che non sacrifichi a rigide valutazioni tecniche i diritti umani[38]. La responsabilità sociale consente di assumere in modo etico l'interdipendenza tra gli uomini, essendo di ostacolo ad una logica di mercato che non assolve alla finalità di una crescita di tutti, che è bene comune dell'intera società civile[39].

5. L'acquisita consapevolezza di dover orientare lo sviluppo in modalità che ne riconducono l'essenza ad un *agere* socialmente responsabile induce a ricercare una *formula* che, anche a livello terminologico, riesca a rappresentare l'esigenza di porre in essere un nuovo paradigma dell'attività economico finanziaria. È questa una ricerca risalente nel tempo allorché, a seguito della globalizzazione, si afferma il convincimento che lo sviluppo non può essere circoscritto nella angusta ed egoistica visione di uno schema strategico proteso allo sfruttamento delle risorse naturali, in modalità incuranti delle condizioni e compatibilità ambientali[40].

Ciò ha comportato la riferibilità ad una locuzione specificamente idonea per la definizione di un modello operativo orientato ad una flessibilità programmatica volta

[38]Cfr. CAPRIGLIONE, *Il Rapporto tra etica e mercato alla luce dell'insegnamento di Papa Giovanni Paolo II*, in AA.VV., *Giovanni Paolo II. Le vie della giustizia. Itinerari per il terzo millennio*, cit., loc. cit.
[39]Cfr. CHARRIER, *La 'Sollicitudo rei socialis'. Principi di solidarietà e di interdipendenza e loro riflessi sulla pastorale della carità*, in *Carità, cooperazione, solidarietà sociale*, Roma, 1989, p. 23 ss.
[40]Cfr. tra gli altri AA.VV., *Sviluppo, territorio e patti*, a cura di BOTTA, Bari 1998; COLLIER e DOLLAR, *Globalization, Growth and Poverty: Building and Inclusive World Economy*, World Bank, 2002, Oxford University Press.

a promuovere l'adozione di soluzioni concrete nella integrazione tra fattori variegati, congiuntamente protesi al conseguimento di una meta comune: evitare le gravi irregolarità comportamentali che possono causare in futuro pericolosi danni alla comunità. In tale premessa logica è stato identificato nel termine *sostenibilità* l'indicatore di una innovazione progettuale che ha di mira uno sviluppo tecnologico e industriale rispettoso della natura; all'uopo imponendo di procedere nel processo economico attraverso un'attenta utilizzazione delle risorse rinnovabili.

Ben presto la sostenibilità diviene un *valore* ampiamente condiviso, declinato in molteplici modalità le quali convergono verso l'unitario obiettivo di sistematizzare gli esiti di una cultura incentrata sulla responsabilità sociale; da qui il riferimento dei comportamenti che caratterizzano le attività economiche a parametri etico sociali, si come ebbi modo di sottolineare in tempi ormai lontani[41].

In siffatto contesto si comprendono le posizioni teoriche che, nell'intento di contrastare gli estremismi e di ricercare le ragioni della speranza, sono portate ad incentrare la riflessione relativa allo sviluppo economico sulla cosiddetta *teoria della liberazione*, che propone di coniugare gli esiti del processo produttivo all'istanza storica della liberazione dal bisogno e dalla povertà[42]. La sostenibilità in dette posizioni assume valenza etica, assurgendo ad ipotesi di cambiamento che rechi la massimizzazione dei risultati economici (in vista dei suoi benefici effetti) previa salvaguardia delle risorse e degli ecosistemi. Nel contempo, essa supporta il convincimento che l'economia debba essere considerata alla stregua di mezzo, vale a dire «come un aspetto, una dimensione della attività umana [e non] ne esaurisce i fini»[43]; per cui possono e devono essere ricercate forme di conciliazione tra le esigenze della economia e quelle della solidarietà e della pari dignità.

[41]Cfr. CAPRIGLIONE, *Etica della finanza mercato globalizzazione*, cit., p. 192 ss.
[42]Cfr. BOFF L., *La teologia, la Chiesa, i poveri. Una prospettiva di liberazione*, Torino, 2003; ID., *L'aquila e la gallina*, Milano,1999.
[43]Cfr. CARBONE, *Globalizzazione dell'economia, libertà dell'uomo e valori cristiani*, in AA.VV., *Giovanni Paolo II. Le vie della giustizia, Itinerari per il terzo millennio*, a cura di Loiodice e Vari, Roma, 2003, p. 680; in senso conforme FLICK, *Economia ed etica nell'Europa della globalizzazione*, in *Rivista della Guardia di Finanza*, 2003, n. 4., p. 138.

È evidente come venga, per tal via, a delinearsi una 'visione pluralistica del benessere' che tiene conto dell'urgenza di ridare un senso umano all'economia ed ai suoi fini[44]; essa si compendia nel riconoscimento di una modalità d'impiego delle ricchezze del pianeta coerente con la salvaguardia dell'ambiente e con l'osservanza di forme di equilibrio tra produzione e profitto[45]. Viene, in tal modo, contestualizzato il tema della sostenibilità economica e ambientale attraverso la creazione di un circolo virtuoso che valorizza in chiave sociale il ritorno dell'investimento; di conseguenza la valutazione dell'impatto decisionale delle imprese, degli investitori e dei regolatori trova estrinsecazione in progetti che riescano a coniugare liberazione dal bisogno, libertà politica e coesione relazionale, valori tra loro convergenti ove siano ricondotti nell'alveo di un sano processo di sviluppo economico[46].

È evidente come la sostenibilità si presti ad essere declinata in una pluralità di modi i quali - nel riferimento comune ad una crescita duratura del sistema economico - afferiscono, per un verso, alla salvaguardia della società civile (e, dunque, degli individui che ne costituiscono l'essenza), per altro alla conservazione dell'ambiente e delle risorse naturali. Di fondo, si individua l'esigenza di attivare, come puntualmente è stato sottolineato a livello internazionale, il processo di sviluppo economico in modalità volte ad evitare che i benefici conseguibili nel presente si producano a danno delle «generazioni future» alle quali, per evidenti ragioni di giustizia equitativa, devono essere garantiti gli stessi beni di cui oggi possiamo fruire noi[47]; sicché va

[44]Cfr. BOTTA, *Della globalizzazione, dello sviluppo sostenibile e degli altri giochi possibili*, Bari, 2001.
[45]Cfr. IANNARELLI, *La tutela dell'ambiente e lo sviluppo sostenibile tra diritto dell'economia e valori supremi*, in AA.VV., *Giovanni Paolo II. Le vie della giustizia, Itinerari per il terzo millennio*, cit. 660 ss.
[46]Cfr. tra gli altri DAHRENDORF, *Quadrare il cerchio. Benessere economico, coesione sociale e libertà politica*, Bari, 1996.
[47]E' appena il caso di ricordare che fin dal secolo scorso importanti organizzazioni internazionali quali le Nazioni Unite, la World Bank e l'OECD, oltre ad influenti esponenti dell'Unione Europea hanno segnalato l'esigenza di innovare i modelli di produzione e consumo, al fine di proteggere la funzionalità degli ecosistemi naturali e di garantire una maggiore equità *intergenerazionale*; si veda per tutti il *Report of the United Nations Conference on the Human environment* del 1972 nel quale si evidenzia la necessità di una cooperazione tra gli Stati per la tutela ambientale.

contestata l'aggressione al pianeta ed alle sue risorse attuata in una logica che supporta l'arbitrio dell'uomo nel convincimento di poter assoggettare la terra senza riserve alla sua volontà[48].

Si delinea uno scenario caratterizzato da un modo nuovo di valutare gli investimenti previa riferibilità della loro funzione alla costruzione di una società civile nella quale sviluppo del capitale umano, tutela dell'ambiente e crescita della capacità relazionale in ambito sociale si raccordano in un processo dinamico che coniuga unitariamente detti fattori. Questi ultimi, su un piano fattuale, sono legati da un rapporto di interdipendenza, per cui devono essere analizzati congiuntamente al fine di accertare la loro contestuale presenza indispensabile in un riscontro di conformità al criterio ordinatorio in parola.

Ciò posto, la *sostenibilità* denota specifica centralità in quanto appare portatrice di una 'metodologia' operativa che si contraddistingue per l'«interazione strategica» tra le nominate componenti del settore economico finanziario in vista di un cambiamento orientato ad una gestione delle risorse in termini rispettosi dei diritti dell'uomo. Detta caratterizzazione, per un verso, spiega la mancanza di una specifica cogenza degli obblighi che danno contenuto ad un *agere* sostenibile, per altro, esclude l'esigenza di uno specifico riferimento normativo all'applicazione di tale principio nelle variegate forme operative in cui si estrinseca la realtà economico finanziaria. Ed invero, versandosi in presenza di un criterio metodologico, deve ritenersi determinante (ai fini di ogni decisione da concretizzare sul piano operativo) la verifica di compatibilità tra l'*ethos* (sotteso ad una ottimale conformità agli obiettivi perseguiti sulla base di esso) e il comportamento che si intende tenere.

È altresì evidente come la logica che muove l'itinerario di rinnovamento gestionale delle risorse orientandolo in chiave sociale (oltre che rispettoso degli equilibri dell'ecosistema), induce a ipotizzare il superamento dell'«economia lineare», che punta al profitto senza tener conto dei danni che possano derivare da tale modello di

[48]Cfr. CORDINI, *Diritto ambientale comparato*, Padova, 2002, *passim*.

sviluppo economico. A quest'ultimo dovrà essere sostituito un innovativo schema organizzativo che consenta uno sfruttamento razionale delle risorse (necessario ai fini della sopravvivenza del genere umano) realizzabile nel riferimento ad un modo di operare responsabile, quale si individua in presenza di una «economia circolare», definita in letteratura come «*framework* per soluzioni di sistema [...] che costruisce resilienza a lungo termine, genera opportunità commerciali ed economiche, e offre vantaggi ambientali e sociali»[49].

Concludendo sul punto, può dirsi che la presa d'atto dell'esigenza di proteggere l'ambiente non deve essere circoscritta in una visione antropocentrica che raccorda la finalità di detta tutela alla mera conservazione dei luoghi in cui l'uomo vive. Significative, in proposito, devono ritenersi le indicazioni della dottrina sociale della Chiesa cattolica secondo cui l'ambiente non è un bene da salvaguardare in una logica di mercato, che ne impone la conservazione per il suo valore intrinseco. Ci si riferisce, in particolare, all'esortazione formulata nell'enciclica di Papa Giovanni Paolo II *Ecclesia in Europa* del 2003, nella quale si sostiene la necessità di «impegnarsi in modo nuovo per un corretto uso dei beni della terra stimolando quell'attenzione che oltre a tutelare gli *habitat* naturali, difenda la qualità della vita delle persone».

Francesco Capriglione

[49]Cfr. *The circular economy as a de-risking strategy and driver of superior risk-adjusted returns*, White Paper Università Bocconi – Intesa Sanpaolo – Ellen MacArthur Foundation, 2021, p. 5.

"NEOPROGRAMMAZIONI" PUBBLICHE O PRIVATE E MERCATI IN TRASFORMAZIONE *

(*Public and Private 'Neo-Programming' and Changing Markets*)

ABSTRACT: *Planning and programmes are back on the scene again in this era of several crises as public authorities seek to address them. Given their revival, some key questions arise: Why are they back? What are they for? What do they do and will they do, compared to what they did or wanted/needed to do in the past? What do the new programmes look like? What are their sources and legal structure?*

Starting from these crucial questions, the article explores the topic of 'neo-planning' by analysing the multifaceted legal structure and the transparency and controllability functions of private programmes in the context of public planning (e.g., NRP) and emerging markets.

SOMMARIO: 1. Il "ritorno" delle programmazioni e l'erronea tesi del loro superamento da parte delle regolazioni. – 2. Le ragioni del "rientro in scena". – 3. A cosa servono le "neoprogrammazioni". Il caso di studio del plesso PNRR/PNIEC/Programma complementare. – 4. La multiforme struttura e la rilevanza giuridica dei programmi e progetti privati. – 5. Le funzioni di trasparenza e controllabilità dei "programmi privati". – 6. La valutazione dei programmi e progetti privati ai fini dell'accesso ad ausili finanziari previsti da programmi pubblici (PNRR, PNIEC, etc.) e dell'autorizzazione allo svolgimento di attività. – 7. La tipologia delle programmazioni delle transizioni.

1. "*A volte ritornano*". Come in un famoso racconto *horror* di Stephen King[1], anche le programmazioni e pianificazioni sono ritornate prepotentemente sulla scena in quest'era di crisi multiple, inanellate l'una all'altra, che i pubblici poteri tentano di fronteggiare[2].

*Contributo approvato dai revisori.

[1] KING, *A volte ritornano*, Milano, 1981.

[2] Tanto che il filosofo, GENTILI, parla di "*Crisi come arte di governo*", Macerata, 2022.

Constatato l'avvenuto, inevitabile, ritorno[3] si pongono tre domande d'apice:

I) perché sono tornate? Si ricorda che *il diritto dell'economia dell'epoca neoliberale* le aveva considerate superate e sostituite dalle regolazioni[4];

II) a che servono? Di che si occupano ed occuperanno, rispetto a quanto facevano o avrebbero voluto/dovuto fare nel passato?

Dal "Piano Vanoni" del 1954 per lo sviluppo e l'occupazione ad oggi sono passati quasi 70 anni ed almeno tre "ere" economico-politiche. Il suo autore, Ministro delle Finanze e Maestro della scienza finanziaria, scomparve prematuramente ed il piano "rimase agli atti"; giuridicamente era un atto di indirizzo politico programmatico a medio termine.

Al primo programma economico nazionale (1966-1970)[5] collaborarono molti giovani giuristi, allora emergenti, tra i quali Mauro Giusti. Questi richiami al passato vogliono marcare la multipla discontinuità dei contesti storici e, conseguentemente, delle analisi giuridiche.

III) La *terza domanda* è "come sono fatte" le neoprogrammazioni? Quali ne sono le fonti e la struttura giuridica?

Innanzitutto: è proprio vero che le programmazioni sono "*tornate*"*?*

In realtà in molti settori non sono mai "*andate via*" perché erano e sono *consustanziali* alla regolamentazione di molti mercati – dall'energia, ai trasporti, alla sanità, alle risorse idriche, all'urbanistica, ma anche all'istruzione ed all'università, alle infrastrutture, ai servizi pubblici ed alle reti in generale.

Sono tutti, indubbiamente, mercati, data la loro rilevanza economica, relativamente ai quali è indispensabile – al contempo – sia "amministrare per

[3] Anche da AMATO, *Bentornato Stato, ma …*, Roma-Bari, 2022.
[4] Criticamente rivisitato da SARTORI, *Il diritto dell'economia nell'epoca neoliberale: fra scienza e metodo* in PASSALACQUA (a cura di), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, Milano, 2021, p. 145 ss.
[5] PREDIERI, *Il programma economico 1966-1970. Aspetti giuridici* in PREDIERI, BARUCCI, BARTOLI, GIOLI (a cura di), *Il programma economico 1966-1970. Legge 27 luglio 1967*, n. 685, Milano, 1967, p. 3 ss.

programmi", sia definire le regole del gioco del mercato; infatti è evidente che la *conformazione del mercato*¸ in alcuni casi la sua stessa *costruzione*, sono condizionate dagli indirizzi politico-programmatici europei e nazionali (ad esempio il PNIEC)[6].

Il risvolto dogmatico è che, in moltissimi settori, le programmazioni sono primari strumenti proprio della regolazione dei mercati, intesa in senso lato.

In breve: le programmazioni (o pianificazioni che dir si voglia) in molti settori sono ineliminabili perché cristallizzano, pur in modo flessibile ed adattabile, le scelte politico-amministrative di priorità tra interessi – da privilegiare o meno – e, quindi, di misure di intervento da adottarsi in un dato ambito spazio –temporale[7].

Di converso la formula "*regolazione versus programmazione"* è un errore di fatto e di diritto, la seconda è una *species* della prima.

In realtà, le programmazioni ci sono sempre state, ma per quasi un quarto di secolo sono state "fuori moda", sottotono, confinate nelle discipline di settore e sostanzialmente condizionate nella loro effettività dalle leggi di bilancio; in pratica sono state "risucchiate" e frammentate dalla programmazione finanziaria.

2. Ancor più interessante, diviene, quindi, la domanda *perché* hanno ripreso e stanno riprendendo un ruolo da protagoniste nella *governance* e nel diritto dell'economia?

La risposta, in estrema sintesi, è che si collocano – come strumento di indirizzo, di allocazione di risorse e come *matrici* di piani operativi – *all'incrocio* tra:

a) le politiche anticrisi;

b) le azioni di durata ordinate alle transizioni economiche;

c) i programmi di investimenti pubblici, da coordinarsi tra quelli di sostegno a breve e quelli di finanziamento a medio lungo termine delle attività oggetto della

[6] In tema, v. per tutti le due approfondite monografie di CELATI, *L'intervento pubblico per la riconversione ecologica dell'economia,* Milano, 2021 e di FAVARO, *Regolare la transizione energetica*, Milano, 2020.

[7] Formula di sintesi, tuttora valida, di PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Milano, 1963, p. 47 ss.

transizione.

Da questa prospettiva si rileva che l'*inerzia del sistema* è venuta cambiando, almeno da una dozzina d'anni a questa parte (cioè dalla crisi finanziaria mondiale), con moto progressivamente accelerato, dando luogo, da ultimo, ad una "cascata" neoregolatoria, intessuta di programmi, progetti, etc.

Parafrasando il titolo, ma condividendo il tema, di un recente libro di Amato[8] si potrebbe dire: "*bentornate programmazioni*", ma accompagnate da un *caveat*: di quali programmazioni parliamo?

3. Veniamo, quindi, alla *seconda domanda: a cosa servono, come funzionano queste neoprogrammazioni?*

La figura giuridica d'apice, e caso di studio attuale, è il PNRR, abbinato al PNIEC e al Programma complementare (autofinanziato).

È un *plesso* molto articolato i cui macroindirizzi generali sono stati definiti, a monte, in sede UE.

Più precisamente: si tratta di un procedimento congiunto di durata, di un *percorso* tessuto di rapporti e verifiche continui tra la Commissione UE ed il Governo italiano, innanzitutto sul contenuto stesso del PNRR, e, progressivamente, sugli stati di avanzamento delle varie "*missioni*", nonché – nell'ambito di esse – dei programmi attuativi delle *misure* indicate[9].

Procedimento va quindi inteso nel senso di un lungo procedere congiunto tra decisori pubblici europei e nazionali.

Sul versante nazionale è un sistema complesso di durata, formato innanzitutto da atti programmatici generali, di indirizzo e di allocazione previsionale a medio termine di risorse pubbliche.

[8] AMATO, *Bentornato Stato, ma …, op.cit.*

[9] LUPO, *Relazione* all'incontro *PNRR. Un procedimento tra diritto UE e diritto Italiano* organizzato dall'AIGE – Associazione Italiana Giuristi Europei e dalla rivista federalismi.it a Roma nel giugno 2022.

È previsto ch'esso sia seguito:

- *da un lato* da atti normativi che disciplinano le strutture organizzative (*governance*), gli stanziamenti settoriali, le procedure speciali di attuazione degli interventi;

- *dall'altro* da riforme di settore "abilitanti" (ad esempio: dei contratti pubblici);

- *dall'altro ancora,* da una congerie di piani, programmi e progetti, settoriali o *trasversali* (si pensi soltanto alle tante azioni comprese nella transizione energetica, con piani che individuano le singole misure, i soggetti realizzatori, i tempi, l'accentramento delle decisioni più conflittuali, i poteri sostitutivi centrali).

Al di là della complessità dei meccanismi l'impressione è che, nel loro multiforme insieme, i piani e programmi costituiscono lo *scheletro molto articolato*, *flessibile e modificabile nel tempo*, di tutte le azioni di ripresa e resilienza costruite in funzione delle transizioni economiche.

4. Ma, in concreto, come sono fatte queste neoprogrammazioni, qual è la loro struttura giuridica?

Sono, ovviamente, diversissime rispetto a quelle che, quasi sessant'anni fa, tipizzò Alberto Predieri.

Di alcune tipologie è rimasto il nome, ma la sostanza è diversa.

Se è vero, che, come in letteratura, anche nel diritto i classici sono quelli che continuano a parlare alle generazioni che via via si succedono due suggestioni di grande attualità si trovano nella voce *Pianificazione* scritta da Giannini[10] per l'Enciclopedia del Diritto.

Il tema, di teoria generale, fu affrontato in modo del tutto antiideologico.

Alla base l'A. pose la constatazione che tutte le organizzazioni un minimo complesse, pubbliche e private, "funzionano" dandosi dei *programmi* ed agiscono in

[10] GIANNINI, *Pianificazione*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXIII, Milano, 1983.

funzione della loro realizzazione. Questi, in sé considerati, nella loro materialità, non hanno rilevanza giuridica.

Viceversa, "*pianificazione e piano divengono attività ed atti di interesse giuridico quando vi è una norma giuridica che se ne occupi".*

Il che, all'epoca, avveniva quasi esclusivamente per i piani e programmi pubblici.

Tutto è cambiato.

È arcinoto che oggi quasi tutti i tipi di piani e programmi delle società e di altri enti privati – dalle fondazioni alle associazioni di volontariato – hanno assunto specifica rilevanza giuridica perché regole primarie o secondarie o clausole di contratti associativi, hanno *istituzionalizzato* e *procedimentalizzato* tutti i programmi, organizzativi e di attività, in particolare per quel che riguarda la *governance* ed il controllo sull'attuazione delle decisioni e sui risultati.

Lo sviluppo dell'attività, la *compliance,* la prevenzione della responsabilità amministrativa degli enti formano oggetto di programmi interni, ma esternamente rilevanti, sia ai fini finanziari, sia di controlli aziendali o giurisdizionali.

5. L'*istituzionalizzazione* dei piani e programmi privati, relativi sia ad attività esterne sia a procedure interne, risponde a finalità di *trasparenza/conoscibilità* e di *monitoraggio* dell'efficiente realizzazione degli obiettivi programmati.

Tali finalità – a loro volta – possono esser declinate in modi differenziati; ad esempio:

- i programmi di attività delle fondazioni di origine bancaria sono redatti per consentire all'autorità di vigilanza – il MEF – di verificarne la conformità agli scopi istituzionali delle fondazioni e la successiva attuazione;

- i programmi di sviluppo delle società che si rivolgono, per la provvista finanziaria, alle banche o al mercato dei capitali, devono essere formalizzati e resi

conoscibili ai potenziali finanziatori e, prima, agli *advisor*s che li assistono;

- gli enti del Terzo Settore devono dotarsi di programmi di attività per essere iscritti nell'Elenco nazionale di tali enti e collaborare con le P.A.;

- le industrie inquinanti (ad esempio: produttrici di frigoriferi) debbono dotarsi di programmi di innovazione tecnologica, per ridurre progressivamente l'immissione di gas CFC in atmosfera:

- le imprese che gestiscono infrastrutture o servizi in concessione devono dotarsi di piani industriali ed economico finanziari.

Il *minimo comune denominatore* delle eterogenee fattispecie ora richiamate è che la definizione e formalizzazione di piani, programmi e progetti a vario termine è una *condizione* giuridica per operare legalmente nel mercato di "riferimento" (non v'è dubbio, infatti, che anche i soggetti *no profit* operano in *mercati*, vale a dire in ambiti organizzati di attività economicamente rilevanti).

La rilevanza giuridica dei programmi di soggetti privati considerati dall'ordinamento significativi è probabilmente una "*derivata*" del fenomeno più ampio definito "amministrativizzazione" delle imprese[11] (e delle attività private in generale), vale a dire della diffusione nel diritto delle imprese di procedure, istituti e concetti tipici del diritto amministrativo[12].

6. Su questa "base comune" della rilevanza giuridica, anche pubblicistico, dei piani e programmi "privati" possono innestarsi ulteriori meccanismi e livelli di rilevanza.

Il *primo* è noto ed ampiamente utilizzato ed è caratterizzato dalla correlazione tra piani, programmi o progetti di soggetti privati e l'accesso ad ausili finanziari pubblici, previsti e disciplinati da normative.

[11] Si rinvia, per brevità, a AMOROSINO, *L'«amministrativizzazione» del diritto delle imprese* in ID., *Diritto dell'economia pubblico e privato*, Roma, 2012, p. 29 ss.
[12] Ad esempio: FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, vol. I, Torino, 2004, p. 37 ss., sottolineava la *funzione* autonoma del sistema impresa, concetto dall'A. dichiaratamente (a chi scrive) "ripreso" da Giannini.

Tali normative, possono essere "*aprogrammatiche"*, nel senso che si limitano ad individuare le tipologie di progetti di attività – ad esempio: artigianali – e a destinare ad esse, sino ad esaurimento, risorse finanziarie per promuoverne la realizzazione, in quanto il loro sviluppo è ritenuto in sé di interesse generale.

Possono, invece, essere *programmatiche* in quanto i progetti o programmi privati devono essere funzionali alla realizzazione di piani o programmi pubblici.

In concreto, la verifica di ammissibilità agli ausili finanziari dei progetti di attività dei privati è, in questa seconda ipotesi, più stringente in quanto dev'esserne accertata la specifica congruenza e finalizzazione alla realizzazione di un piano o programma pubblico (ad esempio: lo sviluppo di nuove tecnologie in campo automobilistico o la produzione di energie da biomasse).

Gli esempi fatti ben si attagliano al plesso PNRR/PNIEC/Programma complementare rispetto al quale l'apporto di privati (ma anche di altri soggetti pubblici diversi dallo Stato) è fondato sulla funzionalità dei progetti presentati dai richiedenti agli obiettivi indicati nei richiamati atti programmatici di indirizzo o nei piani attuativi di essi.

Parafrasando un noto proverbio nella botte vecchia (ausili finanziari pubblici) dev'essere versato un vino nuovo (i programmi o progetti, privati o misti, funzionali alla realizzazione degli *obiettivi* dei piani e programmi pubblici, ordinati alla transizione della struttura economica di uno o più settori).

Ed è proprio questa *correlazione* che *legittima*, in sede eurounitaria, per la durata del PNRR e dei suoi progressivi aggiornamenti, l'assegnazione a privati di risorse finanziarie pubbliche, europee e nazionali.

Sotto il *profilo funzionale* la correlazione tra programmazioni pubbliche e progetti o programmi privati è ordinata a realizzare la sinergia, l'integrazione tra i due "sistemi" organizzativi, operativi ed anche di provvista finanziaria.

Tale integrazione costituisce una delle leve innovative individuate nel PNRR.

Il *secondo*, concorrente, fattore di innovazione è costituito dall'obbligata progressiva "ambientalizzazione" delle società, ma anche degli altri enti privati,

i quali sono tenuti a darsi ulteriori programmi la cui adozione è condizione non più per stare regolarmente nel mercato, ma per rimanervi in termini economici di finanziabilità da parte sia di pubblici poteri sia di intermediari finanziari o risparmiatori.

L'ottemperanza ai criteri ESG postula l'approvazione ed attuazione di *progetti* di maggior responsabilità e tutela ambientale.

Sotto il *profilo strutturale* sia la correlazione tra programmi pubblici e privati, relativi ad un medesimo settore od obiettivo trasversale (ad esempio: la digitalizzazione), sia la *compliance* ambientale si fondano su un classico *meccanismo condizionale*: se vuoi operare lecitamente in un certo mercato – ed eventualmente fruire di "agevolazioni" (in senso atecnico) pubbliche o di finanziamenti privati – ti devi dotare di uno specifico piano o progetto, organizzativo e di attività, conforme ai precetti normativi o programmatori ambientalistici di fonte pubblica.

La *condizionalità* – intesa come insieme di regole, a seconda dei casi, a sanzione preclusiva o positiva – trova applicazione, naturalmente, anche al di fuori dei procedimenti di programmazione (ad esempio: un progetto privato di valorizzazione di un bene culturale quasi mai trovava, in passato, come parametro cui correlarsi, un preesistente progetto del Ministero della Cultura).

In sintesi: i rapporti giuridici tra privati e P.A. hanno sempre più di frequente come "veicolo" programmi o progetti.

7. Le "neoprogrammazioni" hanno natura *condizionale* allorché prevedono in misura rilevante l'accennata correlazione funzionale tra programmi pubblici e privati, che ne costituisce la parte più innovativa.

In *parte qua* prevedono l'assegnazione di risorse finanziarie o di altri benefici a soggetti, pubblici e privati, che assumono determinate iniziative, hanno anche natura

incentivante[13], come avviene solitamente nei *programmi di scopo*.

Se le programmazioni incentivanti coincidano, o meno, con quelle indicative è questione nominalistica, di relativo interesse ai fini della messa a fuoco delle "neoprogrammazioni".

Sulla qualificazione "*indicativa*" occorre intendersi.

Prendendo, ad esempio, il PNRR non v'è dubbio che si tratti di un atto di indirizzo in forma di programma quadro che si può qualificare "*indicativo*".

Se – tuttavia – con tale espressione si volesse sottendere un'assenza di precettività si cadrebbe in errore in quanto "*Il PNRR contiene previsioni cogenti per le amministrazioni pubbliche centrali e locali, che sono tenute a realizzare i diversi obiettivi nei tempi previsti. In caso di ritardi o inerzia delle amministrazioni pubbliche, interviene il governo con poteri sostitutivi*"[14].

Più delicata appare, invece, la questione se le "neoprogrammazioni" possano avere anche contenuti precettivi *conformativi* delle attività economiche private; e, in caso positivo, se ciò configuri una sorta di neodirigismo.

Amato, a proposito del PNRR, evidenzia – in positivo – come esso rimanga "*entro i confini di un ruolo pubblico, che è e rimane di atto di programmazione e che di certo non arriva alla conformazione del privato*"[15].

Sembra evincersi, *a contrario*, un netto *disfavore* nei confronti dei piani e programmi a contenuti conformativi.

L'opinione è condivisibile nel caso del PNRR, ma non può tradursi in una generalizzata negatoria di legittimità dei piani e programmi recanti prescrizioni con effetti conformativi di attività private di rilevanza economica.

Nel nostro ordinamento amministrativo vi sono numerosi esempi di pianificazioni contenenti precetti conformativi: dai piani urbanistici comunali (anche

[13] LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, Milano, 2005, p. 219.
[14] D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2022, p. 209.
[15] AMATO, *Bentornato Stato, ma…*, *op. cit.*, p. 97.

di nuovo modello)[16], a quelli territoriali – paesaggistici regionali[17]; ai piani stralcio per la tutela del rischio idrogeologico[18].

Nessuna di queste pianificazioni è stata ritenuta incostituzionale.

Da ultimo, l'inserimento, nell'art. 41 Cost., della tutela dell'ambiente[19] tra i valori primari, da tutelare nello svolgimento delle attività economiche, ha confermato la permanente validità di tale disposizione come fondamento di poteri amministrativi, pianificatori o meno, di conformazione delle attività economiche[20] senza che – a causa di ciò – si configuri uno "Stato neodirigista".

Sandro Amorosino

già Ordinario di Diritto dell'economia

nell'Università di Roma "La Sapienza"

[16] SALVIA, BEVILACQUA, GULLO, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2021, p. 108 ss.
[17] AMOROSINO, *Commento agli artt. 135, 143, 144 e 145* in SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2019, p. 1285 ss.
[18] DELL'ANNO, *Diritto dell'ambiente*, Milano, 2021, p. 140.
[19] CASSETTI, *La modifica dell'articolo 41 della Costituzione*, relazione al Convegno annuale di AIDAmbiente, *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, svoltosi a Roma presso la LUISS il 28 gennaio 2022.
[20] Non vi è, quindi, ragione per considerare desueta o superata – alla luce dei Trattati europei – la tesi di GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, pp. 178-179 che individua nell'art. 41 il fondamento del potere conformativo.

IL "NUOVO" INTERVENTO PUBBLICO NELL'ECONOMIA: COME SISTEMA DI DEROGHE E COME COPROGRAMMAZIONE A IMPULSO EUROPEO *

(*The "new" public intervention in the economy: as a system of derogations and as a European-driven co-programming)*

ABSTRACT: *The essay aims to analyze certain features of the new public intervention in the economy as resulting from the economic planning with European traction, carried out following the economic crisis caused by the pandemic. From the initial reflections proposed, a picture emerges that allows us to observe some signs of political-institutional and juridical-economic change. It seems difficult to imagine these chances as definitive or stable in the near future, considering that the transitions present elements of unpredictability. There are substantial differences between the tools used to cope with the current economic crisis compared to the previous one. There is a substantial intervention for economic development according to the dictates of the theory of the Developmental State, an example of state intervention aimed at qualitatively increasing public action in the economy in areas and sectors in which the role of public administrations becomes crucial to make accessible and useful the resources from the Next Generation EU. In any case, a provisional legal framework emerges and, in any case, it seems that it is marked by the application of exceptions to European standards, albeit always focused on the original approach: which advocates a temporary framework within which the State seems to recover some of its functions in the economy but in a perspective adaptive of the guidelines emanating from the European Union. In particular, it is highlighted how, for example, economic planning from an environmental point of view constitutes the most significant figure of the new European course that also the economic constitution has implemented by making private economic initiative functional for*

*Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio.

environmental purposes.

SOMMARIO: 1. Lo Stato non risorge ma è più coinvolto nelle decisioni assunte a livello europeo. – 2. Gli errori commessi nel corso della crisi del 2008 e il nuovo *modus operandi* avviato a seguito della crisi pandemica. – 2.1. La vera novità: la sospensione del Patto di stabilità e crescita. – 2.2. Come gli Stati potranno svolgere un ruolo più significativo per sostenere l'intervento pubblico in campo economico, grazie alle istituzioni (rinnovate) dell'UE. – 3. L'Intervento pubblico dissimulato negli Stati Uniti (ma a favore degli investimenti «pazienti»). – 3.1. Lo Stato sviluppista alle porte? – 4. Sviluppo dell'economia propugnato dal livello europeo e ricadute interne. La "questione ambientale" come fine e come mezzo.

1. Le crisi d'inizio secolo, che «hanno prodotto effetti devastanti (…) sulla vita individuale e collettiva e sui livelli di benessere delle nostre società»[1], hanno proposto il tema della prospettiva di una possibile rinascita del ruolo dello Stato nell'economia, nel tempo ridimensionato dalle privatizzazioni, obbligato alla riduzione degli aiuti alle imprese, divenuto regolatore settoriale[2], "persuaso" a ridurre la spesa pubblica o comunque a tenerla sotto controllo in base alle regole di bilancio, eventualmente solo "salvatore" nelle situazioni di difficoltà[3].

In particolare, la pandemia ha imposto un ripensamento per quel che concerne l'*action publique*: sono state sostenute le famiglie e le imprese non soltanto in termini, per dir così, risarcitori (*id est*: ripristinatori), ma anche, in una fase successiva, attraverso la programmazione di interventi per lo sviluppo, al fine di dar corso ad un'azione per la ripresa fondata su fattori nuovi tali per cui si profilerebbe una nuova fase del capitalismo (soprattutto nella prospettiva della conversione dell'economia in chiave ambientale che riconsegna all'intervento pubblico la funzione di «normatore del mercato, nella misura in cui la socialità intrinseca di quest'ultimo

[1] Così, BASSANINI, NAPOLITANO, TORCHIA, *Introduzione*, in ID. (a cura di) *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia,* Bologna, 2921, p. 9.
[2] AMATO, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, 2022, p. 31.
[3] NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 11, 2008, p. 1083 ss.

rende l'azione dei pubblici poteri opportunamente coerente con un'esigenza di ricomposizione dell'ordine economico con quello sociale»[4]).

La regolazione dell'emergenza economica, riguardante una pluralità di settori e incidente sulla quasi totalità delle imprese[5], è fondamentalmente caratterizzata

[4] Così CELATI, *L'intervento pubblico per la riconversione ecologica dell'economia. Modelli, strumenti e prospettive giuridiche*, Padova, 2021, p. 2.

[5] La legislazione economica prevede una serie misure contenute nei vari decreti succedutisi nel tempo. A titolo di esempio: 1) il c.d. decreto cura-Italia sospende gli adempimenti tributari (misure poi prorogate nei decreti successivi, fino al c.d. decreto agosto limitatamente al piano di rateizzazione); 2) il c.d. decreto liquidità prevede sostegni alle imprese in termini di ritenute, trattenute relative all'addizionale regionale e comunale, nonché dell'Iva, per i mesi di aprile e maggio del 2020 per gli operatori economici che hanno subito una diminuzione del fatturato o dei corrispettivi di almeno il 33 per cento nonché per i soggetti economici che hanno intrapreso l'esercizio dell'attività dopo il 31 marzo 2020; ritenute su ricavi e compensi percepiti nel periodo tra il 17 marzo ed il 31 maggio dai soggetti con ricavi o compensi non superiori a 400.000 euro; ritenute d'acconto sui redditi di lavoro autonomo nonché sulle provvigioni inerenti a rapporti di commissione, di agenzia, di mediazione, di rappresentanza di commercio e di procacciamento di affari; 3) con il c.d decreto agosto si è data la possibilità di beneficiare della rateizzazione del pagamento dei versamenti sospesi; 4) Il d.l. n. 34 del 2000 (c.d. *decreto rilancio*) all'art. 53 prevede la deroga al regime giuridico che vieta ai soggetti beneficiari di aiuti non rimborsati (in esecuzione di una decisione di recupero) di ricevere nuovi aiuti (c.d. clausola Deggendorf). La norma consente a tali soggetti di accedere ai benefici al netto dell'importo dovuto e non rimborsato, comprensivo degli interessi. Il decreto in questione recepisce sostanzialmente quanto previsto dal quadro temporaneo in materia di aiuti di Stato in termini di massimali e di forme di aiuto (artt. 54 ss.). Tutte le misure previste fanno riferimento ai principi di carattere generale contenute nel quadro temporaneo e, in particolare, il divieto di concessione degli aiuti alle imprese che si trovavano già in difficoltà prima dell'esplosione della pandemia, l'obbligo di notifica degli aiuti e la necessaria autorizzazione da parte della Commissione, gli adempimenti connessi alla istituzione del registro nazionale degli aiuti di Stato presso il Ministero dello sviluppo economico (artt. 61-64). Le successive modifiche e integrazioni riguardano gli aiuti alle piccole e medie imprese, l'aiuto in termini di costi fissi non coperti per le imprese che hanno subito la riduzione del 30% del fatturato (art. 60-*bis* d.l. n. 34 del 2020, introdotto dalla legge di bilancio per il 2021) e il prolungamento delle misure e l'innalzamento dei tetti. Sul piano fiscale il decreto prevede la sospensione fino al 16 settembre 2020 di una serie di adempimenti: versamenti tributari previdenziali e assistenziali e premi per l'assicurazione obbligatoria per i comun maggiormente colpiti dalla pandemia, oltre alle misure previste nei precedenti decreti; 5) il d.l. n. 41 del 2021 (c.d. decreto sostegni) prevede forme di sostegno alle imprese e all'economia, disposizioni in materia di lavoro e ulteriori misure, di varia natura fra cui: contributo a fondo perduto peri titolari di partita IVA, il rinvio degli adempimenti fiscali, istituzione di un fondo destinato alla concessione di contributi per le imprese che vengono beni e servizi al pubblico nei comuni dei comprensori turistici, contributi per la riduzione della spesa elettrica diversa dagli usi domestici, rifinanziamento del fondo per le emergenze per le emittenti locali, integrazione del fondo per il sostegno termale, esenzione dal pagamento della prima rata IMU per i titolari di partita IVA che svolgono attività di impresa, arte o professione o producono reddito agrario, rifinanziamento del fondo per le attività sportive. Il decreto in questione, inoltre, modifica quanto contenuto nel c.d. decreto ristori che vincolava l'assegnazione dei contributi alla liquidità, alla patrimonializzazione e a quelli a fondo perduto alla sede dell'impresa nelle zone maggiormente soggette alle restrizioni e alla classificazione delle imprese tramite i codici ATECO.

dall'attivazione di talune deroghe a discipline assai rigorose quanto ai limiti negativi europei dell'intervento dello Stato nell'economia.

Il "nuovo" ordine giuridico-economico è contrassegnato da elementi che, tuttavia, non consentono di sancire la sussistenza del ritorno dello Stato nell'economia come se fosse svincolato dall'appartenenza all'ordinamento dell'Unione europea, bensì da un sistema, questo sì da considerarsi nuovo, definibile a trazione europea, determinante per quel che concerne sia la finanza pubblica sia la regolazione dell'economia.

La programmazione e la consequenziale legislazione economica, pur se segnalano il rilievo dello Stato finanziatore e imprenditore, risultano essere sempre più nella disponibilità degli organi dell'Unione europea in un moto centrifugo irreversibile.

La stagione del ritorno dello Stato assume forme inedite nella misura in cui politiche e regolazione dell'economia vedono il loro asse decisionale spostarsi al livello europeo con una partecipazione statale in chiave collaborativa (fase ascendente a trazione europea), ma perlopiù attuativa, degli indirizzi europei: uno scenario che, dunque, vede lo Stato recuperare un ruolo amministrativo rispetto al quadro generale delineato dall'Unione europea (fase discendente).

Il *Next Generation EU,* il Quadro finanziario pluriennale, gli interventi della Banca centrale europea, i finanziamenti della Banca europea per gli investimenti quale banca europea dell'ambiente e di promozione, la parziale restituzione agli Stati della leva degli aiuti di Stato, la protezione degli *asset* strategici[6] sono alcuni dei segnali del ritorno dello Stato nell'economia ma pur sempre alla luce delle politiche degli organi UE che derogano o sospendono l'efficacia di talune norme, e, da ultimo, programmano gli interventi in campo economico.

[6] SACCO GINEVRI, *L'espansione dei* golden powers *fra sovranismo e globalizzazione*, in ANTONUCCI, DE POLI, URBANI (a cura di), *I luoghi dell'economia. Le dimensioni della sovranità*, Torino, 2019, p. 271 ss.; GALLO, *La questione della compatibilità dei* golden power *in Italia, oggi, con il diritto dell'Unione europea: il caso delle banche*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, n. 1, 2021, p. 26 ss.; SACCO GINEVRI, Golden power *e banche nella prospettiva del diritto dell'economia*, ivi, p. 55 ss.

2. L'ordinamento giuridico dell'economia dell'Unione europea può essere considerato come un *laboratorio permanente* che affina e aggiorna i suoi obiettivi, integra la sua normativa adeguandola agli eventi (cicli economici), struttura le sue istituzioni (o ne crea altre) in funzione dei suddetti obiettivi.

Dopo aver costruito un Continente di pace e aver affermato e difeso le libertà economiche, l'UE ha optato per un modello economico in molti casi avulso dalle tradizioni costituzionali dei singoli Stati: un modello nel quale la finanza pubblica, ad esempio, è "governata" da regole numeriche le quali, tra l'altro, secondo un autorevole opinione, non sarebbero nemmeno fondate dal punto di vista scientifico[7], le politiche monetarie sono appannaggio esclusivo di un organo indipendente come la BCE (che, in ogni caso, ha mostrato tutta la sua *forza* avocando a sé l'adozione delle note misure non convenzionali di contrasto delle crisi), la tutela del mercato aperto e in libera concorrenza è il più qualificante degli obiettivi del trattato.

Il funzionalismo economico è in parte attenuato da taluni fattori che, nel corso del tempo, hanno trovato spazio nell'ordine economico europeo.

Solo per fare un esempio, è noto che «il fondamento del sistema economico europeo è (…) rappresentato dalla creazione del mercato interno» quale «risvolto economico del disegno ideato dai padri fondatori, consistente nell'istituzione di un'organizzazione internazionale che si poneva come scopo mediato il conseguimento di un prolungato periodo di pace in Europa»[8]: il mercato è stato uno strumento per raggiungere la pace e la l'instaurazione del mercato interno ne avrebbe sancito il definitivo accoglimento quale "contenitore" di elementi anche di natura extraeconomica. Ma, nonostante il cambiamento nominalistico intervenuto con la l'art. 8A dell'Atto unico europeo che, appunto, ha modificato l'accezione da

[7] Cfr. STIGLITZ, *Riscrivere l'economia europea. Le regole per il futuro dell'Unione,* Milano, 2020, pp. 36-37. Inoltre, sempre secondo Stiglitz, ivi, p. 57, il Patto di stabilità e crescita «non ha portato né crescita, né stabilità, né gli altri ingredienti del benessere di una società. Quel patto ha semmai favorito un forte aumento della disoccupazione».

[8] CONTALDI, *Diritto europeo dell'economia*, Torino, 2019, p. 1.

mercato comune a *mercato interno*, non si registrano se non parziali proiezioni nella sfera extraeconomica (asseritamente parte del concetto di mercato interno), privilegiandosi il profilo della tutela del mercato in luogo dei diritti delle collettività, come dimostra, del resto, la giurisprudenza UE in tema di bilanciamento tra diritti economici e diritti sociali e sindacali. Un approccio che sembra non essere sconfessato nemmeno dalle più recenti proposizioni di stampo interventista che, sebbene ampie, non propugnano un'idea sostanzialmente diversa da quella della tutela prioritaria del mercato aperto e in libera concorrenza che resta sempre sullo sfondo, né limitano le condizionalità anche quando determinate risorse sono indirizzata a fini di riequilibrio economico e sociale.

Una chiave di lettura "sociale" e ambientale, in parte diversa rispetto agli orientamenti tradizionali, si rinviene nella programmazione del *Next generation EU*, benché, anche in questo caso, la visuale, nel suo complesso, non si disallinea dalla riproposizione delle condizionalità macroeconomiche come, del resto, specificato dal regolamento (UE) n. 241 del 2021[9]. Ciò che in realtà appare d'un certo rilievo è l'orizzonte che attraversa l'intero piano, che sembrerebbe andare in una direzione percorribile in termini di creazione di trame innovative sul versante produttivo; significativo, invece, è il passo in avanti dal punto di vista della *governance* che conferma il ruolo-guida della Commissione (emissione del debito, controllo sulle riforme e sulle politiche economiche), mentre è irrilevante il ruolo del Parlamento lasciato in una posizione di retroguardia essendo quest'ultimo sostanzialmente escluso sia dalle decisioni sulle risorse sia da eventuali controlli.

Nel corso della crisi determinata dalla pandemia, inoltre, si è scelto di abbandonare momentaneamente le politiche di *austerity*[10] (conservatorismo

[9] Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza.

[10] Che hanno, fra l'altro, "scolorito" «il carattere fondamentale della forma di Stato». Peraltro, a seguito delle politiche austere di finanza pubblica «lo Stato dei nostri tempi sta assumendo i tratti di un inedito "stato debitore", cioè di un Stato che dipende dai mercati internazionali (…) cui deve assicurare la necessaria fiducia». Inoltre, «la tensione tra vincoli alla spesa pubblica e diritti costituzionali sta però vedendo perdenti le aspettative dei cittadini. Ciò che sta accadendo, infatti, è un

finanziario e politiche *antideficit*[11]) per dar vita a politiche anticicliche a sostegno dell'economia europea nel suo complesso: l'illusione di un *boulevérsement* politico e culturale appare però remota considerato che tutte le norme adottate nel periodo hanno espressamente indicato nella temporaneità il loro carattere distintivo e sostantivo in quanto esito della straordinarietà della situazione.

Che le misure adottate siano configurate come temporanee, del resto, è testimoniato dalla base giuridica utilizzata anche per l'istituzione dello strumento della ripresa economica *ex* art. 122 del TFUE: il reg. n. 2094 del 2020, infatti, specifica come il ricorso al programma sia necessitato dall'evenienza di circostanze di «carattere eccezionale» a causa delle «gravi perturbazioni all'attività economica». L'aver colpito tutti gli Stati giustifica, dunque, «un approccio coerente unificato a livello dell'Unione»[12]: insomma, il *refrain* dell'eccezionalità e della temporaneità certifica che lo «strumento» costituisce esso stesso un *fatto* eccezionale nell'ambito delle politiche dell'UE.

2.1. Alcuni fattori distintivi riemergono nei percorsi politici di contrasto delle crisi: in una società che ha scelto quale sua stella polare l'interesse e il profitto, le posizioni dei debitori determinano anche la loro collocazione politica (spesso in termini di retroguardia). Non a caso, anche nel corso delle crisi economiche (sia quella del 2008[13] sia quella energetica), la contrapposizione più evidente è stata proprio quella, ad esempio, fra Paesi creditori e Paesi debitori.

processo di mutamento della forma di Stato e degli assetti costituzionali, per lo meno di quelli concernenti la materia della costituzione economica»: cfr. IANNELLO, *Il «non governo» europeo dell'economia e la crisi dello Stato sociale*, in *Diritto pubblico europeo – Rassegna online*, novembre 2015, p. 204.

[11] SEN, *Impegno sociale e partecipazione: esigenze di equità e vincoli di bilancio*, in ID., *La libertà individuale come impegno sociale*, Roma-Bari, 2011, p. 81.

[12] Regolamento (UE) 2020/2094 del Consiglio del 14 dicembre 2020 che istituisce uno strumento dell'Unione europea per la ripresa, a sostegno alla ripresa dell'economia dopo la crisi COVID-19.

[13] ONADO, *Banche e aiuti pubblici in Europa. Quali strumenti? Fino a quando? Quali contropartite?*, in CERRINA FERONI - FERRARI (a cura di), *Crisi economico-finanaziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, Torino, 2012, p. 19.

Le norme contenute nel Patto di stabilità e crescita, del resto, hanno quale conseguenza la determinazione di risultati economici in termini di effetti di trascinamento da un Paese ad un altro: se uno Stato non applicasse correttamente tale regola, a pagarne le conseguenze sarebbero tutti gli altri Paesi. Solo che le politiche di bilancio, il livello di *deficit*, il debito e la spesa pubblica non funzionano esattamente come un orologio[14]. L'impostazione quantitativa delle *Balanced budgets rules* (BBR) esula dalle programmazioni che un singolo Paese può svolgere in termini di politica anticiclica: se non si rimane entro i vincoli stabiliti a livello sovranazionale non sarà possibile effettuare politiche keynesiane considerato che queste ultime non possono riguardare un singolo Paese ma l'intera area di riferimento. Inoltre, la spirale del debito può indurre a situazioni di destabilizzazione sui mercati finanziari, «che sono indotti a temere che lo Stato possa non essere più in grado di onorare il proprio debito»[15].

Anche la crisi energetica causata dalla guerra in Ucraina fa emergere differenziazioni fra gli Stati membri quanto a strumenti di contrasto. Nonostante la situazione sia chiaramente un problema che investe l'intera Unione europea e che si registri un «grave turbamento dell'economia» che consentirebbe un'azione comune e solidale, le posizioni non sempre delineano coordinate di solidarietà fra i Paesi membri.

Tali differenziazioni, fondate perlopiù su interessi specifici, determinano situazioni di contrasto fra gli Stati del Nord e quelli del Sud dell'Unione europea, i primi più inclini al rispetto rigoroso dei vincoli finanziari (e, quindi, favorevoli alla linea del pareggio di bilancio in senso, per dir così, ragionieristico e alla tutela dei propri interessi statali) e "protettori" delle proprie economie (proprio la crisi energetica è la più recente testimonianza), i secondi – fra i quali ci sono quelli più bisognosi e in ritardo di sviluppo – favorevoli ad una politica di investimenti a

[14] DE IOANNA, DEGNI, *Il vincolo stupido. Europa e Italia nella crisi dell'euro,* Firenze, 2019, p. 12.
[15] Così, LADU, *L'indebitamento pubblico tra sostenibilità e tradizione*, in PASSALACQUA (a cura di), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, Padova, 2021, p. 100.

sostegno della crescita e dello sviluppo delle aree marginali e ad interventi di sostegno che riguardino, come nel caso energetico, tutti i Paesi membri.

In passato l'applicazione rigorosa del Patto di stabilità e crescita ha causato maggiori problemi in particolare a quei Paesi già deboli dal punto di vista finanziario, e con ripercussioni assai pesanti al piano sociale. Le politiche finanziarie austere adottate in passato si sono rivelate «disumane», misure che sono state "giustificate" in base al criterio *"there is no alternative"*[16]. In realtà, anche nel quadro giuridico esistente un'alternativa sarebbe stata possibile rispetto alle scelte compiute nel corso della crisi sistemica del 2008: la crisi pandemica, infatti, ha dimostrato che l'*alternativa*, pur esistente, in quella fase, non è stata opzionata quale strumento di contrasto della crisi.

L'opzione della sospensione del Patto di stabilità e crescita scelta nel corso della pandemia ha senz'altro consentito agli Stati, in base alle risorse dei propri bilanci, di fronteggiare l'emergenza facendo leva sul *deficit*. Essa è, in ogni caso, una decisione "europea" in deroga alla normativa vigente: in questo senso si riscontra una linea di discontinuità rispetto al passato[17].

La legislazione economica dell'emergenza, dunque, consegue ad una decisione assunta dalla Commissione: essa, come si diceva, conquista un ruolo centrale nel sistema istituzionale europeo, pur nelle difficoltà determinate dalle ricordate posizioni differenziate. Anzi, l'allentamento delle maglie dei vincoli di bilancio e delle politiche fiscali è stato "sollecitato" persino dai mercati finanziari i quali, fino a quel momento, avevano issato il vessillo del rigore[18].

[16] STIGLITZ, *Riscrivere l'economia europea. Le regole per il futuro dell'Unione,* cit., p. 44.
[17] LUPO, I *poteri dello Stato italiano alla luce del PNRR: prime indicazioni*, in *www.federalismi.it*, 7 settembre 2022.
[18] BASSANINI, NAPOLITANO, TORCHIA, *op. cit*., p. 13.

2.2. Nell'attuale contesto, si è proceduto a predisporre una serie di strumenti[19] non soltanto di contrasto della crisi ma anche di rilancio dell'economia come, ad esempio, l'allentamento (anche questo temporaneo ma perlopiù di natura procedurale) delle norme sul divieto di aiuti di Stato alle imprese[20] (pur con i limiti,

[19] FRACCHIA, *Coronavirus, senso dei limiti, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà mai come prima?*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3, 2019; STILE, *The European Stability Mechanism in front of the epidemiological emergency*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, n. 1, 2020; PANTALONE, DENICOLÒ, *Responsabilità, doveri e coronavirus: l'ossatura dell'ordinamento nelle emergenze "esistenziali"*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1, 2020, 125 ss.; BETZU, CIARLO, *Epidemia e differenziazione territoriale*, in *BioLaw Journal – Rivista di biodiritto*, special issue, n. 1, 2020, 201 ss.; DI GASPARE, *Coronavirus, come la Bce può trasferire subito la liquidità necessaria all'economia reale*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 17 marzo 2020; ROSSI, *Gli effetti economici della pandemia: le prime possibili valutazioni*, in *Aspenia online*, 28 marzo 2020; LUCHENA, *Il c.d. decreto liquidità è una minaccia per il liberismo? Brevi note sul "nuovo" golden power*, in *www.dirittifondamentali.it*, 1° maggio 2020; PULSONI, *L'intervento dello Stato nell'economia all'epoca del CoViD-19. Analisi critica della normativa emergenziale*, in *www.dirittifondamentali.it*, 4 maggio 2020; CAPRIGLIONE, *La finanza Ue al tempo del coronavirus*, in *Riv. trim. dir. dell'econ.*, n. 1, 2020, p. 1 ss.; LUCHENA, RUCCIA, *Meglio le misure della Bce o i prestiti del Mes?*, in *www.dirittifondamentali.it*, 15 giugno 2020; CAPRIGLIONE, *Il D.L. Liquidità. Una scommessa pericolosa per le banche*, in *Apertacontrada.it*, 10 aprile 2020; ALPA, *Pandemia e scelte tragiche*, in *Apertacontrada.it*, 17 giugno 2020; BROZZETTI, *La legislazione bancaria europea. Le revisioni del 2019-2020*, Milano, 2020, p. 271 ss.; ROSSANO, *Reflections on the Italian Emergency Regulation in Support to Business*, in *Law and Economics Yearly Review*, n.1, 2020, p. 111 ss.; NACCI, *Ambiente, salute ed emergenza pandemica*, in *Dir. Pubbl. eur. – Rassegna online*, n. 1, 2021.

[20] Le potenzialità offerte dal quadro temporaneo (progressivamente aggiornato) propongono una serie di forme di aiuti adottate pressocché da parte di tutti gli Stati. Essi riguardano le sovvenzioni dirette, le agevolazioni fiscali e di pagamento, garanzie statali sui prestiti, tassi di interesse agevolati per i prestiti, garanzie e prestiti veicolati per il tramite degli enti creditizi o enti finanziari, flessibilità nell'assicurazione del credito all'esportazione a breve termine. Nella comunicazione del 3 aprile 2020 la Commissione ha esteso l'ambito di applicazione delle norme anche alla ricerca e sviluppo connesse al coronavirus, la costruzione di infrastrutture o di ammodernamento degli impianti di prova, il sostegno di prodotti per far fronte alla pandemia. Sul piano più strettamente del sostegno al funzionamento delle imprese in difficoltà, la Commissione ha poi insistito sulle possibilità di differimento del pagamento delle imposte e/o di sospensione del versamento dei contributi previdenziali a carico delle imprese, oltre che il sostegno al contributo dei costi salariali in settori o aree specifiche che hanno sofferto in modo particolare gli effetti della crisi pandemica. L'estensione al 31 luglio 2021 delle misure di ricapitalizzazione delle società non finanziarie è oggetto della modifica al *temporary framework* contenuta nella comunicazione dell'8 maggio 2020. Si tratta di una misura che affronta il tema del rischio di possibili situazioni di crisi dell'economia europea complessivamente considerata, giacché il perdurare della pandemia ha reso sempre più complesso il tema della tenuta delle attività produttive su tutto il territorio dell'Unione europea. E non a caso la stessa comunicazione ha consentito agli Stati di procrastinare al 31 dicembre 2020 gli interventi consistenti nel sostegno finanziario attraverso la concessione di debiti subordinati a condizioni favorevoli. L'intervento normativo sugli aiuti di stato è da considerarsi come un sistema, per dir così, *in progress*, alla luce della situazione di dinamicità causata dall'emergenza. La normativa è stata aggiornata fino alla definitiva estensione del quadro temporaneo alla fine del 2022. La Commissione ha preso atto di una serie di conseguenze emerse nel corso della crisi pandemica e ha assunto la decisione di consentire agli Stati di andare incontro anche alle micro e alle piccole imprese in difficoltà: si tratta di imprese –

evidenziati in altra occasione[21]), l'ampliamento dei sistemi di protezione dell'economia europea, la mutualizzazione del debito[22], interventi anche espressamente dedicati alla protezione sociale (fondo SURE[23]), il rafforzamento dei sistemi sanitari (ivi compreso il c.d. MES sanitario[24]), e così via.

---

con meno di 50 dipendenti e con un fatturato inferiore a 10 milioni di euro – che hanno manifestato una certa fragilità e diffuse su tutto il territorio europeo. Va aggiunto che la Commissione ha ritenuto di far presente che le misure in questione escludono la delocalizzazione in quanto questa viene considerata come uno dei fattori maggiormente lesivi della concorrenza nel mercato interno. La rassegna degli interventi possibili è contenuta nel quadro temporaneo. Si tratta di una serie assai ampia di aiuti che sono ritenuti particolarmente "utili" a far fronte all'emergenza: aiuti *de minimis*, garanzie statali sui prestiti, tassi di interesse agevolati, garanzie e prestiti concessi per il tramite di enti crediti e finanziari, assicurazione del credito all'esportazione, aiuti per la ricerca e lo sviluppo in materia di lotta contro il Covid-19, investimenti in infrastrutture, produzione di prodotti connessi alla lotta al Covid-19, differimento del pagamento delle imposte, sovvenzioni per la corresponsione dei salari, ricapitalizzazione delle imprese non finanziarie, costi fissi non coperti dalle imprese. Un catalogo che consente di coprire una vasta gamma di settori colpiti dalla crisi e che si collocano in una sorta di "cuscinetto" temporale che dovrebbe coprire il tempo necessario fino al termine della pandemia. Il quadro temporaneo è stato aggiornato, da ultimo, nel mese di novembre 2021, con l'introduzione di una sezione dedicata agli aiuti alle imprese in materia ambientale (cui è seguita, nel gennaio 29922, una specifica comunicazione contenente le relative linee guida). V. BIONDI, *State Aid in the Time of COVID-19*, in *www.eulive.com*, 25th March 2020; MEZZACAPO, *Lo speciale regime giuridico temporaneo UE applicabile agli aiuti di Stato in risposta all'emergenza economico-sanitaria causata dalla pandemia di Covid-19*, in *Bilancio Comunità Persona*, n. 2, 2020, p. 99 ss.; CIPRANDI, *Aiuti di Stato nell'emergenza COVID-19: il legislatore italiano sospende la c.d. "clausola Deggendorf". Deroga giustificata o deviazione eccessiva da un principio fondamentale?*, in *www.aisdue.eu*, 15 luglio 2020, p. 43 ss.; ROMBIOLO, *Aiuti di Stato ed emergenza pandemica: il quadro delle misure temporanee*, in *Innovazione e diritto*, n. 1, 2021, p. 143 ss.

[21] LUCHENA, *Una nuova politica degli aiuti di Stato? Gli aiuti istantanei nel contesto dell'emergenza Covid-19 tra coerenza d'insieme e profili inediti*, in *Concorrenza e mercato*, vol. 26/27, 2019/2020, p. 17 ss.

[22] Le analisi svolte dalla dottrina riguardano diversi profili: v., tra gli altri, SALMONI, *Note a prima lettura della sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco sul* quantitative easing: *una decisione politica che chiude la strada alle misure di mutualizzazione del debito e le apre al MES*, in *Consulta online*, n. 2, 2020, 6 maggio 2020; GUAZZAROTTI, *Monetizzare il debito pubblico grazie alla BCE senza cambiare i parametri di Maastricht?*, in *www.laCostizione.info*, 27 aprile 2020; CELATI, *Misure anticrisi e prospettive di solidarietà economica per l'integrazione europea,* in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 23 luglio 2021; DE CARIA, *Il principio della solidarietà tra generazioni tra mutualizzazione dei debiti e divieto di finanziamento monetario*, in *Rivista Aic*., n. 3, 2021; BRUNI, Next Generation EU: *un debito comune per affrontare la crisi*, in *www.ispionline.it*, 16 aprile 2021.

[23] Regolamento (UE) 2020/672 del Consiglio, del 19 maggio 2020 che istituisce uno strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione nello stato di emergenza (SURE) a seguito dell'epidemia di Covid-19. Il fondo di 100 miliardi per proteggere I lavoratori, come si evince dalla seconda relazione sull'utilizzo del fondo, è riuscito ad attenuare le gravi ripercussioni socio-economiche causate dalla pandemia. Le misure per il mercato del lavoro hanno riguardato oltre un milione e mezzo di lavoratori nel 2020 e a contenere la disoccupazione. Grazie al fondo sono state aiutate complessivamente 31 milioni di persone e 2 milioni e mezzo di imprese: cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Report from the Commission to the European Parliament, the Council, The*

Oggi, forse, rispetto al passato, è emersa la volontà di impostare una politica al di là della considerazione dei soli interessi nazionali[25] e, comunque, tenendone conto in un quadro coordinato nel tentativo di configurare un'Europa non soltanto come campo di interessi relativi agli scambi commerciali e finanziari ma anche quale soggetto istituzionale che rivolge la sua attenzione anche alle dinamiche sociali e ambientali.

Sta di fatto, però, che, come si diceva poc'anzi, gli interventi sopra segnalati costituiscono più che il ritorno dello Stato in campo economico, la sospensione dell'efficacia di talune norme in vigore dell'ordine giuridico-economico europeo che non rappresenta una rivoluzione copernicana nei rapporti tra Stati e Unione europea e non modifica il rapporto tra Stato ed economia ma segnano, per l'appunto, l'applicazione pura e semplice di norme derogatorie o la sospensione dell'efficacia di talune di esse.

È forse in questo approccio che s'intravede una possibilità per gli Stati: saper cogliere il momento per introdurre riforme riguardanti, ad esempio, il sistema delle competenze in materia fiscale oppure quella relativa all'Unione economica e monetaria con il conferimento (mantenimento) del potere di stabilizzazione dell'economia attraverso le risorse del bilancio UE, potendo, in tal modo, ricorrere ad iniziative autonome in termini di politiche che possano guardare ad un orizzonte più lontano.

Economic and financial Committee and the Employment Committee – Report on the European instrument for Temporary Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency (SURE) following the COVID-19 outbreak pursuant to Article 14 of Council Regulation (EU) 2020/672 SURE: One Year On, Bruxelles, 22 settembre 2021, COM(2021) 596 final.

[24] EUROGRUPPO, *Report by the Eurogroup, in inclusive format, on the comprehensive economic policy response to the Covid-19 pandemic*, 9 aprile 2020. Si tratta di una modalità di accesso alle risorse del MES che si fonda sul meccanismo della assistenza finanziaria precauzionale, applicabile in situazioni di particolari contingenze. I fondi possono essere resi disponibili a condizione che lo Stato richiedente versi in una situazione economica e finanziaria solida, benché alle prese con uno shock economico indipendente dal suo controllo e con un debito pubblico considerato sostenibile.

[25] Come auspicano DE IOANNA, DEGNI, *op. cit.*, p. 9.

3. La teorica dell'anarcocapitalismo[26] e gli svolgimenti del c.d. diritto globale dell'economia hanno segnato il trionfo dell'ideologia del neoliberismo garantito che ha promosso, fra l'altro, l'istituzione di strutture organizzate, di dimensione mondiale e regionale, finalizzate al controllo degli interventi degli Stati in campo economico[27]. Istituzioni globali dell'economia che, in verità, sono nate anche per contribuire alla lotta contro le disuguaglianze e per l'inclusione sociale (si pensi al ruolo svolto, ad esempio, dalla Banca mondiale), politiche poi travolte dal Consenso di Washington[28] che ha prodotto l'*escalation* del neoliberalismo – sostenuto dall'«ideologia giuridica» dell'analisi economica del diritto[29] – a livello mondiale la cui radicalizzazione, particolarmente accresciuta nel corso della stagione delle crisi, sarebbe frutto della razionalità della politica di «rivolta contro i diritti sociali ed economici dei lavoratori»[30].

Si tratta della creazione di strutture istituzionali autonome ma "portatrici" delle medesime regole fondate sull'astensionismo statale in economia. Equidistante dall'economia e interventore soltanto in presenza dei fallimenti del mercato, lo Stato è stato retrocesso a spettatore dei fenomeni economici e, al massimo, a dispensatore di risorse ai fini della socializzazione delle perdite (quest'ultima circostanza particolarmente evidente nella crisi finanziaria).

Il mito dello *Stato assente* è smentito, però, in generale, da una serie di atti e politiche sviluppate proprio nello Stato paladino dell'anarcocapitalismo, cioè gli Stati Uniti d'America. «I profeti del poco Stato, della dottrina del libero mercato, orchestrano da decenni grandi programmi di investimenti pubblici in tecnologia e

[26] Su cui v. BARBERIS, *Etica per i giuristi*, Roma-Bari, 2006, p. 91 ss.
[27] COMBA, *Il neo liberismo internazionale. Strutture giuridiche a dimensione mondiale*, Milano, 1987, p. 15. ss.
[28] FERRAJOLI, *Costituzionalismo oltre lo Stato*, Modena, 2017, p. 63.
[29] DENOZZA, *Il modello dell'analisi economica del diritto: come si spiega il tanto successo di una tale debole teoria?*, in *Ars Interpretandi*, n. 2, II/2013, p. 44.
[30] LAVAL, *Comment le néoliberalisme s'est radicalisé avec la crise/Come il neoliberalismo si è radicalizzato con la crisi*, in *Diritto pubblico europeo – Rassegna online*, n. 1, 2016, p. 28.

innovazione, investimenti che sono alla base del loro successo economico, passato e presente»[31].

Negli USA, l'intervento dello Stato nell'economia è assai visibile e concreto, soprattutto per quel che concerne i finanziamenti di base e alla ricerca, sviluppo e innovazione tecnologica (un terreno d'intervento per la verità non nuovo nella storia di quel Paese): basti pensare allo sviluppo dei sistemi informatici e telematici (*internet*), alla progettazione dell'iPhone, alle nanotecnologie che sono il frutto di politiche *mission-oriented* indicative di una direzione di governo e di una strategia che non guarda alla riduzione della spesa pubblica come ad un *totem*[32] ma ne vede la strategicità in termini di sviluppo economico duraturo.

3.1. Le superiori considerazioni consentono di allargare, seppur brevemente, lo sguardo da un punto di vista teorico.

Da una parte, viene in evidenza la visuale riduzionista/opportunista che nutre di sé le (spesso illusorie) politiche che affrancano lo Stato dal suo ruolo nell'economia; dall'altra, quella amministrativo/statalista portata ad accentrare le politiche pubbliche sul versante burocratico-politico che, invero, in molte circostanze, non ha dato buona prova di sé.

A questa posizione, può aggiungersi una via mediana riconducibile alla corrente di pensiero nota come dello Stato sviluppista che coniuga Stato e mercato in una prospettiva complementare: lo Stato investe in innovazione tecnologica, in ricerca e sviluppo come se fosse un imprenditore, assumendosi il rischio dell'investimento, restituendo alla collettività i frutti dell'azione pubblica.

Tale prospettiva, non nuova in altri contesti, profilerebbe un connubio di interessi che contribuisce a rendere decisione e risultati convenienti a tutte le parti

[31] Così MAZZUCATO, *Lo Stato innovatore. Sfatare il mito del pubblico contro il privato*, Roma-Bari, n.e., 2020, p. 3. Sugli investimenti pubblici, v., tra gli altri, MARESCA, *I parametri finanziari dello Stato imprenditore e committente*, Torino, 2020, in part. p. 71 ss.; PASSALACQUA, *Planning public investments for recovery*, in *Open Review of Management, Banking and Finance*, 2021, p. 1 ss.
[32] MAZZUCATO, *Lo Stato innovatore*, cit., p. 8 ss., *passim*.

coinvolte: «lo Stato (…) si impegna non solo, in senso keynesiano, per gestire la domanda, ma anche per guidare il processo di industrializzazione». Rientra in gioco lo strumento della programmazione economica per l'industrializzazione, attraverso, ad esempio, gli incentivi a favore delle imprese per lo sviluppo delle nuove tecnologie e creazione di reti commerciali per la conquista di determinati mercati[33].

La stagione del "*crony capitalism*", messa a dura prova dalle crisi, dunque, ha spostato l'asse verso una rinnovata visione del ruolo dello Stato, non solo correttore dei fallimenti del mercato – «ossia l'idea che la politica pubblica possa tutt'al più intervenire per rimediare alle storture» (uno dei falsi miti che creano ostacolo al progresso[34]) – ma promotore dello sviluppo economico: una visuale non stato-centrica ma "modernizzata" nei suoi tratti analitici/concettuali in riferimento proprio al ruolo del privato nel fortunato tentativo di trovare un punto di convergenza e di collaborazione piena fra le istituzioni nella programmazione degli interventi[35].

Concettualmente lo Stato sviluppista consisterebbe in un modello nel quale lo Stato ambirebbe normativamente ad utilizzare il suo potere pubblico per "guidare" gli investimenti secondo una visione solidaristica dell'economia nazionale. Tale asserto configurerebbe lo Stato sviluppista come un sistema in cui si traccia un percorso di evoluzione dello Stato interventista che, a differenza di talune esperienze del passato, non sacrifica lo sviluppo socio-economico (com'è avvenuto nelle economie dirigiste) ma sostiene finanziariamente la traiettoria dello sviluppo[36].

Il "modello sviluppista" – in opposizione alla teorica che ha dominato per trent'anni la politica mondiale la quale ha connotato il *developmentalism* in termini di

[33] MAZZUCATO, *Lo Stato innovatore. Sfatare il mito del pubblico contro il privato*, Roma-Bari, 2020, p. 72.
[34] MAZZUCATO, *Missione economia. Una guida per cambiare il capitalismo*, Roma-Bari, 2021, p. 31 ss.
[35] TAKAGI, KANCHOOCHAT, SONOBE, *Introduction: the Nexus of Development Policy and State Building*, in TAKAGI, KANCHOOCHAT, SONOBE (eds.), *Developmental State Building. The Politics of Emerging Economies*, Berlin, 2019, p. 6.
[36] BOLESTA, *China as a Developmental State, in Montenegrin Journal of Economics*, n. 5, 2007, p. 106.

irresponsabilità fiscale[37] – è connotato dai caratteri della flessibilità e della dinamicità delle istituzioni[38]: esso richiama la teorica di Douglas North della efficienza adattativa, consistente, in sintesi, nella capacità delle istituzioni di evolversi nel tempo dinanzi al mutare dei cambiamenti economico-sociali: fattore di stabilità e di stabilizzazione, le istituzioni costituiscono un elemento centrale per lo sviluppo economico durevole.

Tale sembra essere l'effetto indotto della programmazione europea che richiede sforzi riformatori agli Stati in termini di efficienza delle istituzioni che creino un ambiente favorevole alla cooperazione per lo sviluppo economico (elemento prioritario del *Developmental State*): un senso di marcia comune nel segno della costruzione di un ecosistema delle istituzioni per l'economia (*high skilled public burocracy*) e di entità finanziarie di proprietà pubblica (intervento diretto, *State-owned financial institutions*)[39] idoneo a far fronte agli obiettivi contenuti nel *Next Generation EU*.

4. È forse ancora presto per affermare se questo indirizzo si tradurrà in una linea di continuità operativa sui versanti ora segnalati.

Del resto, le transizioni possono durare anche a lungo, indicare un mutamento «non ancora completato» e intraprendere un percorso non «esattamente predeterminabile»[40].

Sul piano giuridico, dunque, «si tratta di scrivere regole per essere dentro l'esperienza, consapevoli che ogni trasformazione ha una matrice che si autoalimenta». Se si guarda al tema dell'ambiente o a quello del digitale (pilastri 1 e 2 del Piano nazionale di ripresa e resilienza), ad esempio, la realizzazione del progetto sembra essere ancora lontano dal compiersi in maniera definitiva e, in tal senso, lo

[37] BRESSER-PEREIRA, *Models of Developmental State*, in *CEPAL Review*, n. 128, August, 2019, p. 36.
[38] OKAZAKI, *Developmental State Evolving: Japan's Graduation from a Middle Income Country*, in TAKAGI, KANCHOOCHAT, SONOBE (eds.), op. cit., p. 20
[39] BRESSER-PEREIRA, *op. cit*., p. 38.
[40] Così TEOTONICO, *Riflessioni sulle transizioni. Contributo allo studio dei mutamenti costituzionali*, in *Rivista Aic*, n. 3, 2014, 1° agosto 2014, p. 3.

stesso diritto può considerarsi come «eventuale» nella misura in cui esso «disegna il mondo che vorrebbe»[41].

Tale asserzione si spiega anche perché gli elementi rinvenibili nella transizione non sono tutti convergenti e soprattutto non tutti i soggetti coinvolti hanno la stessa volontà politica di contribuire alla determinazione del cambiamento: mercati che non è detto che si determinino secondo le intenzioni giuridico-politiche, ma che, eventualmente, possano seguire tracciati differenti.

La temporaneità e l'eccezionalità delle misure assunte nel periodo militano a favore, per l'appunto, di una politica momentanea che, verosimilmente, ritroverà le sue basi costitutive/attuative al termine dell'iniezione degli investimenti pubblici *in itinere*. Bisognerà vedere quanto rimarrà del vecchio e quanto di nuovo si consoliderà nell'ordinamento giuridico: è peraltro complicato stabilire la direzione che prenderà la storia e soprattutto quali interessi prevarranno nello scenario determinato dalla crisi[42] in corso di svolgimento (cioè la "coda" di quella determinata dalla pandemia e quella, ben più rilevante sul piano strategico e geopolitico, causata dall'esplosione della guerra).

In definitiva, se appare plausibile un ritorno dello Stato nelle dinamiche economiche, queste ultime vanno colte nella dimensione della temporaneità ma anche dell'opportunità, tenuto conto che una così imponente "macchina" di investimenti pubblici da lungo tempo non percorreva le strade europee.

Se un "ritorno alle origini" della c.d. Costituzione economica appare assai lontano dal prefigurarsi come uno scenario plausibile (tanto è vero che sempre più frequentemente si fa ricorso ad aggettivazioni della medesima come "nuova" o "in trasformazione"), non può non rilevarsi come le dinamiche ora osservate siano riconducibili all'art. 41, c. 3, Cost. che assegna ai pubblici poteri il compito di coordinare le attività economiche pubbliche e private affinché esse siano indirizzate a

[41] PASSALACQUA, Green deal *e transizione digitale verso un diritto eventuale*, in EAD. (a cura di), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, cit., p. 29.
[42] TEOTONICO, *op. cit.*, p. 3.

fini sociali secondo una programmazione razionale delle risorse e anche considerando il contesto globale di riferimento.

Da essere una norma, per dir così, dimenticata, e sostanzialmente disapplicata, se non inapplicabile, oggi l'art. 41, c. 3, della Costituzione appare rivitalizzato proprio dalle dinamiche sovranazionali che, in qualche misura, spingono per dipingere un nuovo volto alla programmazione (che peraltro la stessa Commissione sollecita nel quadro dell'attuazione del *green deal*) ora indirizzata e coordinata anche a fini ambientali[43].

Non si tratta della rievocazione di precedenti esperienze totalizzanti ma viene in evidenza come la strategia programmatoria quale leva dello sviluppo dell'economia in chiave sociale ed ambientale[44] sia ritenuta come un elemento determinante del nuovo modo di concepire l'intervento pubblico nell'economia.

In un certo qual modo, si realizzerebbe l'auspicio di quanti ritengono che l'intervento pubblico nell'economia potrà realizzarsi soltanto al piano sovranazionale in termini cioè, per l'appunto, di governo europeo dell'economia. Una prospettiva certo affascinante e non priva di incognite ma che varrebbe la pena di essere ulteriormente esplorata in futuro quale "nuovo paradigma" dell'integrazione positiva.

Del resto, lo stesso articolo 41, terzo comma della Costituzione esprime grande "fiducia" nel coordinamento delle attività economiche a fini sociali, così come le norme di coordinamento dell'economia su base europea richiamano a più riprese, e in vari ambiti operativi, l'approccio ora considerato (fondi strutturali, partenariati, *Next generation EU*).

In definitiva, «dopo i fallimenti delle politiche di austerità» si rileva necessaria «l'istituzione di un governo europeo dell'economia, parallelamente a politiche sociali

[43] CASSETTI, *Riformare l'art. 41 della Costituzione?: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, in Il *costituzionalismo multilivello nel terzo millennio: studi in onore di Paola Bilancia*, in *www.federalismi.it*, 2 febbraio 2022; MORELLI, *La tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali: le ragioni e le potenzialità di una riforma*, in *PasSaggi cost*., n. 1, 2022, p. 31 ss.; LONGHI, *Note minime sulle recenti modifiche all'art. 41 Cost*., ivi, p. 53 ss.
[44] MAZZUCATO, *Missione economia*, cit., p. 97 ss.

direttamente europee»[45]. Questo comporterebbe un'attività di programmazione dell'economia a fini sociali e ambientali che, almeno fino a questo momento, è stata lontana dal compiersi.

Occorre considerare, inoltre, che anche il dispositivo sugli "aiuti europei" lascia inalterate le regole in tema di condizionalità macroeconomica[46] e di controllo degli aiuti di Stato alle imprese mentre amplia le condizionalità ambientali subordinando qualunque iniziativa economica al rispetto dell'ambiente e dell'ecosistema. La nuova programmazione economica orientata al conseguimento degli obiettivi di tutela ambientale abbraccia ambiti ed aspetti delle politiche pubbliche, europee e interne, che restituiscono al diritto, e segnatamente al diritto dell'economia, uno spazio significativo in termini di regolazione delle attività economiche "condizionandole", per l'appunto, al principio del «non arrecare un danno significativo all'ambiente»[47], una variabile indipendente nella allocazione delle risorse inerenti alla progettazione degli interventi di sostegno delle imprese.

Sotto certi punti di vista, la c.d. transizione verde diviene una delle pagine più significative della nuova politica industriale europea, alla luce di un tracciato che abbandona l'approccio rimediale che ha finora caratterizzato la politica ambientale[48]. La visuale indicata, oltre tutto, sembrerebbe prospettare una modalità attraverso la quale anche i costi sociali e ambientali possano essere finanziati da appositi fondi

[45] FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 63.
[46] La Commissione può richiedere allo Stato membro di riconsiderare e di modificare i propri programmi di spesa per prevenire squilibri macroeconomici «oppure per massimizzare l'impatto dell'azione europea sulla crescita e sulla competitività. L'efficacia della spesa nell'ambito delle risorse europee si fonda, infatti, su politiche economiche sane e prevede che le risorse possano, se necessario, essere riorientate per rispondere ai problemi economici che un Paese si trova ad affrontare»: cfr. MONTI, *I fondi europei. Guida al Next Generation EU e al QFP – Quadro finanziario pluriennale 2021-2027*, Roma. 2021, p. 169.
[47] Commissione europea, Orientamenti tecnici sull'applicazione del principio «non arrecare un danno significativo» a norma del regolamento sul dispositivo per la ripresa e la resilienza 2021/C 58/01; art. 17, Regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2020 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088.
[48] PASSALACQUA, Green deal *e transizione digitale verso un diritto eventuale*, cit., p. 7.

europei (*Just Transition Fund,* Fondo sociale per il clima), con ciò intravedendosi spiragli di un *welfare* europeo di nuovo conio[49].

Tale orientamento sembra essere recepito dalla "nuova costituzione economica" (accezione da intendersi quale risultato del processo trasformativo dell'economia e delle istituzioni dell'economia) che eleva la tutela ambientale a limite dell'iniziativa economica privata[50]: non in funzione di freno delle dinamiche economiche ma quale prospettiva di una programmazione orientata alla tutela dell'ambiente che, nella visuale globale considerata, può rappresentare la nuova frontiera del rinnovo dell'intervento statale nell'economia.

Così, anche la c.d. costituzione economica dell'ambiente acquisisce spessore non soltanto in termini esclusivamente rivendicativi attraverso politiche, per dir così, difensive, ma anche nelle dinamiche economiche preconizzando un nuovo stadio di sviluppo nel quale le interconnessioni e le interdipendenze costituiscono parte fondamentale del modello regolatorio in via di trasformazione.

Non è un caso che la coprogrammazione dell'economia a determinante europea[51] dedichi alla "questione ambientale", anche quale strumento di cambiamento del paradigma economico, uno spazio mai ottenuto in passato in termini di risorse disponibili, pur nel rispetto della disciplina degli aiuti di Stato come la Commissione ha inteso ribadire elaborando le linee guida per la concessione degli aiuti alle imprese in campo ambientale[52] secondo una "lettura" combinata del nuovo corso disciplinare[53].

---

[49] PASSALACQUA, Green deal *e transizione digitale verso un diritto eventuale*, cit., p. 11.
[50] DE LEONARDIS, *La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *Apertacontrada.it*, 28 febbraio 2022; MONTEDORO, *Costituzione ed ambiente. Effetti sulla divisione dei poteri di una revisione costituzionale largamente condivisa*, in *Apertacontrada.it*, 14 marzo 2022.
[51] LUCHENA, *Programmazione multilivello dell'economia e condizionalità*, in *www.federalismi.it*, 2 febbraio 2022.
[52] Comunicazione della Commissione, Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022, Bruxelles, 27.1.2022, C(2022) 481 final.
[53] Il nuovo corso politico per favorire la trasformazione dell'economia in chiave ambientale pervade una pluralità di settori e di ambiti di intervento che investono la quasi totalità delle istituzioni dell'economia, nazionale e sovranazionale.

Oltre tutto la recente crisi ha agito da acceleratore del processo: un processo che involge l'intera economia, «gravemente turbata» dagli effetti della crisi, riguardata in chiave europea e non esclusivamente nazionale; si spiega, in tal modo, il periodico ricorso a specificazioni e integrazioni del quadro temporaneo in materia di aiuti di Stato (aggiornato sei volte e, da ultimo, integrato dal quadro relativo alle conseguenze economiche derivanti dalla guerra in Ucraina[54]) che amplia il novero delle forme di aiuto possibili e definisce i settori nei quali intervenire in via prioritaria, ma allo stesso tempo scandisce lo scadenziario della temporaneità dei provvedimenti, quasi a ricordare come, al termine delle varie emergenze, le norme interdittive delle misure di ausilio, spesso applicate in passato in modo talvolta rigido e aprioristico, torneranno a "governare" il sistema degli aiuti pubblici.

Giovanni Luchena

Ordinario di Diritto dell'economia

nell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro

[54] Comunicazione della Commissione, Quadro temporaneo di crisi per misure di aiuto a sostegno dell'economia a seguito dell'aggressione della Russia contro l'Ucraina, (2022/C 131 I/01).

CHI SALVERÀ IL PIANETA: LO STATO O LE GRANDI CORPORATION? ESG: UNA FORMULA AMBIGUA E INUTILE *

(*Who will save the planet: the State or the large corporations? ESG: an ambiguous and useless formula*)

ABSTRACT: *The paper investigates the role that the ESG expression plays in two areas: to define the corporate purpose in light of the corporate social responsibility theory; to establish investment criteria for institutional investors consistent with environmental and social goals. The papers conclude that replacing the Shareholder Value with the Environmental Social goals twist the correct functioning of the market as well as the correct functioning of democracy.*

SOMMARIO: 1. Introduzione: origini dell'espressione e stato dell'arte. – 2. ESG e diritto societario: un nuovo ruolo per la *Corporate social responsability*. – 3. ESG come criterio per indirizzare investimenti responsabili. – 4. Conclusioni: il ruolo dello Stato e quello dei privati per il raggiungimento di obiettivi di sostenibilità ambientale e sociale.

1. Se si cerca l'origine dell'espressione *Environmental Social Governance*, nota con l'acronimo ESG si deve fare riferimento al rapporto prodotto nel 2004 da alcune grandi istituzioni finanziarie su sollecitazione delle Nazioni Unite, allora presiedute da Kofi Annan, che mirava a dettare raccomandazioni dell'industria finanziaria per meglio integrare istanze ambientali e sociali nell'attività di *asset management* e di investimento. Il titolo del rapporto chiarisce subito l'approccio: *Who cares wins*[1]. Nel rapporto, peraltro, premesse e possibili punti di arrivo della discussione sono molto chiari. Le istituzioni aderenti sono convinte che in un mondo più competitivo e interconnesso, i temi dell'ambiente, sociali e della *corporate governance* siano cruciali per una gestione di successo delle imprese. In particolare, "*Companies that perform better with regard to these issues can increase shareholder value by, for*

*Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio.

[1] *Who cares wins*, *2004-08 (worldbank.org)*.

example, properly managing risks, anticipating regulatory action or accessing new markets, while at the same time contributing to the sustainable development of the societies in which they operate. Moreover, these issues can have a strong impact on reputation and brands, an increasingly important part of company value".

Le raccomandazioni dirette ad analisti, operatori finanziari, intermediari finanziari, fondi pensione, investitori e regolatori sembrano partire da un assunto classico, quasi banale: anticipare nell'analisi di investimento, e in quella che supporta le scelte di gestione, i cambiamenti climatici e uno sviluppo sociale sostenibile, in un mondo globalizzato e interconnesso dal punto di vista economico, è una scelta vincente dal punto di vista delle imprese. Il perseguimento di questi obiettivi potrà accrescere lo *shareholder value*, ossia quello che, nella teoria tradizionale di diritto societario è l'interesse al profitto e all'incremento di valore dei titoli da parte degli azionisti, considerato anche l'impatto che il modo in cui questi temi saranno affrontati hanno sulla reputazione della società.

Da questo momento in poi l'espressione ha dilagato dallo specifico ambito delle scelte di investimento nei mercati finanziari nel dibattitto scientifico, in sede di riflessione economica e in contesti di riflessione giuridica, e da alcuni anni connota anche provvedimenti regolamentari soprattutto a livello di Unione europea e di regolatori del settore finanziario. La spinta a lavorare in maniera più determinata in tal senso muove, almeno sul versante ambientale, dagli impegni internazionali. Si fa riferimento in primo luogo all'accordo sul clima di Parigi del 2015 volto a favorire basse emissioni di carbonio; secondo questi accordi, confermati nella Coop26 di Glasgow del 2021 i paesi aderenti si sono impegnati ad azzerare le emissioni nette a livello globale entro il 2050 e puntare a limitare l'aumento delle temperature a 1,5° gradi C. Per questo obiettivo, i paesi si sono impegnati in **un** più efficiente e sostenibile utilizzo delle risorse e a favorire la costruzione di un sistema finanziario che supporti la crescita sostenibile (Agenda 2030 delle Nazioni Unite e obiettivi di

sviluppo)[2]. Da un punto di vista ambientale, quindi, esiste un chiaro e puntuale obiettivo quantitativo da raggiungere. Restano molti dubbi sulle conseguenze che derivano, in primo luogo, dalla mancata adesione all'accordo di importanti paesi come Cina e India. Questo fatto inficia la credibilità dell'accordo stesso e la capacità della cosiddetta *soft law di* riuscire, in assenza di un potere sovrano che assicuri l'*enforceability* degli impegni assunti di realizzare gli obiettivi prefissati. La mancata firma di importanti paesi mostra una fase di decadenza del multilateralismo che ha segnato gli ultimi 30 anni supportato dall'incremento degli scambi commerciali mondiali, la delocalizzazione di fasi del processo produttivo o di componenti in paesi diversi da quelli di utilizzo e la globalizzazione della finanza.

Nonostante ciò, l'elenco delle iniziative regolamentari, in senso ampio (incluse autoregolamentazione degli operatori e raccomandazioni di organismi internazionali, europei e nazionali), che fanno riferimento a ESG è molto lungo e fornire una descrizione completa è quasi impossibile. Si citano solo alcuni esempi recenti che riteniamo significativi per capire lo stato dell'arte in questa materia. Per i mercati finanziari anglosassoni la *Business Roundatable's 2019 Statement on Purpose of a Corporation* (BRT Statement) a cui hanno aderito 128 public companies degli Stati Uniti[3] e il *Report on Future of Corporation* pubblicato nel 2021 dalla *British Academy,* la *UK Academy of the Humanities and Social Sciences*[4]. Per l'Europa continentale si ricordano in primo luogo l'agenda politica della Commissione sulla finanza sostenibile. La Commissione, nel 2018 ha approvato il piano d'azione sul finanziamento della crescita sostenibile[5] e lo sviluppo di una rinnovata strategia di finanza sostenibile nel quadro del *Green Deal* europeo e la nuova strategia per il finanziamento della transizione verso un'economia sostenibile. La Commissione sta inoltre coordinando gli sforzi internazionali attraverso la sua piattaforma sulla finanza sostenibile. Nell'ambito di questa azione sono stati definiti anche gli standard europei

[2] *ONU Italia La nuova Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile (unric.org).*
[3] *Business Roundtable.*
[4] *future-of-the-corporation-principles-purposeful-business.pdf (thebritishacademy.ac.uk).*
[5] *Finanza sostenibile: il piano d'azione della Commissione per un'economia più verde e più pulita (europa.eu).*

dei *green bond* (EUGBS)[6].

Nel quadro del *Green Deal* europeo (2019)[7], la Commissione ha annunciato una rinnovata strategia di finanza sostenibile. In questo quadro, la finanza sostenibile ha un ruolo chiave da svolgere nel raggiungimento degli obiettivi politici nell'ambito del *Green Deal* europeo, nonché degli impegni internazionali dell'UE in materia di obiettivi climatici e di sostenibilità. La Commissione ha compiuto progressi in materia di informativa sulla sostenibilità nel settore finanziario (Reg. UE 2019/2088)[8], investimenti sostenibili (c.d. regolamento sulla tassonomia) (Reg. UE 2020/852)[9]; proposta di direttiva, pubblicata il 21 aprile 2021 sul reporting di sostenibilità (*Corporate Sustainability Reporting Directive* – CSRD) che aggiorna la Direttiva UE 2014/95, nota come *Non-financial Reporting Directive* – NFRD[10]; *due diligence* societaria (proposta di Direttiva che modifica la Direttiva UE 2019/1937, pubblicata a febbraio 2022)[11].

Nel luglio 2021, la Commissione europea ha pubblicato una strategia per il finanziamento della transizione a una economia sostenibile (COM/2021/390 final)[12] dopo una consultazione pubblica guidata con il sostegno dell'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA). Sulla scorta di questo piano, l'Autorità bancaria europea (ABE) ha preparato il proprio piano di lavoro e ha individuato le sue priorità chiave, comprese le considerazioni su come incorporare gli ESG nel quadro

[6] *European green bond standard (europa.eu)*.
[7] *A European Green Deal | European Commission (europa.eu)*.
[8] *Regolamento (UE) 2019/2088 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 relativo all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari*.
[9] Regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2020 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088.
[10] La Direttiva 2014/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2014, nota come *Non-financial Reporting Directive* – NFRD, impone la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità da parte di talune imprese e di taluni gruppi di grandi dimensioni è stata recepita in Italia con il Decreto Legislativo n. 254 del 2016, operativo dal 1 gennaio 2017 (le prime rendicontazioni sono state pubblicate nel 2018.
[11] Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937 (Direttiva (UE) 2019/1937 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2019, riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione).
[12] *EUR-Lex - 52021DC0390 - EN - EUR-Lex (europa.eu)*.

normativo e di vigilanza degli enti creditizi dell'UE[13]. L'ESMA ha pubblicato la tabella di marcia per la finanza sostenibile 2022-2024, che presenta numerose iniziative per accrescere la trasparenza degli operatori, per limitare comportamenti di "*greenwhashing*", ma soprattutto per identificare i rischi e le vulnerabilità che possano contrastare con gli obiettivi assegnati all'autorità di protezione degli investitori e di salvaguardia della stabilità finanziaria[14]. La Banca Centrale europea (BCE) focalizza l'attenzione sui rischi climatici, per valutare in che modo i cambiamenti climatici e la transizione verso una società a emissioni zero influiscono sull'economia, in modo da poter rendere conto della loro influenza sul lavoro di banca centrale e di autorità di vigilanza bancaria[15]. Iniziative specifiche sono state assunte anche con riguardo all'acquisto di titoli nell'attuazione di politica monetaria[16].

Da questa rapida carrellata dei principali provvedimenti emergono due elementi di rilievo. In primo luogo, alcune delle iniziative si pongono in linea con un approccio tradizionale di gestione dei rischi d'impresa, di obiettivo di profitto e di rendimenti attesi dagli investimenti. I cambiamenti climatici sono studiati e considerati perché indiscutibilmente fanno emergere nuovi rischi nell'esercizio delle attività economiche che devono essere considerati nella gestione in un'ottica di profitto e rendimento nel medio e lungo termine. Si potrebbe quasi affermare "tanto rumore per nulla". Un bravo manager d'impresa, un bravo contabile, un bravo banchiere deve analizzare i cambiamenti esterni all'attività di impresa che possono avere un impatto sui conti o sulla sana e prudente gestione. Uno di questi cambiamenti esterni è individuabile proprio nella tutela dell'ambiente, considerato che gli studi scientifici sui cambiamenti climatici sul nostro pianeta indicano chiaramente come questi possano avere un impatto non solo sulla vita degli esseri

[13] *https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/About%20Us/Work%20Programme/2022/1021339/EBA%202022%20Annual%20Work%20Programme.pdf*.
[14] *https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/About%20Us/Work%20Programme/2022/1021339/EBA%202022%20Annual%20Work%20Programme.pdf*.
[15] *https://www.ecb.europa.eu/ecb/climate/html/index.en.html*.
[16] *https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2022/html/ecb.pr220704~4f48a72462.en.html*.

umani, ma anche sull'economia. Basti pensare soltanto ai danni da alluvioni molto incrementate negli ultimi anni di frequenza e intensità; un manager che svolge correttamente il proprio lavoro deve inserire queste considerazioni nella gestione. Così anche un banchiere accorto dovrà finanziare le imprese considerando il rischio di mancato rimborso che possa derivare da rischi climatici. Un bravo asset manager deve investire in titoli il cui rendimento non sia messo a repentaglio da fattori climatici che l'impresa emittente non ha considerato, ovvero da politiche pubbliche, che possono stabilire tasse e incentivi per ridurre i rischi climatici, ad esempio in attuazione degli Accordi di Parigi. In questa logica sembrano muoversi le autorità del settore finanziario che abbiamo sopra citato (EBA, ESMA, ECB). Queste ultime studiano i cambiamenti climatici per cercare realizzare al meglio gli obiettivi di politica monetaria, salvaguardia della stabilità finanziaria, protezione degli investitori. Non vi è dubbio quindi che i tentativi di incrementare l'informazione non finanziaria delle società, che faccia riferimento a questi aspetti, sia di grande utilità per una buona gestione delle società, come la costruzione di una seria tassonomia degli investimenti "*green*" passa essere di grande utilità per orientare gli investimenti anche degli operatori finanziari, come i fondi comuni. Peraltro, il dibattito pubblico sul tema e la letteratura scientifica recente sia in campo economico, sia in campo giuridico, supportano un diverso approccio che tende ad orientare le scelte di gestione delle società per azioni, e le scelte di investimento degli operatori professionali a perseguire in maniera diretta obiettivi di tutela ambientale, non solo in quanto strumentale al perseguimento, quanto meno nel lungo periodo, di un interesse al profitto e al rendimento degli investimenti. Si tratta di una scelta che riteniamo distorsiva e inefficace che sta contagiando anche il legislatore europeo come mostrano le previsioni della direttiva europea, nota come "*due diligence*".

In secondo luogo, ci sembra evidente che nonostante si parli in maniera congiunta di ESG, come di un gruppo di obiettivi unitario, la maggior parte delle iniziative si concentra solo sui rischi climatici, quindi sula E di *environmental*, per due

ragioni. In primo luogo, la riflessione su questi temi è più avanzata a causa dell'impatto che i cambiamenti climatici stanno ponendo all'attenzione dello stile di vita conquistato dai cittadini nei paesi occidentali negli ultimi 30 anni. In secondo luogo, per cercare di limitare quest'impatto, come sopra evidenziato, abbiamo concordato su un obiettivo quantitativo condiviso da un numero rilevante di paesi e facile da misurare: aumento della temperatura non superiore a 1,5 gradi nei prossimi anni (discussioni ci sono sui tempi per la realizzazione di quest'obiettivo). Diversamente, la questione del benessere sociale è molto discussa e si basa su concezioni morali che investono una determinata comunità sociale in uno specifico momento storico. Quando si parla di benessere sociale l'idea di un europeo diverge anche da quel che pensa un cittadino statunitense, o un cattolico da un musulmano, per tradizioni culturali, religiose e per altre ragioni politico-sociali. Inoltre, la protezione dell'ambiente può confliggere in molti casi con le esigenze sociali prioritarie in alcuni paesi emergenti. La mancata firma di Cina e India degli accordi di Parigi e il mancato accordo nell'ambito di Coop26 di Glasgow, si può comprendere solo se si ha presente che in questi paesi i governi tendono a preferire l'esigenza di ridurre la povertà (obiettivo sociale non trascurabile) rispetto alla tutela dell'ambiente. D'altro canto, il grado di sviluppo economico e della ricchezza delle società occidentali si basa anche su una industrializzazione accelerata che ha aumentato il grado di inquinamento del pianeta.

Obiettivo di questo paper è dimostrare che non vi è dubbio sull'importanza dei cambiamenti climatici, ma che bisogna sgomberare il campo da due ambiguità che servono solo a coprire le carenze degli Stati nel perseguire questi obiettivi in maniera efficace. La prima è rappresentata dall'idea che i mercati, in particolare, attraverso la *corporate social responsability*, possano dare il contributo fondamentale per il raggiungimento degli obiettivi ambientali. I paragrafi 2 e 3 tendono proprio a mettere in evidenza i limiti di questa strategia regolamentare degli Stati e i possibili effetti distorsivi sul funzionamento dei mercati. La seconda ambiguità è rappresentata proprio dalla sigla ESG rappresentata come obiettivo unitario. Come cercheremo di

dimostrare nel paragrafo 4, si tratta di una sigla ambigua che contiene molte contraddizioni, per cui sarebbe utile concentrarsi solo sul primo obiettivo, specie in una fase storica per cui alcuni eventi epocali hanno condotto alla riduzione del ruolo del multilateralismo.

2. La scelta di affidare alle società per azioni un obiettivo diverso da quello del profitto, che nel dibattito attuale è indentificato con la protezione dell'ambiente e della salute del pianeta terra, è solo apparentemente nuovo. Da pochi anni si parla di ambiente, ma da molti di più si è tentato di affermare che le società per azioni, specie se di grandi dimensioni, debbano perseguire non solo l'interesse al profitto degli azionisti, ma anche interessi di una platea più vasta di soggetti, indicati come *stakeholders*, ossia soggetti interessati alla gestione perché quest'ultima può avere un importante impatto sui loro interessi. Fiumi di parole sono stati spesi sui limiti del capitalismo e su come questo debba essere riorganizzato per tener conto del benessere collettivo[17]. Questo obiettivo è stato riassunto spesso con la formula *corporate social responsability*. Il tema di quale sia l'interesse che le società per azioni devono perseguire è stato dibattuto in varie fasi storiche dagli studiosi del diritto delle società commerciali. Si potrebbe anche dire che il tema dell'interesse sociale o del *corporate purpose* della società è fra i temi più dibattuti nella storia del diritto societario fin dall'emersione del modello della grande società per azioni, considerato che quest'ultima fin dalle sue origini, identificabile con la nascita della compagnia olandese delle Indie orientali e la British East India Company nel 1600, ha sempre rappresentato un fenomeno in cui i profili e gli interessi economici privati si sono intrecciati con interessi generali degli Stati.

L'idea che la gestione delle grandi imprese non sia solo un fatto privato degli azionisti, ossia dei partecipanti al capitale-investitori della società per azioni moderna è risalente. In Europa, ai primi del Novecento, è stata sostenuta la tesi che l'obiettivo

[17] Cfr. per tutti, PORTER, KRAMER, *Creating shared value. How to reinvent capitalism – and unleash a wave of innovation and growth*, in *Harvard business Review*, 2011, p. 4 ss.

dell'efficienza dell'impresa debba prevalere anche sull'interesse dei soci[18]. Si tratta della concezione istituzionalistica dell'interesse sociale che ha origine in Germania negli anni Venti[19]. Fondatore è considerato W. Rathenau[20]; secondo questa teoria l'impresa, considerata uno strumento fondamentale dello sviluppo economico di un Paese, permea l'interesse sociale fino al punto in cui l'oggetto sociale prevale sullo scopo del contratto. Questa concezione ha trovato accoglimento anche in Francia sulla scia del pensiero di Hauriou[21]. Anche la Cassazione nel 1993 [22] definisce l'interesse sociale come interesse istituzionale della società a contenuto patrimoniale, ovvero interesse a che il patrimonio sociale non sia danneggiato dalla delibera assunta dalla maggioranza. Altre tesi istituzionalistiche successive considerano l'interesse sociale come una sintesi dell'interesse dei soci e di altri soggetti, quali i dipendenti, i soci futuri, i creditori[23]. L'ordinamento societario delineato dal codice civile conterrebbe, secondo parte della dottrina, alcuni indizi di una concezione istituzionalistica della società; si tratterebbe dell'art. 2409 c.c. che attribuisce al pubblico ministero il potere di iniziativa a fronte di irregolarità compiute nella gestione da parte di amministratori e sindaci e dell'art. 2377 c.c. nella parte in cui attribuisce ad amministratori e sindaci il potere di impugnare le delibere dell'assemblea illegittime[24].

Queste tesi peraltro in tempi più recenti hanno ridotto la loro capacità di convinzione per lasciare posto alla affermazione delle teorie contrattualistiche dell'interesse sociale. Anche nell'ambito delle teorie contrattualistiche e possibile

[18] MIGNOLI, *L'interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 1958, p. 725 ss.
[19] Per un'ampia ricostruzione di questa teoria e dei suoi sviluppi, sia in Germania, sia negli altri paesi cfr. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964, p. 13 ss.; MIGNOLI, *L'interesse sociale*, cit., pp. 725-763.
[20] RATHENAU, *La realtà della società per azioni. Riflessioni suggerite da un'esperienza degli affari*, in *Riv. soc*., 1960, pp. 912-947, traduzione di un brano del *Die neue Wirtshaft*, pubblicato nel 1917.
[21] HAURIOU, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, Milano, 1967, traduzione di alcuni saggi, pubblicati negli anni Venti, a cura di Widar Cesarini Sforza.
[22] Cass. 11 marzo 1993, n. 2958, in *Società*, 1993, p. 1049 ss.
[23] Per una indagine sistematica di queste tesi vedi PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, in COLOMBO, PORTALE (diretto da), *Trattato della società per azioni*, 3ª ed., Torino, 1993, p. 8 ss.
[24] In tal senso vedi GALGANO, *Le società per azioni. Principi generali*, in SCHLESINGER (diretto da), *Comm. cod. civ. – Art. 2325-2341*, Milano, 1996.

distinguere due distinte linee di pensiero. La prima intende l'interesse sociale come interesse comune dei soci[25]. Anche fra i sostenitori di questa teoria e possibile individuare alcune differenze sull'identificazione dell'interesse comune dei soci e sulla considerazione del diritto di voto del socio, in particolare se si tratti di un diritto-funzione, che deve quindi mirare al conseguimento dell'interesse comune, ovvero possa perseguire interessi particolari con il limite esterno dell'interesse sociale. La seconda linea di pensiero ritiene rilevanti ai sensi degli artt. 2373 e 2441 c.c. una pluralità di interessi, tenuto conto del dibattito fra maggioranza e minoranza[26]. Inoltre, molte critiche sono state avanzate sulla rilevanza degli artt. 2377 e 2409 c.c. a fini ricostruttivi sistematici[27].

D'altro canto, come ci ricorda il libro di Tombari su questi temi, se si ha attenzione alle radici storiche ed ideologiche dell'art. 2247 si nota che il codice civile italiano, a differenza di altri coevi codici, sembra radicare l'interpretazione dell'interesse sociale sulla presenza dello scopo lucrativo[28]. Ci sembra, in altri termini che, almeno nell'ordinamento italiano, fino alle innovazioni di cui parleremo fra poco, l'approccio interpretativo più convincente sia quello che risale all'insegnamento di

[25] In tal senso MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria del conflitto di interessi nella deliberazione dell'assemblea della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1956, p. 434; MIGNOLI, *L'interesse sociale*, cit., p. 725 ss.; MINERVINI, *Sulla tutela dell'interesse sociale nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, I, p. 314; SENA, *Il voto nella assemblea della società per azioni*, Milano, 1961, p. 151; BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, p. 321 ss.

[26] In tal senso vedi JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., p. 201; PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi*, cit., p. 20 ss. In giurisprudenza vedi Cass. 29 maggio 1986, n. 3628, in *Società*, 1986, p. 1087 ss.

[27] In tal senso JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., p. 133 ss.; In merito all'art. 2377 parte degli autori ha affermato che questa disposizione non attribuisce il potere di impugnare le delibere assembleari illegittime ad amministratori e sindaci nell'interesse superiore della società, ma nell'interesse particolare di questi ultimi a non essere responsabili verso i terzi per avere eseguito delibere illegittime. Cfr. sul punto MINERVINI, *Sulla legittimazione degli amministratori all'impugnativa delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, I, p. 214 ss.; FERRI, *Le società*, in *Trattato di dir. civ. italiano*, fondato da F. Vassalli, vol. X, 2ª ed., Torino, 1985, p. 617. Altra parte della dottrina nega la possibilità di impugnazione delle delibere unanimi da parte di amministratori e sindaci (in tal senso JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., p. 171 ss.; PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi*, cit., p. 4, nota 5. Sull'argomento vedi anche ZANARONE, *L'invalidità delle delibere assembleari*, in COLOMBO, PORTALE (diretto da), *Trattato della società per azioni*, 3ª ed., Torino, 1993, p. 260 e ss.).

[28] TOMBARI, *"Poteri" e "interessi" nella grande società per azioni*, Milano, 2019, p. 100 ss.

Mignoli secondo cui le norme poste dal legislatore con scopi pubblicistici in materia societaria rappresentano limiti esterni all'attività dell'imprenditore, che non modificano la natura contrattualistica della società[29], ossia lasciano impregiudicato l'interesse sociale, come interesse «privato»; in particolare, le disposizioni societarie possono solo imporre vincoli all'autorganizzazione per evitare abusi dello strumento societario da parte dei soci in danno di terzi.

Come avviene spesso nella storia delle idee, a volte ritornano. Così dalla fine degli anni Novanta del Novecento il dibattito sull'interesse sociale è tornato al centro del dibattito soprattutto nella dottrina anglosassone che ha contrapposto i sostenitori della primazia degli *shareholders* e coloro che sostengono che le società debbano tutelare gli interessi degli *stakeholder*, ossia farsi carico della tutela di interessi di soggetti diversi dai soci che sono coinvolti nella sua attività, come i dipendenti, i fornitori, i clienti, gli utenti[30]. In Italia la discussione sullo scopo della società si è concentrato soprattutto sul concetto di "*corporate social responsability*"[31].

Nella letteratura anglosassone più di un autore ha iniziato a interrogarsi sul *corporate purpose*, soprattutto sulla validità dell'obiettivo tradizionale societario identificato con lo *shareholder value maximization* (SV). Ci sembra interessante notare che in questi scritti, elaborati in paesi anglosassoni, improntati all'idea liberista dello Stato minimo, che non interviene nel gioco economico, l'attenzione sia sempre rivolta all'interesse della comunità dei soci che, secondo alcuni autori, potrebbe essere diverso da quello dello SV. Non ci sembra, infatti, di trovare questi temi declinati in termini di doveri "sociali" della grande impresa, come avviene nei

[29] MIGNOLI, *L'interesse sociale*, cit., p. 725 ss.

[30] Su questa evoluzione si veda il bel saggio di ricostruzione dell'evoluzione del modello di corporation pubblicato da HANSMANN, KRAAKMANN, *The end of History for corporate law*, Harvard Law School working paper, n. 280 3/2000.

[31] Il dibattito è ben riassunto da ANGELICI, *Divagazioni sulla "responsabilità sociale" d'impresa*, in *Riv. soc.*, 2018, p. 3 ss.; TOMBARI, *Corporate purpose e diritto societario: dalla "supremazia degli interessi dei soci" alla libertà di scelta dello "scopo sociale"?*, in *Riv. soc.*, 2021, pp. 1 ss.; ID., *"Poteri" e "interessi" nella grande società per azioni* cit.; STELLA RICHTER JR., *Long-termism*, in *Riv. soc.*, 2021, p. 16 ss.; DENOZZA, *Lo scopo della società, tra* short-termism *e* stakeholders empowerement, in *Riv. ODC*, 1, 2021, p. 29 ss.

paesi dell'Europa continentale, improntata a sistemi di *Welfare State*[32]. Molti sono gli scritti in materia, ma per ragioni di economia di analisi, ricordiamo solo alcuni dei principali firmati da autori di indiscussa notorietà fra gli studiosi anglosassoni di *corporate law*.

In tal senso, si ricorda il recente scritto di C. Mayer, studioso dell'università di Oxford[33], il quale ritiene che le norme attuali che limitano la possibilità di stabilire un oggetto sociale che vada oltre il successo della società e a beneficio dei propri membri fallisce l'obiettivo di creare prosperità a lungo termine. La legge dovrebbe invece consentire alle società di stabilire un *corporate purpose* che allinei i suoi incentivi con quello della collettività e del pianeta. La tesi, per quanto intellettualmente interessante, parte da un assunto che sembra muovere più da un piano morale, che da dati riscontrabili nel funzionamento delle moderne economie, ossia che le società fanno profitti solo se creano benefici positivi alla società e all'ambiente. Se ci appare idealmente condivisibile che la legge debba cercare di allineare gli incentivi delle società per azioni agli interessi della collettività e del pianeta, riteniamo che quest'obiettivo non possa essere realizzato facendo leva sul *corporate purpose*. Riteniamo più efficace e più lineare che lo Stato imponga obblighi e divieti per allineare gli interessi privati a quelli pubblici; questi ultimi devono rappresentare un limite esterno alle scelte discrezionali assunte dagli amministratori nell'interesse della società e dei suoi azionisti.

Un altro paper interessante e originale[34] che ha sostenuto l'idea di ampliare il concetto di interesse della società per il perseguimento di obiettivi sentiti dalla collettività è quello di Hart e Zingales. Gli autori propongono di sostituire lo "*shareholder value*" con lo "*shareholder welfare maximization*" che ritengono sia più

[32] Per riferimenti agli ordinamenti dell'Europa continentali, soprattutto a quelli francesi e tedesco cfr. TOMBARI, *"Poteri" e "interessi"*, cit., p. 103 ss.
[33] MAYER, *What is Wrong with Corporate Law? The Purpose of Law and the Law of Purpose*, Ecgi, Law Working Paper n. 649/2022, giugno 1922.
[34] HART, ZINGALES, *The new corporate Governance*, Ecgi, Law Working Paper n. 640/2022, aprile 2022.

idoneo a spiegare l'incremento dell'impegno dei soci in problematiche ambientali e sociali; di conseguenza, in una fase storica in cui le giovani generazioni sono sensibili ai problemi sociali, lo *shareholder welfare maximization* appare ai loro occhi un obiettivo societario appropriato. La tesi non sembra proporre un mutamento radicale del concetto di *corporate purpose* ma si limita a sostenere che laddove gli investitori si dichiarino a favore del perseguimento di obiettivi sociale, questo appare plausibilmente realizzabile, nei limiti in cui comporta un vantaggio comparativo alla stessa corporation. Anche questa tesi ci sembra poco convincente. Uno degli esempi che gli autori indicano è il caso dell'iniziativa di alcuni azionisti della *Walmart* di bloccare la vendita delle armi che era stata considerata illegittima dalla *Security Exchange Commission* perché entrava nel merito delle scelte di ordinaria gestione rimesse alla competenza degli amministratori. D'altro canto, se si studiano le proposte avanzate dagli azionisti negli ultimi anni si trovano anche soluzioni piuttosto originali. Traiamo alcuni esempi utili da una survey dell'Economist del 2018[35]. Secondo quest'articolo, un'analisi di *Institutional Shareholder Services* (*ISS*), una società di *proxy advisory* statunitense, che fornisce consulenza ai gestori di fondi su come votare, ha rilevato che delle 459 proposte degli azionisti presentate nell'anno, molte rientravano in pochi titoli: trasparenza sulla spesa politica, il cambiamento climatico, la diversità razziale e di genere e la retribuzione. Ma questo non cattura la gamma e la creatività delle proposte. Ad esempio, le Suore di San Francesco di Filadelfia, hanno ottenuto una proposta per il ballottaggio presso *AmerisourceBergan*, uno dei maggiori distributori farmaceutici d'America. Richiedendo maggiore trasparenza sulla vendita di oppioidi, ha ottenuto il 41% dei voti. Il Centro interreligioso sulla responsabilità d'impresa, un gruppo di sindacati, fondi pensione, gruppi religiosi e gestori patrimoniali autodefiniti "socialmente responsabili", ha pubblicato una guida alle 266 proposte avanzate dai suoi membri nel 2018. Una proposta chiedeva che Amazon esaminasse come ridurre gli sprechi

[35] The Economist, *The proxy-voting season kicks off on Walla Street*. A*ctivists are using shareholders votes to promote social agendas*, 14 aprile 2018.

alimentari. Un'altra chiedeva che *Bristol-Myers* considerasse come incorporare le preoccupazioni del pubblico sui farmaci costosi nella retribuzione dei dirigenti. Una terza proposta chiedeva che *Goldman Sachs* e *Citigroup* indicassero come evitare la violazione dei diritti delle popolazioni indigene le cui terre potrebbero essere attraversate da oleodotti. Come si fa a valutare la legittimità di queste proposte ai sensi della tesi della *shareholder welfare maximization*?

Hart e Zingales sostengono che la SEC dovrebbe adottare un diverso approccio interpretativo consentendo tutte le proposte che possono portare un vantaggio comparativo alle società. Questa strada ci sembra molto stretta e implica valutazioni discrezionali delle autorità amministrative sulla gestione delle società che, nonostante le buone intenzioni che possiamo personalmente condividere (la limitazione della vendita delle armi), contrastano con i principi delle economie di mercato. Se vogliamo ridurre la vendita delle armi è il congresso americano che deve assumere la responsabilità politica di vietarle.

Inoltre, entrambe le proposte ora citate rappresentano tentativi teorici di individuare come obiettivo della moderna società per azioni qualcosa di leggermente, ma non troppo diverso dallo SV che a nostro avviso presentano non poche incoerenze e punti di debolezza, come sopra indicato che ne rendono la concreta applicazione nelle moderne economie molto difficile. D'altro canto, come altri studiosi statunitensi dimostrano che la tesi di sostituire l'*Enlightened Shareholder Value* (ESV) allo *shareholder value maximization (SV)* nella migliore delle ipotesi non creerà valore, né produrrà danni. Ci sembra, in altri termini di condividere la posizione affermata da Bebchuk, Kastiel e Tallarita che considerano che l'idea della "*win-win situation*" sia una illusione; in realtà, gli amministratori di società si trovano spesso davanti a un *trade-off* tra gli interessi degli azionisti e quelli degli *stakeholders*[36].

Pensiamo che lo stesso tipo criticità caratterizzino anche l'iniziativa del Codice di *Corporate governance* delle società quotate italiane, come modificato nel gennaio

[36] BEBCHUK, KASTIEL, TALLARITA, *Does enlightened shareholder value add value?*, Discussion Paper n. 1077, *Harvard John M. Olin Discussion paper series*, 5/2022.

2020. Nel definire il ruolo dell'organo amministrativo della società, il Codice stabilisce che esso deve guidare "(…) la società perseguendone il successo sostenibile", inteso come "l'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 *stakeholder* rilevanti per la società". Il successo sostenibile rileva anche nella determinazione delle remunerazioni degli amministratori e del funzionamento del sistema di controllo interno e di gestione del rischio. Si tratta di formule vaghe, che presentano margini di ambiguità che non sono idonee a tradursi in regole operative e meccanismi precettivi[37]; nella migliore delle ipotesi esse possono servire solo a ribadire un concetto tradizionalmente considerato implicito in quello dell'interesse al profitto, ossia che quest'ultimo è garantito solo da politiche gestionali che considerino i rischi e dei costi a medio-lungo termine in cui la società può incorrere a causa dei vincoli che gli Stati potranno imporre per perseguire obiettivi della collettività, come la preservazione del pianeta.

D'altro canto, i dati statistici raccolti da alcuni autori statunitensi dimostrano che anche il tentativo, citato nel paragrafo introduttivo, *Business Roundtable's* del 2019 di ampliare l'ambito del "*corporate purpose*" a quello dell'ESV, a cui hanno aderito molte società anglosassoni, è rimasto un impegno solo sulla carta e non si è tradotto in alcuna politica gestionale delle grandi imprese diversa da quelle tradizionali di perseguimento del profitto[38]. Gli autori dopo aver esaminato i documenti di 128 U.S. public company che hanno aderito alla dichiarazione al *Business Roundtable's* del 2019 sul "*corporate purpose*" hanno riscontrato che dopo due anni la maggior parte delle società avevano adottato linee guida e prevedevano clausole statutarie che riflettevano la primazia dello *shareholder value*.

Se l'elaborazione teorica dell'idea di attribuire alla società per azioni un obiettivo diverso dal profitto sembra in affanno e presenta molti punti di debolezza,

[37] STELLA RICHTER, *Profili attuali dell'amministrazione delle società quotate*, in *Giur. Comm.*, 3, 2021, pp. 422 ss.
[38] BEBCHUK, TALLARITA, *Will corporations deliver value to alla stakeholders?*, in Discussion Paper n. 1078, *Harvard John M. Olin Discussion paper series*, 5/2022.

negli ultimi anni le spinte per allineare gli interessi della società per azioni con quelli della collettività, con particolare attenzione a quelli ambientali sono state portate avanti dagli Stati attraverso alcune iniziative normative.

Il concetto di sostenibilità nella gestione delle società per azioni assume rilevanza anche più di recente in testi normativi (ossia a differenza del codice di autoregolamentazione delle società quotate, in norme con carattere prescrittivo) nella proposta di direttiva sulla *Corporate Sustainability due diligence* pubblicata nel febbraio 2022 dalla Commissione europea (EU) 2019/1937) che si indirizza alle grandi società per azioni con più di 500 addetti e un fatturato superiore a 150 milioni di euro, ovvero alle società che operano in mercati ad alto impatto ambientale con più di 250 addetti e 40 milioni di fatturato.

A differenza del codice di autoregolamentazione delle società italiane, che contiene formule non idonee a tradursi in regole operative e meccanismi precettivi, la direttiva stabilisce obblighi, controlli e responsabilità. La direttiva all'art. 1 precisa che essa stabilisce norme in materia di "obblighi rispetto agli impatti negativi sui diritti umani e agli impatti ambientali negativi, siano essi effettivi o potenziali, che incombono alle società nell'ambito delle loro attività" e "responsabilità per le loro violazioni". Anche in questo caso, peraltro ci sembra che restano margini di ambiguità che possono rendere le disposizioni poco efficaci per realizzare gli obiettivi declamati. Spetta alle società individuare gli impatti negativi sopra delineati, stabilire "misure adeguate" per prevenirli e "arrestarli". La legge si limita a fare alcuni esempi di misure adeguate, come ad esempio l'interruzione dei rapporti commerciali con soggetti che non rispettino i diritti umani. Con riguardo alla lotta ai cambiamenti climatici, la direttiva è ancora più puntuale e impone agli Stati membri di provvedere a che ciascuna società (che ricade nel perimetro di applicazione delle disposizioni in commento) "adotti un piano atto a garantire che il modello di business e la strategia aziendale perseguiti siano compatibili con la transizione a un'economia sostenibile e con la limitazione del riscaldamento globale a 1,5° C in conformità dell'accordo di

Parigi. Il piano indica in particolare, sulla base delle informazioni di cui la società può ragionevolmente disporre, la misura in cui i cambiamenti climatici rappresentano un rischio per le attività della società ovvero un loro possibile impatto. Gli Stati membri inoltre devono provvedere a che la società includa nel piano obiettivi di riduzione delle emissioni se i cambiamenti climatici sono indicati, o avrebbero dovuto essere indicati, come rischio primario per le attività che svolge o come loro impatto primario. Sono quindi previsti meccanismi di controllo da parte di autorità nazionali e anche possibili sanzioni.

La direttiva si muove su un piano diverso dai codici di autoregolamentazione delle società perché impone obblighi organizzativi e "scrive" in parte gli obiettivi e le strategie aziendali. Si tratta di una strada decisamente più efficace nel perseguimento degli obiettivi di sostenibilità sociale e, soprattutto ambientale. Restano fermi i grandi margini di discrezionalità nel perseguimento degli obiettivi. La limitazione del riscaldamento globale a 1,5° C riguarda il pianeta; quale è il piano della singola azienda compatibile con questo obiettivo su scala planetaria? Certamente queste regole rappresentano un limite esterno alle scelte gestionali; a differenza delle teorie che vogliono inserire nell'interesse sociale il perseguimento di obiettivi di sostenibilità ambientale e sociale. Si potrebbe ritenere quindi che la direttiva non si discosti troppo dagli approcci tradizionali del legislatore nel rapporto tra Stato e mercato. Le società devono svolgere le loro attività mirando al profitto, ma nel rispetto delle "regole del gioco" ossia di quelle norme che lo Stato impone per il perseguimento di valori e interessi della collettività.

Mi sembra peraltro che quest'approccio risponda a una situazione a mio avviso sub-ottimale in cui gli Stati moderni che non sono in grado di perseguire adeguatamente, ovvero non hanno risorse sufficienti per perseguire esigenze di tutela ambientale e sociale cercano di traslare l'onere sulle imprese attraverso atti

normativi in senso proprio[39].

Non dubito che le scelte e le attività delle grandi imprese, al pari di organi altro attore importante nelle moderne società, abbiano un impatto rilevante sul benessere sociale. In questo scritto, peraltro, cerco di dimostrare che è un errore attribuire l'onere, ma anche il potere, di effettuare scelte "politiche" che spettano solo agli Stati e ai Governi che li rappresentano. Il solo ruolo politico che le imprese devono giocare deve rimanere confinato ad attività di lobbying per influenzare le scelte del decisore politico, nel rispetto di stringenti obblighi di trasparenza[40].

3. L'impegno degli investitori istituzionali nel perseguimento di politiche di EGS rappresenta un elemento cruciale per cercare di comprendere il possibile successo di queste politiche. Il mercato statunitense, come quello europeo infatti è connotato da alcuni grandi *asset managers* che gestiscono fondi come BlackRock, Vanguard e State Street (i c.d. Tre Giganti) molto grandi in termini di partecipazioni al capitale di società quotate in molti mercati statunitensi ed europei[41]. Nonostante, il modello di business di questi fondi sia tendenzialmente "passivo", poiché si tratta di fondi cd indicizzati, ossia che investono in titoli che compongono un indice, come S&P 500, e variano la composizione del portafoglio alla composizione dell'indice, hanno iniziato negli ultimi anni ad avviare pratiche di c.d. *engagement* con gli amministratori delle società per incrementarne il valore, al pari di ciò che fanno fondi più marcatamente speculativi. D'altro canto, la c.d. direttiva *shareholders rights* II (Direttiva UE

[39] TOMBARI, *"Potere" e "interessi"*, *cit.*, p. 1, "in un momento nel quale gli Stati nazionali faticano a perseguire le proprie politiche di *welfare* ed a fornire adeguate risposte alle richieste di 'beni comuni' emerge con forza la richiesta di un ruolo 'sociale' della grande impresa".

[40] Come sottolinea STELLA RICHTER, *Profili attuali dell'amministrazione*, cit., p. 420, il quale analizza in maniera critica il ruolo della *corporate social responsability* e le sue possibili conseguenze, giungendo ad affermare che "È questa una delle manifestazioni più evidenti di quella che viene chiamata 'post-democrazia'. La politica non è più nelle istituzioni democratiche. Queste continuano bensì a esistere, ma le decisioni sono, quantomeno, tendono ad essere prese altrove".

[41] BEBCHUK, HIRST, *The Specter of the Giant Three*, in *Boston Un. Law Review*, 2019, pp. 721-741.

2017/828, che ha modificato la Direttiva 2007/36/CE – SHRDII)[42], ha affidato agli investitori istituzionali il compito nel monitorare la condotta degli amministratori e di esercitare i propri diritti sociali (*engagement*) al fine di assicurare una crescita di valore delle azioni equilibrata e sostenibile nel lungo periodo. Le strade percorribili a tal fine sono il voto in assemblea ovvero il dialogo diretto con gli amministratori. Uno studio condotto sul mercato europeo nel 2022[43] mostra un'attività degli investitori istituzionali molto ridotta in termini di impegno in sede assembleare, come richiesto dalla SHRD II, anche in funzione dei meccanismi che i grandi fondi utilizzano per assumere le decisioni su come votare in assemblea. Analizzando proprio il comportamento dei Tre Giganti, l'autore dimostra che, operando con *staff* numericamente limitati, questi investitori hanno difficoltà ad analizzare ogni singola proposta al fine di esercitare conseguentemente il diritto di voto. Essi ricorrono ai servizi di ricerca forniti da *proxy advisory firms* oppure facendo affidamento a indicazioni generali, decise a livello centralizzato dall'*asset manager* (c.d. *voting and engagements principles*). Diversamente, lo studio rivela che gli investitori istituzionali hanno preferito la strada del dialogo diretto con gli amministratori, proponendosi in questa maniera di esercitare una *stewardship* importante al fine di favorire progressi delle società in cui hanno investito in termini di cambiamento climatico, diritti umani, ed altri temi rientranti nella sigla EGS. Esempio importante a tal fine, è rappresentato dallo spazio che il tema della sostenibilità ha avuto nelle lettere di Larry Fink, CEO di Blackrock, ai *managers* delle società in cui i fondi facenti capo a questa società di *asset management* hanno investito. L'approccio di queste lettere peraltro sembra seguire un approccio tradizionale di perseguimento di rendimento dell'investimento. Viene in più punti sottolineato che il mercato dei titoli *green* è sempre più vasto e che le imprese che non procedessero a riconversione dei processi industriali inquinanti sopporterebbero un serio rischio imprenditoriale, quanto meno nel lungo termine, a

[42] ALVARO, MAUGERI, STRAMPELLI, *Investitori istituzionali*, *governo societario e codici di* stewardship. *Problemi e prospettive*, Quaderni di ricerca giuridica, Consob, gennaio 2019.
[43] FELICETTI, *Gli Obblighi di trasparenza degli investitori istituzionali in materia ambientale e sociale: un cortocircuito logico?*, in *Columbia Journal of European Law*, 2022, 28.3, *forthcoming*.

causa delle politiche pubbliche tese al perseguimento di obiettivi di tutela ambientale. Come esplicitato nella lettera del 2022, *Larry Fink* afferma "*We focus on sustainability not because we're environmentalists, but because we are capitalists and fiduciaries to our clients*"[44].

Inoltre, sul piano operativo lo strumento delle deleghe di voto non appare semplice da utilizzare. È molto difficile per un grande *asset manager* soddisfare le aspettative contrastanti dei suoi investitori a monte, alcuni dei quali vogliono muoversi molto rapidamente su ESG e altri no. Sempre *BlackRock* ha messo in piedi delle politiche per facilitare la scelta di voto da parte dei propri clienti. Esso consente ai clienti istituzionali di avere più scelta nel voto dando specifiche indicazioni ovvero scegliendo da un menù di politiche di delega; si tratta, peraltro, si tratta di tentativi che presentano molteplici difficoltà operative. Bisogna considerare le difficoltà tecniche di votare in maniera coerente a fronte di interessi diversificati dei soggetti che hanno affidato i loro soldi agli investitori istituzionali; non è detto che tutti questi soggetti siano a favore di politiche ambientali di riduzione dell'inquinamento.

In realtà, le scelte degli investitori istituzionali appaiono coerenti con le difficoltà sul piano legale di perseguire politiche di voto su argomenti che possano non essere "*material*" rispetto all'oggetto sociale della società e più in generale che possano contrastare con l'obiettivo di accrescimento del rendimento dell'investimento, almeno nel breve periodo; le politiche che accrescono il valore degli investimenti nel lungo periodo sono difficili da valutare.

4. Secondo i sostenitori dello *stakeholder capitalism* non è giusto che le grandi *companies* possano perseguire solo il loro egoistico interesse al profitto a fronte del beneficio della responsabilità limitata concesso loro dal legislatore. Anche per questo motivo esse sarebbero tenute a considerare gli interessi della collettività nello svolgimento della loro attività. La lettura della responsabilità limitata come beneficio

[44] Larry Fink's 2022 letter to CEOs, *The power of capitalism*, in *https://www.blackrock.com/corporate/investor-relations/larry-fink-ceo-letter*.

deriva dall'origine storica dell'istituto come "concessione del sovrano" per le iniziative economiche che richiedevano ingenti capitali, come quelli necessari per lo sfruttamento delle colonie, di cui difficilmente disponeva un singolo. La responsabilità limitata consentiva di frazionare il rischio dell'investimento fra più soggetti, così da reperire più facilmente le ingenti risorse necessarie. Considerarlo oggi un beneficio, a fronte del quale esistono doveri verso la collettività, rappresenta una lettura moralistica e non corretta delle moderne strutture del mercato dei capitali. Inoltre, l'idea di affidare ai managers delle società per azioni il compito di perseguire obiettivi sociali o della collettività contraddice uno dei punti fondanti delle democrazie moderne. La scelta degli obiettivi che una determinata società intende perseguire in un determinato momento storico è affidata nelle moderne democrazie ai parlamenti e ai governi eletti secondo le regole costituzionali scelte da ciascun ordinamento. Demandarne la individuazione o le modalità per perseguirli a soggetti privati, fra l'altro dotati di un potere di mercato, che non gli deriva da una legittimazione democratica appare in contraddizione con i principi fondanti della democrazia. Nonostante in un determinato momento storico ci possa sembrare che la tutela dell'ambiente o evitare le discriminazioni siano cose buone e giuste sul piano morale, il piano morale non va mai confuso con il piano dei fondamenti costituzionali.

È compito dello Stato il perseguimento di obiettivi di sostenibilità ambientale e sociale. Come abbiamo inoltre cercato di dimostrare nei precedenti paragrafi, affermare che non esiste un compromesso tra la massimizzazione dei profitti e l'investimento ecologico, sembra improbabile fintanto che le esternalità create dalle aziende inquinanti sono legali e non tassate. Finora le politiche pubbliche dello Stato hanno reso più conveniente inquinare che cambiare[45]. Queste politiche devono cambiare se vogliamo raggiungere gli obiettivi di riduzione dell'inquinamento.

I governi e i parlamenti devono scegliere su chi ricade il costo del costo della riconversione industriale o sulle sovvenzioni che si vogliono dare per queste, come

[45] SIGNORINI, *Scelte per lo sviluppo sostenibile, tra emergenza e transizione*, Intervento Centesimus annus Pro Pontefice, 11 giugno 2022, in *https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-direttorio/int-dir-2022/SIGNORINI-11-giugno-2022.pdf*.

finanziare le sovvenzioni, se a carico della fiscalità generale e quindi della collettività, ovvero se a carico di specifici soggetti, come avvenuto nel recente caso della tassazione degli extraprofitti delle società energetiche. Inoltre, in molte situazioni il perseguimento di politiche ambientali ha costi sociali elevati, come evidente nel caso della chiusura di miniere di carbone o di altre attività industriali altamente inquinanti. La chiusura ha impatti rilevanti sui livelli occupazionali del territorio in cui queste industrie sono insediate. L'esempio dell'ILVA di Taranto in Italia è emblematico.

Così pure è compito di governo e parlamento scegliere gli obiettivi sociali che si intendono perseguire nel quadro dei principi costituzionali e gli strumenti più adatti a perseguirli che potranno essere legittimamente diversi a seconda della colorazione politica del governo in carica. D'altro canto, se fra gli azionisti di rilievo ci sono gruppi estremisti di destra contrari alle politiche ambientaliste e a quelle per le riduzioni delle discriminazioni, lo *stakeholder capitalism* potrebbe produrre risultati paradossali, almeno agli occhi di progressisti e ambientalisti. Le imprese sono tenute invece a rispettare in maniera rigorosa le norme che lo Stato stabilisce a tutela di obiettivi sociali. Non servono roboanti dichiarazioni di contrasto allo sfruttamento del lavoro minorile nei paesi dove le imprese hanno delocalizzato parte del processo produttivo, ma il rispetto rigoroso da parte delle stesse delle norme sulla sicurezza sul lavoro stabilite dallo Stato italiano.

In conclusione, concordiamo con quanto sostenuto da *Vivek Ramaswamy* sull'*Economist* del 14 settembre 2022 "*Stakeholder capitalism poisons democracy*".

Concetta Brescia Morra

Ordinario di Diritto dell'economia

nell'Università degli Studi di Roma Tre

SOSTENIBILITÀ E "DIRITTO DEI PRIVATI".
IL CASO DEI CONTRATTI SOSTENIBILI NEL SETTORE TURISTICO *

(*Sustainability and private autonomy.*
The case of sustainable tourism contract in Tourism Market Sector)

ABSTRACT: *The paper offers a reinterpretation of the principle of sustainability, present in national and EU legislation, through a bottom-up approach in the process of self-regulation and private autonomy. There are examples of green clauses in tourism supply chain contracts where the phenomenon has a particular implementation taking into account the impact of tourism on environmental and social sustainability as well as the tourist's sensitivity to advertising claims that evoke the green nature of the offer. Therefore, criticalities of the phenomenon are identified due to the risk for the market of an abusive use of the terms "green", "sustainable" and the like, drawing attention to the need to identify quantitative indices that allow an objectification and control of the contents of advertising statements.*

SOMMARIO: 1. Premessa: la dimensione giuridica della sostenibilità. – 2. Misurare la sostenibilità? – 3. Contratti tra privati orientati alla sostenibilità. Il fenomeno dei contratti sostenibili nel turismo. – 4. Conclusioni.

1. L'idea di sostenibilità nel senso di sviluppo sostenibile, ovvero di una produttività che si coniuga con istanze sociali e ambientali rispettose dei bisogni delle generazioni future, ha da tempo acquisito una rilevanza giuridica[1].

*Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio.

[1] PERLINGIERI, *«Sostenibilità», ordinamento giuridico e «retorica dei diritti». A margine di un recente libro*, in *Foro nap.*, 2020, p. 101 ss. Il principio dello sviluppo sostenibile ha trovato applicazione nella giurisprudenza amministrativa avuto particolare riguardo alle procedure di VIA (valutazione di impatto ambientale) e VAS (valutazione ambientale strategica) ovvero a quelle procedure, disciplinate a livello nazionale nel codice dell'ambiente, di valutazione in materia ambientale finalizzate alla piena realizzazione di detto principio. "La valutazione ambientale strategica

Nell'ordinamento italo-comunitario si rinviene una dimensione prescrittiva della sostenibilità leggibile primariamente negli artt. 3 e 21 TUE, 11 TFUE, 37 Carta UE che impongono obblighi agli Stati membri di permettere lo sviluppo del presente senza pregiudicare il futuro, norme che ispirano anche il nostro codice dell'ambiente d.lgs. 152/2006 (ca ora in poi c.a.)[2].

A livello di diritto unionale ricordiamo la nuova strategia dell'UE sull'adattamento ai cambiamenti climatici (COM/2021/82 final). Questa strategia afferma che, nel 2050, l'UE sarà una società resiliente al clima e pienamente adattata agli impatti inevitabili dei cambiamenti climatici. Non dimentichiamo come a livello di diritto unionale si sia intervenuti, proprio nel senso di dare concretezza applicativa al concetto di sostenibilità, disegnando la tassonomia degli interventi in chiave di sostenibilità di cui all'art. 17 del regolamento 2020/852/UE (c.d. regolamento tassonomia, attinente all'istituzione di un quadro che favorisca gli investimenti ecosostenibili). Il 23 febbraio 2022 la Commissione Europea ha poi pubblicato la

(v.a.s.) è la valutazione delle conseguenze ambientali di piani e programmi al fine ultimo di assicurare lo sviluppo sostenibile del territorio sotto il profilo ambientale: si tratta, dunque, di un passaggio endoprocedimentale della pianificazione, concretantesi nella espressione di un parere che riflette la *verifica di sostenibilità ambientale della pianificazione stessa*. Si tratta, in quanto tale, di una procedura finalizzata precipuamente a mettere in rilievo le possibili cause di un degrado ambientale derivante dall'adozione di piani e programmi interessanti il territorio, introdotta dalla direttiva comunitaria 2001/42/ Ce che prevede, appunto, la sua applicazione a piani e programmi produttivi di effetti significativi sull'ambiente. Stante, poi, l'appartenenza alla competenza esclusiva dello Stato della materia relativa alla "tutela dell'ambiente", ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. s), Cost., il legislatore nazionale ha approntato a proposito della v.a.s. un'organica disciplina con il d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 (c.d. t.u. ambientale)": così Corte giustizia UE, in 11 settembre 2012, n. 43, Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias e altro, in *Diritto e Giustizia online* 2012, 12 settembre.

[2] PENNASILICO, *Economia circolare e diritto: ripensare la "sostenibilità*", in *Persona e Mercato*, 2021, p. 714. Si veda anche VOIGT, *The principle of sustainable development. Integration and ecological integrity*, in ID. (ed.), *Rule of Law for Nature. New Dimensions and Ideas in Environmental Law*, Cambridge, 2013, p. 146 ss.; ALOGNA, *La circolazione del modello di sviluppo sostenibile. Prospettive di diritto comparato per un percorso multidirezionale*, in CERRINA FERONI ET AL. (a cura di), *Ambiente, energia, alimentazione. Modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile*, t. I, in *Cesifin.it*, 2016, p. 145 ss.; FASANARO, *Sviluppo sostenibile e storia internazionale: riflessioni storiografiche, problemi metodologici e visioni politiche*, in MERLATI, VIGNATI (a cura di), *Una storia, tante storie. Studi di storia internazionale*, Milano, 2019, p. 255 ss.; ROSSI, *Dallo sviluppo sostenibile all'ambiente per lo sviluppo*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 1, 2020, p. 4 ss.; VETTORI, *Verso una società sostenibile*, in *Pers. merc.*, 2021, p. 463 ss.

proposta di Direttiva in materia di "*Corporate Sustainability Due Diligence*" in risposta alla risoluzione del Parlamento Europeo di marzo 2021. La direttiva costituisce un dovere di *due diligence* ordinato a considerare la sostenibilità ambientale e sociale all'interno delle imprese che dovranno implementare sistemi e processi al fine di identificare, prevenire e mitigare i possibili rischi sui temi ambientali e dei diritti umani nella loro catena di fornitura mirando agli obbiettivi di sviluppo sostenibile in Europa con una maggiore trasparenza verso gli *stakeholders*. Si prevede inoltre il dovere per le aziende di adottare anche misure e soluzioni contrattuali di sostenibilità con i partner commerciali[3].

Da tempo inoltre la dottrina ha rinvenuto nell'art. 3 *quater* del codice dell'ambiente (d.lgs. 152/06 da ora in poi c.a.) il dovere che ogni attività umana si conformi al principio dello sviluppo sostenibile "affinché 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 per il futuro". Si nota come per tal via si giunga ad una "concezione aperta della solidarietà costituzionale" di cui all'art. 3 Cost. che "consente di riconoscere doveri di solidarietà ambientale a carico di tutti i consociati"[4]. Del resto giudizi di valore sull'attività economica dei privati orientati a renderla funzionale alla preservazione dell'ambiente già potevano desumersi dalla nostra Carta Costituzionale e in particolare dagli artt. 2, 4, 9, 32, 41 Cost.[5] nonché dal principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. da leggersi anche

[3] RABITTI, *Regolazione, contratto e diritti fondamentali*, relazione al convegno Pisa 24 giugno 2022 L'ecosistema del mercato europeo tra diritto e innovazione.

[4] L'espressione tra virgolette è di PENNASILICO, *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, 2014, p. 13. Dello stesso autore si veda anche *Contratto e uso responsabile delle risorse naturali*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2014, p. 754; Si ricordano inoltre i contributi di LENER, *Ecologia, persona, solidarietà: un nuovo ruolo del diritto civile*, in LIPARI (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Roma-Bari, 1974, p. 333; PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, Padova, 1979; PERLINGIERI, *I diritti umani come base dello sviluppo sostenibile. Aspetti giuridici e sociologici*, in *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 71 ss.

[5] Cfr. PENNASILICO, *Contratto e uso responsabile delle risorse naturali*, cit., p. 754.

come utilizzo razionale delle risorse naturali[6].

Il quadro normativo internazionale è stato da ultimo ridisegnato dall'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, adottata il 25 settembre 2015 in occasione della 70ª Assemblea generale delle Nazioni Unite (Risoluzione NU A/RES/70/1). L'agenda è un impegno a sradicare la povertà e raggiungere uno sviluppo sostenibile entro il 2030 in tutto il mondo. Comprende 17 obiettivi e 169 obiettivi.

I ricercatori hanno raggiunto diversi risultati per quanto riguarda l'attuazione delle finalità espresse nel concetto di turismo sostenibile: compatibilità ambientale, promozione della conservazione della natura e benefici per la popolazione locale.

La dimensione giuridica della sostenibilità, con particolare riguardo agli interventi UE e NU da ultimo ricordati, risulta fondata su *policy* di incentivo a condotte dei privati in senso sostenibile piuttosto che di creazione di obblighi alla sostenibilità. Si va così acquisendo una strategia regolatoria sempre più bottom-up anziché *top-down*. Si tratta di una terminologia propria dei sistemi finanziari e nella teoria del *management* che si riferisce a metodologie di *decision making* che assegnano maggiori responsabilità ai vertici (*top-down*) o alla base (*bottom-up*). In ambito giuridico vuol dire che la regola è dettata dagli organi di vertice della istituzione espressione della funzione legislativa, nel caso dell'approccio *top-down*, o viceversa con la partecipazione alla creazione dell'ordinamento della *societas*, nel caso dell'approccio *bottom-up*.

In linea con tale orientamento mettiamo in luce che la sostenibilità è penetrata nel diritto dei contratti attraverso prassi che possono dirsi ispirate ai suddetti valori in attuazione del principio di sussidiarietà.

Nei contratti di *franchising*, ad esempio è possibile che sia richiesto all'affiliato di adeguarsi a standard di ecosostenibilità; nei contratti di fornitura tra imprese è

[6] PENNASILICO, in *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., p. 161 e prima LIBERTINI, *La responsabilità d'impresa e l'ambiente*, in *La responsabilità dell'impresa*, Convegno per i trent'anni di *Giurisprudenza commerciale*, Bologna, 8-9 ottobre 2004, Milano, 2006, p. 199 ss.

possibile che il fornitore si impegni a realizzare i propri prodotti secondo standard di produzione ispirati a criteri di sostenibilità (questo in linea in particolare con la soprarichiamata proposta di direttiva sulla *Corporate Sustainability Due Diligence*); nelle associazioni di professionisti e di imprese gli associati si impegnano spesso ad operare nel rispetto di siffatti standard[7].

I contratti tra privati divengono così veicolo di istanze sociali e strumento di salvaguardia di interessi generali.

Manca, come avremo modo di vedere nei prossimi paragrafi, un'idea ben definita di cosa debba intendersi per sostenibilità e delle regole di condotta in cui si declina tale concetto. Gli stessi interventi volti a creare una tassonomia, sono in definitiva orientati primariamente a identificare obbiettivi piuttosto che contenuti.

Si tratta, al riguardo, di riflettere sulle potenzialità ordinanti della indeterminatezza dei principi al fine di stabilire se sia necessario individuare regole di condotta qualificabili come ecosostenibili o se l'indeterminatezza, propria della normazione per principi, non rappresenti un vantaggio aprendo alla possibilità di un bilanciamento in concreto degli interessi in gioco[8]. È vero che pare possibile

[7] Avevamo già messo in luce il fenomeno nel nostro *Travel and Tourism Contracts*, in *Book Series The Power of Law directed by G. Alpa*, Antezza, 2013, p. 151 ss. Il saggio riprende in parte il nostro saggio *Clausole di sostenibilità nei contratti tra privati. Problemi e riflessioni*, in *Dir.pubbl*., 2015, pp. 611-636. Sul punto v. anche PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto*, in *Studi in onore di Grasso*, in corso di pubblicazione.

[8] Sul punto PENNASILICO, in *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., p. 27. È consolidata l'affermazione che i principi a differenza delle norme avrebbero un contenuto indeterminato che lascerebbe spazio all'interpretazione dei giudici: DWORKING, *The Model of Rules*, in *Taking the Rights Seriously*, Cambridge, 1977, p. 14 ss.; GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt. dir.civ. comm. Cicu-Messineo*, continuato da L. Mengoni, Milano, 1998, p. 272 ss.; ALEXY, *Concetto e validità del diritto* (1992), Torino, 1997, p. 129 ss.; RAZ, *Legal Principles and the Limits of Law*, in *Yale Law Journal*, 1972, p. 823 ss.; PINTORE, *Norme e principi, una critica a Dworking*, Milano, 1982, p. 19 ss.; COMANDUCCI, *Principi e indeterminazione del diritto* (1997), in ID., *Assaggi di metaetica a due*, Torino, 1998, p. 81 ss.; PINO, *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2011, p. 75 ss.; SCARPELLI, *Dalla legge al codice, dal codice ai principi*, in *Rivista di filosofia*, 1987, pp. 3 ss.; FALZEA, *I principi generali del diritto* (1991), in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. I, Milano, 1999, pp. 337-338; ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritto giustizia*, Torino, 1992, p. 47. Afferma GROSSI, *L'odierna "incertezza" del diritto*, in *Giust. Civ*., 2014, p. 937: "Il principio

coniugare tali differenti tendenze regolatorie (regolamentazione per principi e disciplina dettagliata delle condotte) attraverso l'indicazione di norme che individuano le condotte ammesse e/o quelle vietate lasciando aperture ad un'interpretazione delle stesse conforme ai principi costituzionali.

Altro è il problema di quantificare gli effetti sull'ambiente di determinate pratiche al fine di qualificarle come ecosostenibili perché rispondenti a determinati indici ambientali. Si tratta in questo caso di riempire di contenuti quantitativi il termine sostenibilità al fine di governare anche problemi giuridici come quello della misura dell'adempimento in caso di "clausole di sostenibilità" contenute nei contratti tra privati e quello della correttezza nell'uso degli "*environmental claims*" di cui parleremo nel prosieguo del discorso.

Si intende quindi mettere in luce questi fenomeni e i problemi che possono porsi nel tentativo di dare giuridica rilevanza a "criteri quantitativi". In particolare si tratta di stabilire se l'introduzione di tali indicazioni quantitative nelle clausole contrattuali incida sulla applicazione delle regole in tema di contratto. Il raggiungimento o meno degli indici quantitativi, senza lasciare spazi all'interpretazione dei giudicanti, porta infatti in maniera assiomatica agli effetti previsti. La verità è che tali indici contenuti nelle clausole contrattuali verranno pur sempre a legarsi con le clausole generali (buona fede, diligenza del buon padre di

ha una potenzialità e, pertanto, anche una ricchezza, che è ignota a ogni proposizione legale. Il principio serba in sé una natura efficacemente espansiva". Altre le osservazioni che si possono compiere sull'indeterminatezza dei concetti fatti propri dal legislatore in norme di diritto amministrativo. Come osservato la indeterminatezza, che svolge di norma la preziosa funzione di conferire "elasticità e dinamicità all'ordinamento", apre ad una maggiore discrezionalità nell'esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione rappresentando una possibile insidia per i cittadini. Cfr. FERRERO, *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014, p. 761. Peraltro il concetto di sostenibilità è particolarmente "giovane" e non trova determinazione neppure in una consolidata cultura giuridica sul punto. Il tema richiama le osservazioni di CARNEVALE, *Diritto, normazione e ambiguità*, in *Dir. Pubbl.*, 2013, p. 353 e in particolare p. 360 ove parla di "ambiguità provocata" con riferimento all'introduzione da parte del legislatore di concetti nuovi privi di una tradizione.

famiglia ecc.) contenute nelle norme sul contratto in generale.

2. In ecologia per sostenibilità si intende la capacità dei sistemi biologici di rimanere produttivi nel tempo. Sostenibilità delle attività umane è un concetto che, pur avendo affinità con tale definizione, presenta una maggiore complessità.

La parola "sostenibilità" in economia implica la c.d. "*ecological economics*" orientata alla integrazione degli aspetti sociali, culturali e di tutela della salute, con quelli monetari e finanziari.

Il concetto di sviluppo sostenibile viene fatto risalire al *report* elaborato dalla Commissione Brundtland delle Nazioni Unite il 20 Marco 1987 in cui si legge che "lo sviluppo sostenibile è quello sviluppo che incontra le necessità delle generazioni presenti senza compromettere la possibilità per le generazioni future di soddisfare i propri bisogni"[9].

Durante il *World Summit* sullo sviluppo sociale sono stati enunciati i pilastri della sostenibilità: la libertà, l'uguaglianza, la solidarietà, la tolleranza, il rispetto per i diritti umani, il rispetto per la natura, la responsabilità sociale[10].

Un altro documento importante nella storia della sostenibilità è la *Earth Chart* contenente le basi per la fondazione di una società sostenibile a livello globale improntata al rispetto per la natura, ai diritti umani fondamentali, alla giustizia economica e alla cultura della pace. Questa carta è il risultato di una serie di incontri

[9] ADAMS, *The Future of Sustainability: Re-thinking Environment and Development in the Twenty-first* Century, 2006. Report of the IUCN Renowned Thinkers Meeting, 29-31 January 2006. United Nations General Assembly, *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*, 1987, *Transmitted to the General Assembly as an Annex to document* A/42/427 – *Development and International Co-operation: Environment*. La commissione riprendendo la sua risoluzione del 19 dicembre 1983, n. 38 su "*Preparation Process for Environmental Perspective to the Year 2000*" accoglieva la costituzione di una speciale commissione che più tardi è stata chiamata "*World Commission on Environment and Development*".

[10] *United Nations General Assembly* (2005). *2005 World Summit Outcome*, *Resolution* A/60/1, adottata dalla *General Assembly* il 15 Settembre 2005. Il documento è leggibile sul sito: *http://www.who.int/hiv/universalaccess2010/worldsummit.pdf*.

svoltisi tra il 1995 e il 2000 dalla Commissione *Earth Chart* presieduta da Steve C. Rockefeller[11].

Vi sono stati poi tentativi di tradurre in specifiche regole di condotta il principio di sostenibilità. Così UNEP (*United Nations Environment Program*) e il UNWTO (*United Nations of the World Tourism Organization*) hanno elencato alcune regole del turismo sostenibile. In particolare si richiede alle imprese turistiche di fare un uso ottimale delle risorse ambientali mantenendo processi ecologici essenziali; di conservare l'eredità naturale e la biodiversità; di rispettare l'autenticità socio culturale delle comunità in cui si svolge l'attività turistica. L'impresa turistica deve preservarne l'eredità culturale, le tradizioni e contribuire alla comprensione interculturale e alla tolleranza. Deve provvedere al benessere socio economico di tutti i portatori di interesse anche contribuendo all'arricchimento delle popolazioni ospitanti l'offerta turistica, fornendo loro servizi sociali, riducendo la povertà.

Va detto che l'idea di sviluppo sostenibile ha incontrato anche critiche, che sono state nel tempo marginalizzate, soprattutto tra gli economisti che hanno evidenziato come il termine rappresenti un ossimoro: lo sviluppo inteso come crescita economica sarebbe improntato a logiche di incremento degli utili e non ragioni di utilità sociale[12]. Si potrebbe rispondere che non vi sono ragioni per escludere la conciliazione tra utilità economica e utilità sociale. Non ci sembra vi siano motivi per affermare che le leggi della crescita economica si muovono secondo paradigmi inconciliabili rispetto ai valori della tutela della persona e della utilità sociale.

La scienza economica ha peraltro da tempo adottato approcci che valorizzano il raggiungimento di obiettivi di equità sociale, solidarietà, giustizia. Intendiamo

[11] *The Earth Charter Initiative* (2000), disponibile al link: *http://www.earthcharterinaction.org/content/pages/Read-the-Charter.html*.
[12] REDCLIFT, *Sustainable Development (1987–2005): an Oxymoron Comes of Age*, in *Problems of Sustainable Development*, 1, 2009, pp. 33-50.

riferirci alla *Welfare Economics*[13]. Si suole dire che l'economia è una scienza pratica che rifugge da concetti vaghi come appunto l'equità, la giustizia, la libertà[14]. In realtà è possibile approntare strumenti di misurazione del raggiungimento di tali obiettivi attraverso l'individuazione di specifici criteri. Si pensi con riferimento all'equità ad una serie di parametri che possono considerarsi indice della riduzione della povertà: il livello di scolarizzazione, il livello di occupazione, la ricchezza pro capite, ecc.

Così alla critica di quanti vedono nella sostenibilità un concetto evanescente vi è chi ha cercato di trovare una risposta in criteri per misurare la sostenibilità attraverso indicatori, *benchmark*, standard e sistemi di certificazione[15].

Si tratta di criteri accettati dalle collettività interessate (associazioni dei consumatori, associazioni di operatori economici) che entrano nel quadro ordinamentale anche attraverso l'autonomia dei privati che li recepisce nel testo dei contratti (contratti associativi, contratti di fornitura tra privati, ecc.)[16].

---

[13] HICKS, *The foundation of welfare economics*, in *Economic Journal*, 1939, pp. 194-300; HOUTHAKKER, *Can Speculators Forecast Prices?*, in *Review of Economic Studies*, 1957, pp. 143-151; LIPSEY, LANCASTER, *The General Theory of Second Best*, in *The Review of Economic Studies*, 1, 1956-1957, pp. 11-32.

[14] BOETTKE, LESSON, COYNE, *The Continuing Relevance of F.A. Hayek's Political Economy*, in *Advances in Austrian Economics*, 2008, pp. 79-98.

[15] Si veda *http://www.worldsustainable.org/*.

[16] Il tema del contratto come strumento di sviluppo sostenibile ha trovato da tempo riconoscimento nella dottrina amministrativistica. Si veda in particolare NESPOR, *I contratti ambientali: una rassegna critica*, in *Dir. pubbl. comp. eur*., 2003, p. 962 ss. il quale parla di "contratti ambientali" come accordi tra due o più parti una delle quali almeno pubblica aventi ad oggetto prestazioni di rilevanza ambientale. V. anche BELLOMO, *Il Green Public Procurement nell'ambito della Green Economy*, in *Dir. proc. amm*., 2013, p. 163 ss.; FIDONE, *L'integrazione degli interessi ambientali nella disciplina dei contratti pubblici: il Green Public Procurement*, in CARTEI (a cura di), *Cambiamento climatico lo stato dell'arte*, Torino, 2013, p. 123 ss.; GUCCIONE, PALATUCCI, *Profili ambientali nelle procedure ad evidenza pubblica*, in DELL'ANNO, PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, t. 1, Padova, 2013, p. 727 ss. Come osserva PENNASILICO, *Contratto e uso responsabile delle risorse naturali*, cit., p. 757, l'appalto pubblico verde indica "l'effetto e la funzione del ricorso a criteri valutativi ecologici nella formazione, interpretazione ed esecuzione di appalti pubblici vale a dire la promozione e integrazione degli interessi ambientali nella materia dei contratti pubblici…". Le stazioni appaltanti inseriranno nei bandi di gara tra i criteri di aggiudicazione "clausole ecologiche" in modo da orientare la scelta del contraente in funzione di interessi ambientali. "La funzione dell'appalto verde non è soltanto premiale, ma anche correttiva del mercato e responsabilmente preventiva rispetto a sprechi di energia e risorse naturali, consumi eccessivi e danni ambientali".

Gli economisti non devono fermarsi a considerare modelli efficienti individuati attraverso il rapporto tra costi ed utilità marginali, ma possono anche valutare costi ed utilità sociali rapportando l'efficienza alla utilità sociale. A tale obiettivo giungono i fautori della teoria del *Second Best*[17]. Una volta raggiunto il livello ottimale di efficienza si verifica se lo stesso risulti ottimale anche dal punto di vista del benessere della collettività. In caso contrario dovrà ricercarsi un secondo modello che riesca a soddisfare pure le utilità sociali.

In critica al concetto di sostenibilità altri autori hanno affermato che essa non è un principio, ma un obiettivo tendenziale inglobante una serie di principi e valori[18]. Si tratterebbe di un "*unfocused concept*" al pari della libertà e della giustizia che descrive "*a dialogue of values that difies consensual definition*"[19].

A tali obiezioni si è cercato di rispondere assumendo che la sostenibilità è in realtà un concetto integrato di altri valori, principi e dimensioni non solo giuridiche[20]. Del resto come abbiamo visto i pilastri della sostenibilità come definiti dalle Nazioni Unite coincidono con principi fondamentali riconosciuti a livello internazionale tra cui solidarietà, uguaglianza, tutela della salute, ecc.

L'argomentare giuridico conosce la necessità di confrontarsi con una pluralità di principi interessati dalla soluzione del caso concreto. La dottrina tende a risolvere

[17] Vedi LIPSEY, LANCASTER, *op. loc. citt.*

[18] MARKUS, MILNE, KEARINS, WALTON, *Creating Adventures in Wonderland: The Journey Metaphor and Environmental Sustainability*, in *Organization*, 6, 2006, pp. 801-839.

[19] RATNER, *Sustainability as a Dialogue of Values: Challenges to the Sociology of Development*, in *Sociological Inquiry*, 1, 2004, pp. 50-69. V. anche MARSHALL, TOFFEL, *Framing the Elusive Concept of Sustainability: A Sustainability Hierarchy*, in *Environmental & Scientific Technology*, 3, 2005, pp. 673-682, e BLEWITT, *Understanding Sustainable Development*, London, 2008, pp. 21-24.

[20] "*If sustainability is to mean anything, it must act as an integrating concept. In particular, it is clear that the social dimensions of sustainability must be integrated with the biophysical dimensions… Clearly the very concept of sustainability is predicated on a need to think across temporal scales. And both the social and ecological dimensions of the term bring to the fore the need for spatial integration. The disciplinary division of knowledge in the university system means that many cross-scalar issues get lost in the 'white spaces' between disciplines. The concept of sustainability may have a role in helping to bridge some of those gaps*": ROBINSON, *Squaring the circle? Some thoughts on the idea of sustainable development*, in *Ecological Economics*, 2004, pp. 369-384 e in particolare p. 378.

eventuali conflitti attraverso un bilanciamento tra gli stessi[21].

Il fatto che si pongano problemi di sostenibilità e che quindi l'interprete debba confrontarsi con una pluralità di principi compresi nel concetto di sostenibilità importerebbe la necessità di operare un bilanciamento tra gli stessi ove si tratti di principi da porre sullo stesso piano.

Laddove il confronto sia tra principi relativi a diritti economici e principi relativi a diritti fondamentali della persona si avrà una prevalenza dei secondi stante il loro diverso peso in una ideale gerarchia di valori.

L'idea di sostenibilità potrebbe però aprire ad altre prospettive. Essa si fonda su un'integrazione di principi e di valori anche in apparente contrasto tra loro. Il concetto di sviluppo sostenibile porterebbe a pensare non in una logica di gerarchia dei valori e dei principi, ma in una logica di complessità di valori e principi che devono trovare un coordinamento secondo il criterio ordinante della proporzionalità. Del resto questa, come avremo modo di vedere, risulta essere la via che vanno percorrendo i giudici amministrativi nell'applicazione del principio di sostenibilità.

Solo laddove le ragioni dello sviluppo vengono a confliggere con situazioni esistenziali senza lasciare spazio a logiche conciliative che consentano *realmente* uno sviluppo sostenibile, non potrà aversi integrazione ma le ragioni del mercato dovranno essere considerate recessive rispetto alle ragioni di tutela della persona[22].

Rimane il fatto che in tale coordinamento di valori e di principi il concetto di sostenibilità risulta pur sempre sfumato, senza contorni ben definiti. Da qui la possibile rilevanza di indici quantitativi.

---

[21] Sul punto In tal senso NAVARRETTA, *Bilanciamento di interessi costituzionali e regole civilistiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 637 ss.; ID., *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, p. 53 ss.; BUSNELLI, NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto Privato*, 3, 1997, p. 171 ss.

[22] Un'impronta personalistica all'idea di sostenibilità è conferita dall'interpretazione che i giudici hanno dato della stessa. Si veda da ultimo Tar. Campania 2 dicembre 2013, in *Foro Amm. TAR*, 2013, p. 3802, per il quale uno sviluppo sostenibile è quello che vede "garantita la qualità della vita e della salute quale valore umano fondamentale di ogni persona e della società (informazione, partecipazione ed accesso)".

Pensiamo che gli ultimi due concetti (la teoria di Robinson sulla conversione dei concetti in azioni e la teoria della misurazione della sostenibilità) siano simili e potrebbero interagire nella definizione della sostenibilità.

Di seguito considereremo esempi di economie sostenibili, tenendo conto di alcune delle possibili azioni, i cui risultati possono essere misurati attraverso *benchmark*, standard, ecc.

Possiamo, ad esempio, considerare gli impatti del consumo umano sull'ambiente. Questo impatto si riduce non solo consumando meno, ma anche rendendo più sostenibile l'intero ciclo produttivo, tenendo conto degli effetti delle scelte di vita e dei modelli di spesa individuali, della domanda di risorse di beni e servizi specifici e del relativo impatto sull'economia globale.

Il consumo medio pro capite nel mondo in via di sviluppo potrebbe essere considerato sostenibile, ma il numero della popolazione è in aumento e gli individui aspirano a stili di vita occidentali ad alto consumo. Il consumismo nei paesi in via di sviluppo dovrebbe elevare il tenore di vita senza aumentare il suo impatto ambientale. Questo obiettivo può essere raggiunto utilizzando strategie e tecnologie che consentano la crescita economica evitando danni ambientali e esaurimento delle risorse. Ad esempio, si può pensare di promuovere la cosiddetta "filiera corta" ovvero la vicinanza tra il produttore e il consumatore.

Ciò riduce l'impatto negativo dei consumi umani sull'ambiente e, in particolare, consente una consistente riduzione del carbonio.

Questi risultati possono essere misurati con la creazione di uno *standard* di consumerismo sostenibile. È importante tenere presente che il calcolo delle emissioni di carbonio totale è impossibile a causa dell'eccessiva quantità di dati richiesti e del fatto che l'anidride carbonica può essere prodotta anche da eventi naturali. In ogni caso, gli scienziati hanno trovato un modo convenzionale per quantificare le emissioni di carbonio.

Le azioni sostenibili e i loro criteri di misurazione dovrebbero essere determinati secondo principi condivisi a livello internazionale. Non possiamo sottovalutare l'importanza della politica delle Nazioni Unite sul consumerismo sostenibile nel determinare l'obiettivo principale dello sviluppo sostenibile e l'interazione tra sostenibilità, diritti umani e altri principi internazionali fondamentali riguardanti specificamente il turismo, come il principio di ospitalità. Già nel 2010, l'*International Resource Panel* lanciato dal Programma delle Nazioni Unite per l'ambiente (UNEP) ha pubblicato un rapporto sulla valutazione scientifica globale degli impatti dei consumi e della produzione.

L'*International Resource Panel* è stato istituito nel 2007 allo scopo di offrire un'autorevole valutazione scientifica sulla sostenibilità e gli impatti ambientali dell'uso delle risorse naturali.

Come detto problemi di sostenibilità si esprimono anche in termini etici e consistono nell'attuazione del cambiamento sociale: pianificazione urbana e trasporti, stile di vita locale e individuale, consumismo etico. Il rapporto tra diritti umani e sviluppo umano, potere aziendale e giustizia ambientale, povertà globale e azione dei cittadini, suggeriscono che la cittadinanza globale responsabile è un elemento imprescindibile di ciò che a prima vista può sembrare semplicemente una questione di consumatore e scelta morale.

Le strategie per migliorare la sostenibilità dei nostri sistemi sociali includono: una migliore istruzione e l'emancipazione politica delle donne, specialmente nei paesi in via di sviluppo; maggiore rispetto per la giustizia sociale, in particolare l'equità tra ricchi e poveri sia all'interno che tra i paesi; ed equità intergenerazionale.

Tali finalità possono essere considerate in termini di azioni misurabili volte a raggiungerle.

Come abbiamo visto, per quanto riguarda la riduzione delle emissioni di carbonio, possiamo trovare sistemi di misurazione convenzionali anche se le azioni

sono complesse e composte da una pluralità di fattori.

L'UNWTO sta anche cercando di coordinare principi e indicatori di sostenibilità derivanti dalle tre dimensioni dello sviluppo sostenibile (economica, sociale e ambientale).

L'uso di indicatori è uno strumento efficace per affrontare principi, programmi e progetti di sostenibilità a livello internazionale.

Per questi motivi, l'Organizzazione Mondiale del Turismo promuove dagli anni '90 indicatori del turismo sostenibile come strumenti essenziali per la definizione delle politiche, la pianificazione e la gestione dei processi di destinazione. L'OMC ha sviluppato, insieme alla Rainforest Alliance e al Programma delle Nazioni Unite per l'ambiente (UNEP), "*The Global Sustainable Tourism Criteria*" (GSTC), che sono un insieme di 37 standard volontari che rappresentano il minimo che qualsiasi impresa turistica dovrebbe aspirare a raggiungere al fine di proteggere e sostenere le risorse naturali e culturali del mondo, assicurando al contempo che il turismo soddisfi il suo potenziale come strumento per alleviare la povertà.

La Guida agli Indicatori di Sviluppo Sostenibile per le Destinazioni Turistiche, pubblicata già nel 2004, è la risorsa più completa su questo argomento, risultato di un ampio studio sulle iniziative degli indicatori a livello mondiale, che ha coinvolto 62 esperti provenienti da più di 20 paesi. La pubblicazione descrive oltre 40 importanti questioni di sostenibilità, che vanno dalla gestione delle risorse naturali (rifiuti, acqua, energia, ecc.), al controllo dello sviluppo, alla soddisfazione dei turisti e delle comunità ospitanti, alla conservazione del patrimonio culturale, alla stagionalità, alle perdite economiche o al clima cambiamento, per citarne solo alcuni.

Per ogni tema vengono suggeriti indicatori e tecniche di misurazione con fonti di informazioni pratiche ed esempi. La pubblicazione contiene anche una procedura per sviluppare indicatori specifici della destinazione, il loro utilizzo nella politica turistica e nei processi di pianificazione, nonché applicazioni in diversi tipi di

destinazione (ad es. costiera, urbana, ecoturismo, piccole comunità). Numerosi esempi e 25 casi studio completi forniscono un'ampia gamma di esperienze a livello aziendale, di destinazione, nazionale e regionale di tutti i continenti.

L'UNWTO ha organizzato una serie di seminari regionali e nazionali sugli indicatori del turismo sostenibile per formare funzionari e professionisti del turismo sulla loro applicazione, utilizzando una tecnica dimostrativa e un approccio partecipativo nelle destinazioni pilota.

L'UNWTO inoltre lavora alla creazione di Osservatori del turismo sostenibile per promuovere l'uso di indicatori nei processi di elaborazione delle politiche e pianificazione a livello di destinazione nazionale e locale, seguendo esempi di iniziative simili delle Nazioni Unite.

Il processo di creazione del GSTC ha unito più di 40 importanti istituzioni pubbliche, private, senza scopo di lucro e accademiche per analizzare migliaia di standard mondiali e coinvolgere la comunità globale in un ampio processo di consultazione delle parti interessate.

I criteri globali per il turismo sostenibile hanno raggiunto una comprensione comune del turismo sostenibile e rappresentano il minimo che qualsiasi organizzazione turistica dovrebbe aspirare a raggiungere. I criteri sono organizzati intorno a quattro temi principali:

1. Efficace pianificazione della sostenibilità;
2. Massimizzare i benefici sociali ed economici per la comunità locale;
3. Valorizzazione del patrimonio culturale;
4. Ridurre gli impatti negativi sull'ambiente.

La Commissione Europea ha anche sviluppato e testato un elenco di indicatori chiave per misurare la sostenibilità delle politiche turistiche a partire dal lavoro condotto dall'UNWTO. In particolare vanno citati due specifici schemi attuati dalla Commissione Europea: QUALITEST ed ECOLABEL.

Lo strumento QUALITEST è stato progettato per valutare la qualità delle prestazioni delle destinazioni turistiche e dei relativi servizi.

L'ECOLABEL è una certificazione volontaria per strutture ricettive rispettose dell'ambiente che indica che il Servizio di Accoglienza Turistica:

• Limita il consumo di energia;

• Limita il consumo di acqua;

• Riduce la produzione di rifiuti;

• Favorisce l'utilizzo di risorse rinnovabili e di sostanze meno pericolose per l'ambiente;

• Promuove l'educazione e la comunicazione ambientale.

Il concetto di sostenibilità è venuto poi da ultimo a legarsi al macro tema/problema della diseguaglianza. Come evidenziato nel *World Social Report* delle Nazioni 2020 "*Uninequality in a rapidly changing world*", la sfida della disuguaglianza è globale e intimamente connessa ad altre questioni urgenti del nostro tempo: non solo il rapido cambiamento tecnologico, ma anche la crisi climatica, l'urbanizzazione e la migrazione. In molti luoghi, la crescente ondata di disuguaglianza potrebbe aumentare ulteriormente sotto la forza di questi megatrend. Importante anche in questo caso la sfida per il diritto. L'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile delle UN chiede non solo di eliminare leggi, politiche e pratiche discriminatorie ma di promuovere una legislazione, politiche e azioni appropriate tenuto anche conto di nuove forme di discriminazione (discriminazione tecnologica e climatica). Il tema è all'attenzione dei governi e dell'International *Monetary Fund*. La diseguaglianza è, infatti, fonte di instabilità economica e impatta negativamente sulla crescita economica[23]. Questa è una delle più importanti sfide del momento per la scienza giuridica che è forza ordinante della realtà sociale.

[23] STIGLITZ, *Il prezzo della diseguaglianza, come la società divisa di oggi minaccia il nostro futuro*, Milano, 2013.

Al momento sono stati sviluppati progetti di ricerca finanziati dal programma *Horizon* 2020 come GEMM e IneqPol volti a analizzare le disparità all'interno del mercato del lavoro o a valutare politiche macroeconomiche volte a combattere la diseguaglianza. Manca al momento una riflessione sugli strumenti che il diritto può in concreto mettere in campo anche tenuto conto dei *macrotrends* evidenziati dalla UN.

3. Volendo portare alcuni esempi concreti di esercizio dell'autonomia privata come strumento ordinante in chiave sostenibile si può fare riferimento al contenuto degli statuti di associazioni di operatori economici che prevedono regole ordinate a imporre ai consociati o aspiranti tali condotte ritenute ecosostenibili pena la impossibilità di acquisire la qualità di socio oppure pena la revoca della qualità di socio acquisita.

In altri casi gli statuti sanciscono sanzioni di tipo premiale legate all'osservanza di condizioni di sostenibilità[24], come il riconoscimento di premi a favore dei soci che abbiano raggiunto un livello alto di conformità a standard di sostenibilità ambientale.

La sostenibilità è penetrata anche nei contratti tra imprese[25]. Si parla ad esempio di *Green Franchising* con riferimento a quelle società affilianti le quali mettono a disposizione dei propri affiliati anche il proprio *know how* in termini di riduzione delle emissioni inquinanti e che prevedono nei propri codici di condotta il rispetto da parte degli affiliati di determinati standard ecologici.

Il tema si lega a quello della *Social Responsability* delle imprese che orientano la propria attività non solo alla produzione e agli utili economici, ma anche a fini sociali. Da tempo la letteratura giuridica si va interessando ai codici di condotta redatti in funzione di *Social Responsability* e ai rapporti tra *soft law* e *hard law*. I

[24] È il caso di Emeraude hoteliers un premio che viene riconosciuto da IHRA (*International Hotel Restaurants Association*). Si rinvia sul punto al nostro *Sustainable Tourism Contracts*, Berlin, 2021, p. 151 ss.
[25] V. *supra* nota 18 sul *Greeen Procurement.*

codici di condotta sarebbero ascrivibili alla *soft law* in quanto la loro osservanza sarebbe rimessa alla libera scelta dei consociati[26]: è vero che, attraverso l'autonomia privata tali linee guida divengono regole del rapporto e la loro violazione rappresenta un'ipotesi di inadempimento contrattuale.

Nella gestione dell'impresa i codici di condotta rappresentano un sistema di autodisciplina volto a gestire rischi relativi all'impatto che l'attività di impresa può avere sulla persona e sull'ambiente. Si parla al riguardo di codici etici per distinguerli dai codici di condotta più legati a profili di organizzazione dell'impresa[27].

Il *Green Franchising* è un fenomeno che riguarda anche il *marketing* del prodotto sia nella commercializzazione dei prodotti verso il consumatore sia nella promozione dei contratti di *franchising* offerti sul mercato a imprese potenziali affiliate.

Come detto sostenibilità è una parola chiave nel turismo. È diventata una priorità coniugare la crescita del settore turistico con la conservazione dei beni culturali: sia i cosiddetti beni culturali (musei, siti archeologici, ecc.), sia i beni ambientali (bellezze naturali, parchi, ecc.).

Il turismo sostenibile è importante perché viaggiare non dovrebbe essere dannoso per l'ambiente generalmente inteso. Dovremmo viaggiare in un modo che possa avvantaggiare le persone e le comunità in cui ci troviamo e che mitighi gli impatti negativi dei viaggi sull'ambiente. Il turismo sostenibile consiste nel dimostrare che ci prendiamo cura del mondo. Grazie al principio della sostenibilità il turismo ha il potenziale per rendere il mondo un posto migliore portando benefici economici alle

[26] Cfr. FERNANDO, *Business Ethic and Corporate Governance*, India, 2010; MULLERAT, BRENNAN (eds.), *Corporate Social Responsibility*, Alphen aan den Rijn, 2010.

[27] Cfr. CONTE, *Codici etici e attività d'impresa nel nuovo spazio globale di mercato*, in *Contr.impr.*, 1, 2006, p. 108; ID., *La disciplina dell'attività di impresa tra diritto, etica ed economia*, in CONTE (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa*, Bari-Roma, 2008, p. 3; ROSSI, *Luci e ombre dei codici etici d'impresa*, in *Riv. dir. soc.*, 1, 2008, p. 26; ANGELICI, *Responsabilità sociale di impresa, codici etici e autodisciplina*, in *Giur. Comm.*, 2, 2011, p. 159; DEGLI INNOCENTI, *Rischio di impresa e responsabilità civile. La tutela dell'ambiente tra prevenzione e riparazione dei danni*, Firenze, 2014, p. 63.

destinazioni più povere, attraverso lo scambio culturale e la comprensione e attraverso l'auto-crescita.

Il turismo sostenibile e l'ecoturismo sono due modi possibili per affrontare i numerosi problemi ambientali e sociali associati al turismo. L'UNEP (Programma delle Nazioni Unite per l'ambiente) e l'UNWTO elencano 12 principi del turismo sostenibile: redditività economica, prosperità locale, qualità dell'occupazione, equità sociale, soddisfazione dei visitatori, controllo locale, benessere della comunità, ricchezza culturale, integrità fisica, diversità biologica, efficienza delle risorse e purezza ambientale. L'UNEP ha una lunga storia di contributo allo sviluppo e all'attuazione del diritto ambientale. DELC è la divisione all'interno dell'UNEP che sovrintende alle molteplici sfaccettature di questo quadro giuridico globale. Pertanto, il ruolo del DELC nel quadro dell'UNEP è principalmente quello di garantire il progressivo sviluppo del diritto ambientale in diversi settori ambientali e livelli di governance.

Il termine sostenibilità è legato ai contratti con i consumatori perché, come è noto, le affermazioni ambientali e di sostenibilità nella pubblicità dei prodotti, compresi i prodotti turistici, hanno un forte impatto. È quindi necessario distinguere le affermazioni ambientali corrette da quelle sleali, considerando l'impatto che possono avere sul comportamento economico del consumatore. Alcuni autori confrontano gli effetti di quattro tipi di annunci (pubblicità): un *advertising* verde funzionale che promuove i vantaggi ambientali di un prodotto; un green emozionale advertising che utilizza una rappresentazione visiva di uno scenario naturale gradevole, un verde di tipo misto avv. utilizzando strategie funzionali ed emotive e un gruppo di controllo. I risultati di uno studio sperimentale, che utilizza un campione rappresentativo di consumatori statunitensi, suggeriscono che sia gli annunci emotivi che quelli di tipo misto possono influenzare significativamente l'atteggiamento del consumatore verso il marchio. Questi effetti non dipendono dal coinvolgimento

ecologico dei consumatori. Gli annunci funzionali, al contrario, influiscono sugli atteggiamenti verso il marchio solo quando il coinvolgimento, misurato come comportamento di acquisto ecologico o atteggiamenti di prodotto ecologico, è elevato[28].

Alcuni autori si sono soffermati sui possibili interventi sostenibili degli operatori alberghieri tra cui sistemi alimentari sostenibili, soluzioni energetiche alberghiere, impatti della tecnologia, gestione dei rifiuti idrici e alimentari, progettazione di hotel ecologici, sistemi di certificazione ed ecolabel e la natura in evoluzione delle strategie di responsabilità sociale d'impresa[29].

L'approccio *green* può essere applicato sia ai prodotti che ai servizi e si sviluppa in ambiti molto diversi: dall'abbigliamento all'alimentare, dal turismo ai servizi per le aziende. Ognuna delle attività di *franchising* ecosostenibile si concentra su un comportamento particolare, essenziale per vivere una vita più ecosostenibile ed eco-responsabile, che, come accennato in precedenza, sono: riduzione, riutilizzo e riciclo:

I *franchising* ecologici dedicati alla RIDUZIONE rispondono alle esigenze delle aziende e dei privati in merito all'efficienza energetica o alla vendita di prodotti che riducano la produzione di rifiuti, come gli alimenti biologici venduti sfusi o i prodotti ecologici ottenuti dal riciclo. In questo caso, il *franchisor* normalmente garantisce tutta la formazione tecnica necessaria, soprattutto per le energie rinnovabili ei servizi impiantistici. L'affiliato è tenuto al rispetto degli obblighi formativi e delle regole di condotta, che sono normalmente contenute in un codice di condotta, cui il contratto fa riferimento come parte integrante del contenuto contrattuale. Rilevante, in tal modo, anche la previsione dei diritti del *franchisor* di effettuare controlli periodici e la

[28] MATTHES, WONNEBERGER, SCHMUCK, *Consumers' green involvement and the persuasive effects of emotional versus functional ads*, in *Journal of Business Research*, 9, 2014, p. 1885.
[29] LEGRAND, SLOAN, CHEN, *Sustainability in the Hospitality Industry: Principles of sustainable operations*, London, 2017.

previsione di termini di conguaglio nel caso in cui i controlli dovessero sfociare in inadempimenti e sanzioni per i casi di tardivo conguaglio. Il mancato adattamento prolungato può portare alla risoluzione del contratto. Anche questo può essere espressamente previsto nel contratto.

I *franchising* ecologici che puntano sul REUSE investono in un settore in crescita, come quello dell'usato, sfruttando tutte le opportunità offerte dall'*e-commerce*. I comportamenti eco-responsabili, come la rigenerazione delle cartucce o il riutilizzo di capi di abbigliamento e accessori per bambini, sono una tendenza consolidata e consolidata nelle abitudini di acquisto. Qualcosa di simile può essere applicato al settore dell'ospitalità. Gli hotel devono obbligare i propri ospiti a riutilizzare o riciclare gli asciugamani durante il soggiorno. Lavare gli asciugamani ogni giorno consuma troppa acqua, troppi detersivi e troppa energia. L'hotel di solito cerca di convincere i propri ospiti a riciclare o riutilizzare con una semplice carta in camera che richiede agli ospiti di riutilizzare asciugamani o lenzuola. In questo caso, il *franchisor* deve fornire all'affiliato il proprio *know-how* in materia di comunicazione agli ospiti, anche se esistono prassi omogenee nel settore.

Le franchigie ecologiche specializzate nel RICICLO valorizzano il riciclo e monetizzano la raccolta differenziata dei rifiuti, che non solo riduce l'impatto sull'ambiente, ma offre anche strumenti di fidelizzazione e reddito aggiuntivo per chi già possiede un'attività. Alcuni hotel e resort cercano di ridurre al minimo l'impatto diretto dell'attività turistica sull'ambiente attraverso varie iniziative: utilizzo e riciclaggio dell'acqua, riducendo l'impatto sull'ambiente.

Tuttavia, la sostenibilità include anche la sostenibilità sociale. Il *franchising* sostenibile bilancia le sue esigenze di business con l'impatto sulla salute e gli obiettivi di qualità ed equità del *franchising* sociale per la salute. L'affiliante e l'affiliato devono affrontare dei compromessi mentre scelgono le strategie di finanziamento: l'aumento del recupero dei costi da parte degli affiliati può influire sulla capacità del programma

di servire i poveri; concentrarsi su prodotti ad alto margine piuttosto che sulla fornitura di servizi può ridurre l'impatto sulla salute; e i programmi spesso faticano a trovare un equilibrio tra la definizione delle priorità dei risparmi sui costi e le attività di formazione o assicurazione della qualità.

Possiamo elencare diversi vantaggi dell'investimento in *franchising* ecologici/sostenibili:

- opportunità di *business* ad alta fedeltà;
- consumatori sensibili alla ricerca di prodotti affidabili.
- accurata attenzione alle strategie di *marketing* all'avanguardia;
- alto tasso di innovazione e creatività;
- buona facilità di accesso, economica e logistica;
- riduzione dei costi.

In questo senso assume importanza il *know-how* acquisito dal *franchisor* nella "comunicazione verde" con i consumatori. La formazione specifica e la consegna di segni distintivi, opuscoli, ecc. devono essere forniti dal *franchisor*. Devono inoltre essere presi provvedimenti per ridurre il rischio di lesione della proprietà intellettuale del f*ranchisor*.

Naturalmente, il *franchising* verde presenta anche sfide per l'affiliato: capacità tecnologica perché alcune attività verdi possono essere facilitate dalla tecnologia; attenta valutazione dell'investimento e dell'impegno necessario.

Tra le conseguenze negative legate alle attività turistiche, vi è una possibile perdita dell'identità sociale e culturale del territorio ospitante, un aumento della produzione di rifiuti, un aumento del consumo di beni e risorse primarie (acqua, energia, ecc.), l'alterazione e distruzione di montagne, laghi, coste, ecosistemi marini, una perdita di biodiversità, impatti estetici e visivi, inquinamento del suolo e delle acque, congestione e inquinamento acustico, la concentrazione dei benefici in poche grandi aziende e/o paesi esteri, un aumento della domanda di mobilità, lavoro illegale

e/o minorile e prostituzione.

L'impatto del turismo sull'ambiente può essere definito in termini di "pressione ambientale e sociale": maggiore afflusso di veicoli, maggiore presenza di persone, maggiore produzione di rifiuti e maggiore costruzione di nuove strutture ricettive.

Bisogna considerare non solo l'inquinamento emesso dai viaggi (aereo, auto, ecc.) ma anche fattori fondamentali come la costruzione e la manutenzione di alberghi, alimenti industriali negli alberghi, o souvenir tradizionalmente acquistati dai turisti, che sono invece considerati in studi più recenti.

4. La soluzione allo sviluppo di un turismo sostenibile può essere trovata, ed è in parte da alcuni ordinamenti stata trovata, in interventi volti a costituire e attuare divieti e limiti. Abbiamo qui invece voluto sottolineare il ruolo dell'autonomia privata nella regolamentazione di tutte le forme di turismo e nel governo dello sviluppo sostenibile. Si propone un approccio dal basso verso l'alto con una gestione condivisa dei problemi ambientali che derivano, in primo luogo, dal basso, cioè dalle imprese locali che, anche grazie agli *input* e alle richieste di soggetti esterni (organizzazioni di intermediari come associazioni di categoria e società civili), possono promuovere lo sviluppo di strategie e strumenti per l'attivazione di processi di gestione ambientale che coinvolgano l'intero territorio. In questa prospettiva, la partecipazione dei vari attori crea un processo che, partendo dal sistema produttivo locale e dall'insieme condiviso delle sue esperienze e conoscenze degli operatori, riesce a coinvolgere le istituzioni territoriali e le società civili.

Parlando di sostenibilità e contratti del turismo abbiamo focalizzato l'attenzione, a puro titolo esemplificativo e non esaustivo, sulle clausole di sostenibilità contenute ad esempio nei c.d. *Green Franchising.* A livello applicativo si è posto inoltre il problema di valutare la sostenibilità dei prodotti commercializzati

attraverso "dichiarazioni ambientali" nei rapporti con i consumatori.

Si evidenziano, da parte dell'ordinamento e delle stesse parti contraenti, esigenze di dare concretezza al concetto di sostenibilità che è definito solo a livello convenzionale. Gli indici ambientali sono così penetrati nei contratti e nel linguaggio di diritto privato rappresentando uno strumento per conferire oggettività ad un concetto, quello di sostenibilità, che non risulta avere confini delineati e immediatamente verificabili.

L'impiego del concetto di sostenibilità nei contratti e più in generale nei rapporti commerciali tra privati necessita di una determinazione attuata attraverso la sinergia tra i differenti saperi che si sono confrontati con tale termine.

Si tratta di un'operazione necessaria per rispondere a questioni giuridiche: vi è stato o meno adempimento alla clausola di sostenibilità? La promozione di un prodotto come sostenibile risponde a standard aventi un livello di oggettività che esclude la ingannevolezza del messaggio?

Il punto è che l'adozione di indici quantitativi, indubbiamente utili nel determinare il concetto di sostenibilità, dovrà coniugarsi con le norme e i principi di diritto aprendo all'interpretazione dei giudicanti. Dare una misura alla sostenibilità non vuol dire mutare il ruolo dell'interprete nella soluzione dei problemi giuridici e nella applicazione delle regole[30]. Applicare le norme vuol dire sempre interpretarle con un apporto creativo al loro contenuto.

[30] Cfr. GADAMER, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen, 1960, in particolare p. 277. Più recentemente ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, trad. it. di G. Zaccaria e S. Patti, Napoli, 1983; ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, 1984, p. 47 ss.; NERHOT, *Il diritto, lo scritto, il senso. Saggio di ermeneutica giuridica*, trad. it., Ferrara, 1992, p. 61 ss.; FURGIUELE, *Note minime in tema di norma, ordinamento e interpretazione*, in *Studi in onore di G. Benedetti*, Napoli, 2008, p. 750 *Contra* MESSINA, *L'interpretazione dei contratti*, Macerata, 1906, ora in *Scritti giuridici*, vol. V, Milano, 1948, p. 153 ss.; GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1939, in part. p. 96 ss.; ID., *Intorno al principio di gerarchia delle norme di interpretazione*, in nota a Cass. 24 giugno 1940, n. 2079, in *Foro it.*, 1, 1941, p. 511.

Così nell'interpretare una clausola introduttiva di un'obbligazione di tenere una data condotta qualificata come eco-sostenibile e contenente indici ecologici per valutare la sua esatta esecuzione, sarà sempre possibile adeguare detta clausola alle circostanze concrete, ai fini del rispetto dell'economia del contratto attraverso un'interpretazione secondo buona fede.

Parimenti gli indici ecologici potranno servire a "pesare" su basi oggettive la correttezza nell'uso di dichiarazioni ambientali nella commercializzazione dei prodotti, ma questo non esclude che la valutazione debba essere condotta alla luce delle clausole generali di diligenza professionale e di correttezza nei rapporti contrattuali per come elaborate dagli interpreti. Diligenza professionale che nella dimensione della regolazione del mercato e della disciplina delle pratiche commerciali (direttiva 2005/29/CE) dovrà essere distinta dalla diligenza civilistica in quanto piuttosto orientata a considerare l'alterazione in modo sostanziale del comportamento economico del consumatore[31].

Sara Landini

Ordinario di Diritto dell'economia

nell'Università di Firenze

[31] MICKLITZ, NAMYSŁOWSKA, *UGP-Richtlinie (Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken) Art. 5 Verbot unlauterer Geschäftspraktiken*, in HEERMANN, SCHLINGLOFF (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht*, Bd. 1, 3. Aufl., München, 2020, Rn. 2-4.

LA GOVERNANCE DEI MERCATI FINANZIARI *

(*The governance of financial markets)*

ABSTRACT: *In the last twenty years, the financial crisis and, now, the pandemic have profoundly affected the financial system and financial markets' ability to operate orderly and efficiently. The latter's role of collector and distributor of resources towards the real economy has been seriously undermined and has made the need for adaptations and reforms increasingly emerge. Among the political and economic areas, most in crisis are continental Europe and, within it, Italy. The paper analyzed the areas - functioning of markets, corporate governance, and supervision - worthy of improvements and the interventions already in place and planned. It then combines these post-crisis reflections with the need to direct business activities towards sustainability objectives, an objective that will require a profound change of cultural vision.*

L'ampiezza del tema "governance dei mercati finanziari" impone, più che suggerisce, di scegliere uno specifico punto di osservazione dello stesso e quello che è più naturale fare in questa sede è collocare il tema all'interno della dimensione "ESG", acronimo di "*Environmental, Social and Governance*", e, più in generale, a quella della sostenibilità, intesa come la capacità di soddisfare aspettative e bisogni della generazione presente senza compromettere quelli delle future generazioni.

Il sistema finanziario svolge un ruolo fondamentale per il perseguimento di obiettivi di sostenibilità – pensiamo, ad esempio, a quello di «incentivare una crescita economica duratura, inclusiva e sostenibile, un'occupazione piena e produttiva e un lavoro dignitoso per tutti» (obiettivo n. 8 dell'Agenda ONU 2030) – in ragione della sua centralità nell'allocazione di risorse sia mediante la concessione di credito sia

*Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio.

mediante la prestazione di servizi di investimento. Altrettanto centrale è il ruolo del mercato dei capitali, e la sua importanza è cresciuta alla luce dell'impegno dei paesi europei a realizzare gli obiettivi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), cosa che richiede l'afflusso di risorse private in settori strategici,

Invero, le spinte verso il cambiamento delle modalità di funzionamento dei mercati finanziari hanno radici più antiche della presa di coscienza verso l'importanza per le questioni ambientali, sociali, di governance (i tre fattori ESG), derivando primariamente dalle normali logiche della concorrenza. Volendo affrontare il problema nella nostra qualità di cittadini dell'Unione Europea e dell'Italia, merita ricordare anzitutto quanto ridotto sia il mercato finanziario comunitario rispetto a quelli di Stati Uniti, Regno Unito, Cina e Giappone, e quanto lo sia quello italiano rispetto a quelli di altri Paesi dell'Unione. Se la dimensione di un mercato finanziario è data dal suo rapporto tra la dimensione dell'economia e i più comuni indicatori di sviluppo di un mercato dei capitali – IPO in primis – l'Italia, secondo l'OCSE, è schiacciata da tutti i grandi Paesi europei e non solo da quelli più grandi quanto a dimensioni territoriali, come Francia e Germania, perché, ad esempio, soccombe anche nei confronti dei Paesi Bassi, modello virtuoso di arbitraggio regolamentare in materia di mercato di capitali.

Se ci concentriamo sul rapporto tra il mercato dei capitali italiano e quello medio europeo e ci interroghiamo sulle ragioni di questa inferiorità ritroviamo cause note agli osservatori e discusse da anni, ma mai rimosse. Tra le ragioni di questo svantaggio competitivo vi è, anzitutto, l'onerosità e rigidità del nostro sistema normativo-regolamentare – si pensi, ad esempio, alle regole sulla quotazione sui mercati regolamentati –, espressione di un approccio alla materia caratterizzato da complessità, sfiducia, dirigismo, pedanteria. La minor dinamicità dei mercati di capitali europei rispetto a quelli di altri Paesi e di quello italiano – specie il mercato *equity* – rispetto a quelli dei Paesi più importanti dell'Unione si spiega dunque con

quanto detto.

L'armonizzazione a livello europeo della materia non è riuscita a metterci completamente al riparo da tale passione per la complessità e la rigidità. Il nostro Paese, infatti, ha fatto frequente ricorso al *goldplating,* ossia all'opzione di introdurre, in sede di recepimento di direttive, livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle stesse. Non di certo una pratica illegittima, beninteso, ma i suoi effetti deteriori sono dimostrabili.

Ci sono, poi, motivazioni che potrebbero essere definite "ideologiche" e, pertanto, più difficili da affrontare perché affondano le loro radici in legittime scelte di campo. Tra le varie, accanto alla scarsa propensione al rischio del risparmiatore italiano ma anche del medio imprenditore, mi pare che vada segnalato anzitutto un approccio del regolatore sempre fortemente paternalistico al tema dei rapporti con gli investitori, un approccio, in altre parole, debitamente proteso alla loro protezione ma abbastanza ostile ai processi di maturazione degli stessi. Inoltre, in materia societaria, è evidente che all'autonomia statutaria sono assegnati spazi più compressi di quanto si potrebbe, viste le esperienze virtuose di altri consimili ordinamenti.

Le ricadute di queste onerosità e rigidità sono, anzitutto, una forte difficoltà per le imprese ad accedere al mercato dei capitali, che si combina con i ben noti fenomeni di *regulatory e di listing shopping*, ossia con la ricerca di condizioni normative e di mercati più favorevoli mediante lo spostamento della sede legale della società all'estero – specie nei Paesi Bassi – o la quotazione su indici stranieri, per approfittare di condizioni normative e di mercati più favorevoli perché più efficaci e competitivi. Fenomeni che, secondo il rapporto *Corporate Governance in Italy: the implementation of the Italian Corporate Governance Code*, pubblicato da Assonime nel 2021, oltre a ridurre l'efficacia delle raccomandazioni del Codice di *Corporate Governance* di Borsa Italiana, ben più seriamente mette a grave repentaglio il mercato dei capitali italiano.

Sulla base di questi dati, come è stato ricordato dal MEF e dal Dipartimento del Tesoro nel Libro Verde del 2022 su La competitività dei mercati finanziari italiani a supporto della crescita, tra le aree del mercato dei capitali che meritano adeguati interventi vi è sicuramente il processo di quotazione, che va semplificato, con particolare nettezza per le PMI. Gioverebbe poi eliminare o ridurre gli ostacoli regolamentari riguardanti il passaggio tra mercati e, comunque, semplificare la permanenza sul mercato delle imprese quotate.

Analoghe considerazioni critiche vanno svolte con riguardo alle regole in materia di prospetto per l'offerta pubblica o per l'ammissione alla negoziazione di titoli in un mercato regolamentato. In questo caso l'intervento deve operare con l'obiettivo di agire sulla quantità di informazioni ospitate dai prospetti: l'effetto di *overloading* informativo che si è creato nuoce alla realizzazione della funzione tipica di quei documenti, ossia la prestazione di un'informazione chiara e comprensibile sui rischi dell'investimento. Anch'esso va dunque corretto in un'ottica di maggiore semplificazione di gestione. Molti sostengono che alla base di queste lentezze ed incertezze ci sia anche un eccesso di prudenza da parte dell'Autorità di vigilanza, in questo caso Consob, e che ciò discenda da una preoccupazione dei funzionari di subire conseguenze patrimoniali o penali dal proprio agire. Una *statutory immunity*, ossia una forte limitazione delle condizioni per affermare la responsabilità – ad esempio, limitarla ai casi di dolo – potrebbe agevolare un cambio di mentalità.

Autorità di vigilanza e soggetti vigilati, quindi, dovranno adattarsi ad un contesto in rapida evoluzione, in cui il tema della sostenibilità assume un ruolo centrale.

Cominciando dai soggetti vigilati, se la sostenibilità ambisce a divenire una delle finalità di azione degli amministratori, strategie aziendali, gestione dei rischi, controllo interno e politiche di remunerazione dovranno essere attraversati da rilevanti modifiche al fine di incorporare le pertinenti tematiche di sostenibilità.

Il Codice di Corporate Governance di Borsa Italiana del 2020 raccomanda che l'organo di amministrazione delle società con azioni quotate sul Mercato Telematico Azionario ("MTA") gestito da Borsa Italiana guidi la società perseguendone il «successo sostenibile», ossia, secondo la definizione che ne da lo stesso Codice, la «creazione di valore nel lungo periodo, a beneficio degli azionisti ma tenendo conto degli interessi degli altri *stakeholder* rilevanti per la società», dipendenti *in primis* ma anche fornitori e clienti. Il Codice è uno strumento di *soft law* e l'adesione allo stesso è pertanto volontaria, come si evince dall'art. 123-bis, secondo comma, lett. a), t.u.f. Il *long-termism*, peraltro, si è insinuato non solo nella *soft law* ma anche nel diritto societario europeo o di specifici ordinamenti di paesi europei. Lo troviamo infatti nella *Shareholder Rights Directive II*, che, al suo considerando n. 14, promuove un impegno efficace e sostenibile degli azionisti, considerandolo «uno dei pilastri del modello di governo societario delle società quotate, basato su un sistema di pesi e contrappesi tra i diversi organi e i diversi portatori di interesse»; nel Regno Unito, ove la sez. 172 del *Companies Act* del 2006 ha introdotto e posto in carico sugli amministratori il "*duty*" «*to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole*», avendo riguardo, tra l'altro, a «a*) the likely consequences of any decision in the long term, b) the interests of the company's employees*, c) *the need to foster the company's business relationships with suppliers, customers and others*, d) *the impact of the company's operations on the community and the environment*, e) *the desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct*, and f) *the need to act fairly as between members of the company*», per quanto un'ampia dose di discrezionalità sia lasciata agli amministrativi nel definire il "lungo termine". Anche la Francia ha dimostrato concreta attenzione al tema della sostenibilità emanando la Loi n. 2019-486 du 22 mai 2019 relative *à la croissance et la transformation des entreprises*, ossia in mataria di crescita e trasformazione delle imprese, con la quale è intervenuto sulla

disposizione del *Code Civil* che disciplinava l'interesse sociale, l'art. 1833, in modo tale da accostare a "l'interesse dei soci", l'inciso secondo cui l'impresa è gestita tenendo conto delle problematiche sociali e ambientali della sua attività.

Tornando nuovamente a livello di *soft law*, questa volta internazionale, nei *Principles of Corporate Governance* emanati dall'OCSE nel 2020 emerge con nettezza l'aspettativa che i consigli di amministrazione «*take due regard of, and deal fairly with, other stakeholder interests including those of employees, creditors, customers, suppliers and local communities. Observance of environmental and social standards is relevant in this context*» (sez. VI – The responsibilities of the board). Nel Codice di Borsa Italiana il concetto è reso in forma più sfumata ma è ugualmente presente: «L'organo di amministrazione promuove, nelle forme più opportune, il dialogo con gli azionisti e gli altri *stakeholder* rilevanti per la società» (art. 1 – Ruolo dell'organo di amministrazione, principio n. IV).

Preso atto che le imprese che aderiscono al Codice devono perseguire il successo sostenibile e la creazione di valore nel lungo periodo, spetterà all'organo amministrativo definire le strategie per la realizzazione di tale obiettivo e monitorarne l'attuazione. In tal senso il ruolo fondamentale sarà occupato dal piano industriale, e, nuovamente, il Codice di Borsa Italiana ricorda che esso è il documento programmatico nel quale sono definiti gli obiettivi strategici dell'impresa e le azioni da compiere per realizzare tali obiettivi in coerenza con il livello di esposizione al rischio prescelto, sempre «nell'ottica di promuovere il successo sostenibile della società».

Anche la definizione del sistema di governo societario dovrà svolgersi in modo che venga scelto il modello più funzionale allo svolgimento dell'attività dell'impresa e al perseguimento delle sue strategie, tenendo conto degli spazi di autonomia offerti dall'ordinamento. Inoltre, l'attività di pianificazione e supervisione strategica dovrà ora avere maggiore sensibilità per i problemi sanitari, climatici, ambientali.

Questo nuovo approccio coinvolge necessariamente la composizione quanti-qualitativa degli organi di governo, che sono la leva fondamentale per allineare le imprese alle prospettive di lungo termine. I componenti dell'organo amministrativo – ma considerazioni simili possono essere fatte anche per quelli dell'organo di controllo – dovranno essere anzitutto in grado di comprendere i fattori di sostenibilità e di tradurne i rischi e le opportunità nei loro modelli di business. Ciò comporta l'esigenza di un più proficuo allineamento della cultura aziendale alla durata a lungo termine delle prospettive aziendali: cultura da intendersi, ovviamente, non già come osservanza di regole bensì come convinta adesione ai nuovi principi dell'agire imprenditoriale. Nel processo di nomina dei consiglieri, pertanto, la competenza in materia di sostenibilità andrà tenuta in grande considerazione e dovrà essere tale da consentire loro di esprimere scelte consapevoli – grazie all'informazione che riceveranno e che chiederanno – sugli impatti diretti e indiretti del modello di business aziendale e sui processi di produzione e vendita non solo sugli azionisti ma sugli *stakeholder*, l'ambiente, la comunità di riferimento. L'apertura a questi nuovi obiettivi e la maggior complessità aziendale che ne sarà un'ovvia risultante stimolano a dare concreto valore alle regole, o alle raccomandazioni, sulla diversità nei consigli di amministrazione e nell'alta dirigenza. Una diversificazione non solo di generi ma anche di retroterra culturale e di competenze, che dovrebbe aiutare a governare tale maggior complessità perché intesa a migliorare i processi decisionali attraverso l'ingresso di nuove voci, prospettive, idee per la risoluzione dei problemi; a rafforzare le relazioni con gli investitori; a irrobustire la reputazione aziendale.

Anche le politiche di remunerazione e di incentivazione sono destinate a mutare, dovendo essere coerenti con gli obiettivi di lungo termine, compresi quelli di sostenibilità. La complessità del tema non è di poco conto perché implica il rinvenimento di criteri di collegamento tra gli obiettivi strategici e la parte variabile della remunerazione del manager. Tali criteri dovranno essere misurabili, non

manipolabili, coerenti con i compiti dei manager, fattibili.

Se questi sono gli aspetti ove l'urgenza di apportare modifiche è maggiore, altri dovranno essere presi in considerazione. Centrale sarà la decisione se fare entrare in statuto clausole che impegnino la società a perseguire obiettivi ESG o a devolvere una percentuale di utili al raggiungimento di simili obiettivi; dovrà poi essere rafforzata la trasparenza nei rapporti con soci e *stakeholder*, sicché la struttura delle tradizionali relazioni dovrà essere rivista a tal fine. Accanto alla trasparenza nelle comunicazioni dovranno anche essere studiate forme di coinvolgimento di questi ultimi.

Passando ora ai riflessi sul sistema di controllo interno, al fine di catturare la possibilità di eventi dannosi a lungo termine, come quelli climatici, è giocoforza attendersi che i protocolli per l'analisi dei rischi di sostenibilità, rischio che il Regolamento (UE) 2019/2088 relativo all'informativa sulla sostenibilità definisce come «un evento o una condizione di tipo ambientale, sociale o di governance che, se si verifica, potrebbe provocare un significativo impatto negativo effettivo o potenziale sul valore dell'investimento»; quei rischi, si diceva, vengano rivisti al fine di estendere il relativo quadro temporale a scenari di lungo termine. Che la sostenibilità si integri facilmente nei sistemi di risk management aziendali non è cosa scontata, tanto più se non si fisserà con precisione il perimetro della stessa, tendenzialmente amplissimo visto che comprende non solo le tematiche ambientali ma anche quelle sociali, etiche, di sicurezza, etc. Questo significa, credo, far compenetrare queste tematiche in tutti i processi aziendali, e ciò non episodicamente ma continuativamente. Se così è, il cambiamento pare davvero radicale.

Per quanto riguarda, in modo particolare, la governance delle imprese di investimento, queste dovranno migliorare il monitoraggio dei propri investimenti con particolare riguardo ai rischi per la sostenibilità, in particolare per quanto riguarda gli investimenti in cui hanno un'influenza significativa. Dovranno poi coinvolgere le

imprese partecipate nell'obiettivo di preservare o aumentare il valore a lungo termine per conto di clienti o beneficiari; nel caso di partecipazioni con diritto di voto, poi, esse dovrebbero contribuire ad assumere decisioni attente alla sostenibilità delle società partecipate e alla creazione di valore a lungo termine.

Infine, l'attività di vigilanza.

L'inclusione della sostenibilità nel mandato di vigilanza affidato alle Autorità di vigilanza europee appare scontata, come si ricava dall'emanazione nel 2019 di pertinenti Linee Guida, ma una certezza sui contorni di tale nuovo mandato, con uno sforzo teso a chiarire concetti vaghi quali "fattori ESG", appare necessario per l'efficacia dell'attività "regolamentativa" e di quella di *soft law* di queste Autorità.

Su un piano più concreto, esse dovrebbero essere messe in grado di valutare se i componenti dell'organo amministrativo dell'impresa vigilata, individualmente e collettivamente, sono in grado di identificare e affrontare i rischi a lungo termine e le sfide per la sostenibilità; di comprendere il contesto più ampio dei propri *stakeholder* e di comprendere e rispondere alle preferenze di sostenibilità dei clienti. Per quanto riguarda specificamente il settore bancario, sta alle Linee guida dell'Autorità Bancaria Europea chiarire che la "*risk strategy*" – che l'organo amministrativo è chiamato ad implementare ai sensi dell'articolo 88 della *Capital Requirements Directive* – include i rischi a lungo termine, compresi i rischi di sostenibilità. Analoga incertezza non tocca più, invece, il "*fit and proper assessment*" e il fatto che la capacità richiesta agli amministratori comprenda i rischi a lungo termine, compresi i rischi per la sostenibilità e le opportunità nell'ambito dei criteri di valutazione. In una recente revisione delle Linee Guida in materia si è infatti chiarito che «Qualsiasi riferimento ai "rischi" nei presenti orientamenti dovrebbe includere anche i rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo e i fattori di rischio ambientali, sociali e di governance» (par. 15). Ciò detto, è da tempo oggetto di riflessione la possibilità che i requisiti patrimoniali vengano allentati a favore di chi finanzia progetti sostenibili, imprimendo

– anche nella considerazione sociale, mai tenera verso le banche – l'idea di un sistema finanziario attento e proattivo verso il clima e gli obiettivi di sostenibilità. L'idea merita la massima attenzione perché se ne è certa la valenza sociale, vi è anche il rischio che tale allentamento dei vincoli prudenziali produca l'effetto di far percepire le banche "*green*", sostenibili, come più rischiose, allontanando gli investitori da esse.

Avviandoci verso la conclusione pare necessario dedicare le osservazioni finali alla dimensione non più qualitativa – i tre fattori ESG, dunque – bensì temporale dell'azione imprenditoriale sostenibile. Al suo orizzonte temporale, dunque, che avversa il breve periodo (*short-termism*) e anela, per realizzare la concorrente finalità sociale di cui si è detto, il lungo termine (*long-termism*). Non è questa l'occasione per ricordare i nefasti della visione di breve periodo nella finanza del primo decennio di questo secolo; né, per altro verso, di decantare i vantaggi della visione di lungo termine, oramai risaputi. Sostenibilità e *long-termism* sono concetti complementari: "sostenibilità" è sviluppo dell'impresa nel lungo termine. Si vuol qui solo segnalare come tale proiezione nel lungo termine imponga di accettare l'idea che molte azioni immediate non produrranno subitanei benefici ma, frequentemente, solo costi. Intuiamo tutti come, non solo nella dimensione politica – particolarmente compulsiva nell'attività di ricerca del consenso – ma anche in quella imprenditoriale questo implichi una riforma radicale nel modo di pensare e di agire di chi rappresenta gli interessi di altri, imponendo loro maggiore altruismo ed un'accettazione del rischio dell'impopolarità.

§ § §

Un tempo, nel nostro Paese, chi stava al governo soddisfaceva le aspettative degli elettori facendo promesse che erano finanziate attraverso l'emissione di titoli del debito pubblico. L'orizzonte era il presente ed il presente era il metro di giudizio unico delle azioni dei decisori. Com'è poi andata lo sappiamo ed oggi le nuove

generazioni pagano le conseguenze di quelle sciagurate scelte.

La lezione che il nuovo assetto di governance del sistema finanziario deve dimostrare di aver compreso, per trasmettere le proprie … vigilate riflessioni all'economia reale è che è necessario ricercare la crescita, ma questa deve essere sostenibile. Un nuovo inganno sull'orizzonte da perseguire non sarebbe più accettabile.

Matteo De Poli

Ordinario di Diritto dell'economia

nell'Università degli Studi di Padova

INTERVENTO PUBBLICO E FINANZA SOSTENIBILE PER LA TRANSIZIONE ECOLOGICA *

(*Towards the ecological transition: State measures and sustainable finance*)

ABSTRACT: *Through the Communication regarding the European Green Deal and the "Fit for 55" package the Commission launched a complex decarbonisation strategy partially under attack by the Ukrainian war and the energy crisis. In this context the paper analyses, on the one side, the necessary tools to achieve the objectives towards climate neutrality such as investments in eco-sustainable business and the availability of public funds addressed to mitigate social costs of industrial conversion. On the other side, it recalls the interaction between digital and ecological transitions. Moreover, the paper focuses how the ecological transition needs not only to innovate markets deeply but also consumers' preferences and investment behaviour. In particular, with regard to the choices of individuals in case of sustainable investments, one of the fundamental elements is trust. Trust can only be guaranteed by counteracting greenwashing phenomena and paying attention to the information criticalities generated by social media. All in all, regarding the new market regime, the Commission makes recourse to instruments to plan and steer economic activities in the name of the main interest of the transition.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. Il Green deal oltre l'emergenza energetica. – 2. Un modello di mercato rivisitato per la transizione ecologica. – 3. I consumatori per la transizione energetica. – 4. Il ruolo delle risorse pubbliche e private per la transizione sostenibile. – 5. L'offerta di investimenti sostenibili: valutazione delle attività economiche, affidabilità dei prodotti e tutela degli investitori. – 6. I nuovi rischi per l'investitore nella transizione ecologica e digitale tra *greenwashing* e social media. – 7. Osservazioni finali.

*Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio.

L'articolo è prodotto di una riflessione comune tra le Autrici anche all'interno della Ricerca PRIN – 2017: *Fintech: the influence of enabling technologies on the future of the financial markets*. I pff. 1 -3 e 7 sono da attribuire a L. Ammannati, e i pff. 4, 5 e 6 ad A. Canepa.

1. La Commissione europea, a partire dalla pubblicazione del *Green Deal* alla fine del 2019, ha cercato di prospettare un insieme di politiche finalizzate a fronteggiare i cambiamenti climatici. Questo percorso ha poi incluso un passaggio importante come il *Next Generation EU* (NGEU) che vincola ad investimenti green almeno il 37% delle risorse messe in campo. Si è poi precisato e consolidato con la "normativa europea sul clima" approvata definitivamente nel luglio del 2021 e poi con la comunicazione "*Fit for 55*" che rappresenta una sorta di manifesto per il processo di decarbonizzazione "verso la neutralità climatica" che specifica gli obiettivi da conseguire e gli strumenti da utilizzare nei diversi settori di intervento[1].

La definizione di questi nuovi obiettivi fa emergere come la Commissione abbia intensificato le azioni di contrasto ai cambiamenti climatici in attuazione di una articolata strategia di decarbonizzazione nonostante che la guerra in Ucraina abbia acuito molte delle criticità peraltro già sottese a queste politiche non solo per la crisi energetica[2] ma anche per le nuove dinamiche geopolitiche che vanno ben al di là

(*) L'articolo è prodotto di una riflessione comune tra le Autrici anche all'interno della Ricerca PRIN – 2017: *Fintech: the influence of enabling technologies on the future of the financial markets*. I pff. 1 -3 e 7 sono da attribuire a L. Ammannati, e i pff. 4, 5 e 6 ad A. Canepa.

[1] Comunicazione della Commissione, *Il Green Deal europeo*, COM(2019) 640 final del 11.12.2019 che, nella visione della Commissione, ha gettato le basi per l'economia di domani con strategie sulla biodiversità, economia circolare, mobilità sostenibile, e così via; il Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, che istituisce il Dispositivo per la ripresa e la resilienza; il Regolamento (UE) 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 2021 che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (CE) n. 401/2009 e il regolamento (UE) 2018/1999 («Normativa europea sul clima»); Comunicazione della Commissione, *Pronti per il 55 %: realizzare l'obiettivo climatico dell'UE per il 2030 lungo il cammino verso la neutralità climatica*, COM(2021) 550 final del 14.7.2021. Questo "pacchetto", come è stato definito, prevede una revisione del contesto UE 2030 per energia e clima con l'aggiornamento di una serie di normative e politiche già in essere (dalla revisione *dell'Emission Trading System* e dell'*Effort Sharing Regulation* a quella della tassazione sull'energia e delle direttive sull'energia rinnovabile e sull'efficienza energetica, ecc.) l'introduzione di nuove misure come il *Carbon Border Adjustment Mechanism*, sul quale v. il report relativo ai risultati della *Public consultation on the Carbon Border Adjustment Mechanism* (CBAM) (disponibile in *https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12228-EU-Green-Deal-carbon-border-adjustment-mechanism-_en)*.

[2] La crisi energetica, come sappiamo, non nasce con la guerra in Ucraina ma ha radici più lontane fin dall'autunno del 2021 quando i paesi europei hanno iniziato a predisporre strumenti-tampone, quindi a carattere difensivo, per fronteggiare una situazione economica già in quel momento contrassegnata da particolari difficoltà. Sul punto in partic. le osservazioni di LUCHENA, *Crisi energetica e aiuti di stato*, in *Riv. Trim. Dir. Ec*., supplemento al n. 1/2022, p. 132 ss. Di rilievo in questa ottica la

della guerra in corso e dei suoi possibili esiti immediati. In effetti in questo scenario, fortemente condizionato dalle sanzioni economiche nei confronti della Russia e di recente anche da seri danni alle infrastrutture, si è fatto progressivamente più forte il rischio che i mutamenti intervenuti in questo scorcio di anno possano pesare sulla effettiva attuazione della strategia delineata dalla Commissione.

Da qui si è aperto un dibattito serrato su una necessaria revisione di quella strategia e sulle opportune reazioni alla crisi ucraina. Di fronte a posizioni fortemente contrapposte tra i sostenitori di una difesa della crescita economica anche a spese della sua sostenibilità e quelli più disposti ad una accelerazione del cambiamento, la Commissione ha manifestato un punto di vista di sostanziale conferma del percorso già definito anche nel tentativo di comporre le reazioni degli stati membri di fronte agli effetti più devastanti della crisi. Ha introdotto solo alcune varianti come una accelerata riduzione della dipendenza dalla Russia, la contemporanea diversificazione delle fonti di approvvigionamento energetico e una accelerazione delle misure per l'efficientamento energetico e lo sviluppo delle fonti rinnovabili[3].

Il Green Deal delinea una strategia che, pur senza sovvertire radicalmente le tradizionali dinamiche economiche, prospetta un possibile percorso di trasformazione

---

Comunicazione della Commissione, *Risposta all'aumento dei prezzi dell'energia: un pacchetto di misure di intervento e sostegno*, COM(2021) 660 final del 13 ottobre 2021, ricordata anche nel Report della Commissione (*State of the Energy Union 2022*, COM(2022) 547 final del 18.10.2022) che enumera le diverse tipologie di interventi introdotti dagli stati a seguito della comunicazione (p. 2).

[3] "*Following the invasion of Ukraine by Russia, the case for a rapid clean energy transition has never been stronger and clearer. The EU imports 90% of its gas consumption, with Russia providing more than 40% of the EU's total gas consumption. Russia also accounts for 27% of oil imports and 46% of coal imports.*

The EU needs to be ready for any scenario. It can reach independence from Russian gas well before the end of the decade. The sooner and more decisively we diversify our supply, accelerate the roll out of green energy technologies and reduce our demand of energy, the earlier we can substitute Russian gas": sono queste le frasi con cui si apre la nota Comunicazione della Commissione REPowerEU del marzo 2022 (EU Commission, Communication from the Commission, *REPowerEU: Joint European Action for more affordable, secure and sustainable energy,* (COM(2022) 108 final del 8.3.2022). V. anche il successivo *REPowerEU Plan* elaborato a seguito delle conclusioni del Consiglio europeo del 24 e 25 marzo dove si riafferma a sostanziale coerenza con gli obiettivi del Green Deal e del pacchetto "Fit for 55" che però richiedono una maggiore tempestività verso la piena attuazione (EU Commission, Communication from the Commission, *REPowerEU Plan* (COM(2022) 230 final) del 18.5.2022).

Sul punto v. anche ASVIS (Alleanza Italiana per lo Sviluppo Sostenibile), *Rapporto 2022: L'Italia e gli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile*, 2022.

del modello economico e sociale europeo finora in essere[4]. Inoltre l'insieme delle politiche della Commissione riconducibili al contesto della transizione ecologica sembra confermare l'obiettivo di una crescita sostenibile dove la sostenibilità si ponga come criterio di selezione nel quadro di un mercato concorrenziale tra le "attività ecosostenibili" e quelle che non lo sono[5]. In questa ottica, sebbene il progetto di conciliare decarbonizzazione e sviluppo economico sia stato sotto attacco da più parti fin dall'inizio[6], la Commissione ha predisposto numerosi interventi normativi che rafforzano il percorso delineato nel Green Deal, la transizione verde che si accompagna a quella digitale[7] e al pacchetto del "Next Generation EU". Il percorso delineato dalla Commissione lascia intravedere una stretta correlazione tra la strategia del Green Deal e il programma Next Generation EU (NGEU), in quanto una serie di obiettivi delineati nel Green Deal coincidono con quelli del NGEU che, tra l'altro, prevede il finanziamento di alcune azioni dello stesso Green Deal[8].

La Commissione ha poi riaffermato con la comunicazione REPowerEU[9] la

[4] V. Comunicazione della Commissione, *Il Green Deal europeo*, cit., in particolare il pf. 2.1.3.

[5] La definizione di attività ecosostenibile, riconducibile per lo più al fatto di non arrecare "un danno significativo a nessuno degli obiettivi ambientali" ("*Do No Significant Harm*" – DNSH), è contenuta nel cd regolamento tassonomia (regolamento UE 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2020 *relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088*, in partic. artt. 3, 9, 10 e 17). Per una interpretazione del principio che ritiene questa una misura coerente con una visione gradualistica della transizione, v. DE VINCENTI, *Il principio "do no significant harm": due possibili declinazioni*, in *Astrid Rassegna*, 2/2022.

[6] Un'analisi delle diverse posizioni in partic. in CAFAGNO, *Analisi economica del diritto e ambiente. Tra metanarrazioni e pragmatismo*, in *Dir. econ*., 2019, p. 155 ss.; ID., *Cambiamenti climatici tra strumenti di mercato e potere pubblico*, in CARTEI (a cura di), *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Torino, 2013, p. 105 ss.; SCOTTI, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Diritto econ.*, 2019, p. 493 ss.; MOLITERNI, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, in *RQDA*, 2020, p. 32 ss.

[7] Sul tema delle sinergie e tensioni tra le due transizioni, v. da ultimo Communication from the Commission, *2022 Strategic Foresight Report - Twinning the green and digital transitions in the new geopolitical context*, COM(2022) 289 final del 29 giugno 2022; e per alcuni spunti di riflessione RENDA, *L'Unione Europea e l'insostenibile leggerezza del web*, in *Riv. della Reg. dei Mercati*, 1/2021, p. 3 ss..

[8] Sul nesso tra strategia del Green Deal e NGEU, v. CHITI, *Managing the ecological transition of the EU: the European Green Deal as a regulatory process*, in *Common Market Law Review* 59, 2022, p. 25 ss.; e ID., *Managing the Ecological Transition of the European Union*, in *RQDA*, 1/2021.

[9] Comunicazione della Commissione, *REPowerEU*, COM(2022) 108 final, del 8.3.2022 con particolare attenzione agli allegati 1 e 2, dove il primo sostiene che la situazione dei mercati energetici

strategia tendente a preservare uno spazio alle politiche concorrenziali[10]. Il successivo Piano REPowerEU[11] si innesta sul pacchetto 'Fit for 55' integrando gli interventi relativi alla sicurezza dell'approvvigionamento e stoccaggio dell'energia attraverso, come dicevamo, una serie di azioni supplementari finalizzate ad una trasformazione strutturale del sistema energetico dell'UE.

Per completare il quadro degli interventi dell'UE ormai approvati o in cantiere dobbiamo ricordare la proposta di regolamento che modifica il NGEU con la previsione che ai piani di ripresa e resilienza sia aggiunto un capitolo dedicato al piano REPowerEU. È evidente che il NGEU, che si configurava come strumento di attuazione accelerata delle transizioni verde e digitale e di crescita dell'economia europea post-pandemia, vincolando ad investimenti green almeno il 37% delle risorse disponibili, rappresenta, proprio attraverso i PNRR, un veicolo privilegiato per intensificare gli interventi necessari a ridurre il deterioramento delle prospettive economiche ed evitare effetti di crisi della coesione sociale e territoriale degli stati

può richiedere l'intervento degli stati membri per conseguire obiettivi politici ma riafferma che una applicazione di prezzi regolati deve essere eccezionale e limitata nel tempo e il secondo definisce il contesto in cui gli stati membri possono decidere eccezionalmente di adottare misure fiscali tese a redistribuire parte dei rendimenti ottenuti da specifici produttori di energia
In Italia, sul versante del sostegno ai consumatori v. i cd 'decreti aiuti' rinnovati a più riprese: 1) l. 27 aprile 2022, di conversione del d.l. 1 marzo 2022, n.17; 2) l. 15 luglio 2022, n. 91 di conversione del d.l. 17 maggio 2022, n.50; 3) l. 21 settembre 2022, n. 142 di conversione del d.l. 9 agosto 2022, n. 115. Riguardo le misure di prelievo straordinario su impianti che utilizzano fonti rinnovabili v. l. 28 marzo 2022, n. 25 di conversione del d.l. 27 gennaio 2022, n. 4, art. 15-bis e il cd. contributo contro il caro bollette (d.l. 21 marzo 2022,n. 21 (art. 37) cov. In l. 20 maggio 2022, n. 51.

[10] Certamente questo non esclude che le politiche della concorrenza nel contesto definito dal Green Deal e di un diverso modello di disciplina dei mercati siano subordinate a rilevanti aggiustamenti già in corso. Per quanto riguarda la riflessione della dottrina, v. MURACA, *Tutela della concorrenza e sostenibilità ambientale: un dialogo difficile ma necessario*, in *Riv. della Reg. dei Mercati*, 1/2021 che rileva come il dibattito sul rapporto tra concorrenza e sostenibilità fosse già emerso da tempo ancora prima di essere legato alla realizzazione del Green Deal in quanto si è fatta strada l'idea "che vede le norme antitrust quali potenziale ostacolo all'adozione di pratiche sostenibili, e dunque alla realizzazione di obiettivi di interesse generale" e d'altra parte ritiene "che una collaborazione tra imprese sia necessaria per ottenere progressi significativi in ambito ESG e che molte di queste iniziative siano frustrate dai rischi connessi a una rigida applicazione della normativa antitrust" (p. 74). Per una più generale riflessione sul tema, v. BRUTI LIBERATI, La strategia europea di decarbonizzazione e il nuovo modello di disciplina dei mercati alla prova dell'emergenza ucraina, in *Riv. della Reg. dei Mercati*, 1/2022, in partic. p. 5 ss.

[11] Comunicazione della Commissione, Piano REPowerEU, COM(2022) 230 final, del 18 maggio 2022.

membri[12].

In sintesi al PNRR è riconosciuto un ruolo di "quadro strategico" per le iniziative previste dal piano REPowerEU con l'obiettivo di ottimizzare la complementarietà e la coerenza delle strategie adottate "per promuovere l'indipendenza e la sicurezza dell'approvvigionamento energetico dell'Unione e mitigarne i costi e gli impatti socioeconomici durante la transizione"[13].

In questa prospettiva la proposta di compromesso elaborata dal Consiglio sottolinea con enfasi come di fronte alla crisi energetica che sta aggravando l'impatto sociale ed economico della pandemia con un incremento pesante del carico finanziario per i consumatori, in particolare quelli domestici con bassi redditi e le imprese più deboli, i nuovi interventi pubblici debbano includere investimenti e strumenti di supporto finanziario di più lungo termine[14] .

[12] Commissione europea, Proposta di *regolamento che modifica il regolamento (UE) 2021/241 per quanto riguarda l'inserimento di capitoli dedicati al piano REPowerEU nei piani per la ripresa e la resilienza e che modifica il regolamento (UE) 2021/1060, il regolamento (UE) 2021/2115, la direttiva 2003/87/CE e la decisione (UE) 2015/1814*, COM(2022) 231 final del 18.5.2022. La Commissione propone di aumentare la dotazione finanziaria del piano per la ripresa e resilienza di 20 miliardi di € sotto forma di sovvenzioni, provenienti dalla vendita di quote di emissioni del sistema ETS attualmente detenute nella riserva stabilizzatrice del mercato.

[13] Riguardo le possibili modifiche dei PNRR nazionali la Commissione nella Relazione iniziale afferma che "la proposta è in linea con gli orientamenti strategici forniti nell'ambito del semestre europeo. Gli Stati membri che propongono una modifica dei propri piani per la ripresa e la resilienza dovranno dimostrare che le misure sono in grado di dare efficacemente seguito alle raccomandazioni specifiche per paese formulate in tale contesto. La relazione sui progressi compiuti nell'attuazione delle misure e delle azioni incluse nei capitoli nazionali dedicati al piano REPowerEU avverrà nell'ambito dell'attuale quadro del semestre europeo, come previsto dal regolamento che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza" (p. 3). Come sostiene anche il report della Commissione sullo State of the Energy Union 2022 sia il piano REPowerEU che i capitoli da includere nei piani nazionali di ripresa e resilienza debbono essere considerati nell'aggiornamento dei Piani nazionali integrati per l'energia e il clima da sottoporre alla Commisione alla metà del 2023 (Report from the Commission, *State of the Energy Union 2022*, COM(2022) 547 final del 18.10.2022, p. 19).

[14] V. la proposta di compromesso sulla base del testo della Commissione Council of the EU, Interinstitutional File: 2022/0164 (COD) del 3.10.2022 (*https://www.consilium.europa.eu/media/59346/st12662-re02-en22.pdf*) in partic. il punto (8a). Nella sua proposta il Consiglio limita l'obbligo per gli Stati membri di presentare il capitolo REPowerEU solo ai casi in cui desiderano chiedere finanziamenti aggiuntivi. E modifica anche l'origine dei fondi per il piano REPowerEU e il criterio di ripartizione dei 20 miliardi aggiuntivi proposti dalla Commissione. Riguardo le fonti di finanziamento dei 20 miliardi aggiuntivi, anziché la vendita all'asta dalla riserva stabilizzatrice del mercato per il sistema di scambio di quote di emissione (ETS), il Consiglio opta per una combinazione di fonti: il Fondo per l'innovazione (75%) e l'anticipazione delle quote ETS (25%). Sul criterio di ripartizione

Certamente la Commissione e le istituzioni europee non sembrano voler rinunciare ad obiettivi di crescita (sostenibile) oppure a preservare le condizioni istituzionali destinate a promuovere investimenti da parte dei privati. Tuttavia nella fase più recente della crisi energetica sembrano intenzionate a favorire la messa in atto di interventi pubblici per ridurne l'impatto devastante soprattutto per alcuni gruppi di cittadini e di imprese.

Su un versante diverso ma strettamente connesso agli interrogativi sul ruolo e sulla estensione dell'intervento pubblico, l'incremento del consumo di carbone, in particolare nella generazione elettrica, ha rinfocolato il dibattito sulle sorti effettive della strategia energetica europea e del Green Deal. In considerazione dei motivi che hanno spinto molti paesi europei verso un recupero della fonte fossile più inquinante (iniziale ripresa economica, condizioni climatiche, crisi ucraina con prezzo del gas alle stelle) la domanda è se la transizione energetica va avanti oppure se siamo di fronte ad una inversione di direzione[15]. Sia la Commissione che i governi nazionali tendono a rassicurare che il ritorno al carbone sia solo una necessità contingente e che, anzi, l'emergenza possa accelerare la trasformazione. Comunque un punto cruciale è senz'altro quello della quota di investimenti da destinare alla transizione verde[16] considerando che i governi stanno stanziando somme rilevanti per difendere i consumatori dai rincari dell'energia ma anche per ampliare o costruire nuove infrastrutture per le fonti fossili (come ad es. i rigassificatori)[17].

introduce una formula che tiene conto della politica di coesione, della dipendenza degli Stati membri dai combustibili fossili e dell'aumento dei prezzi degli investimenti.

[15] V. sul punto il numero di RIENERGIA. *Ambiente e risorse, punto per punto* del 12 ottobre 2022: *La transizione tra carbone e rinnovabili*, e in particolare il contributo di MIGLIAVACCA, *Primum vivere, deinde decarbonizzare*, che sostiene che "l'insicurezza energetica rimane il principale nemico del Green Deal. Questa crisi dovrebbe far riflette l'Europa sulla reale fattibilità degli obiettivi che si è auto-imposta al 2050: per raggiungerli, abbiamo dato per scontato la continuità delle forniture di gas russo".

[16] Ricordiamo che la Commissione europea ha stimato che per raggiungere gli obiettivi climatici ed energetici per il 2030 sarebbero necessari investimenti nel settore dell'energia (esclusi i trasporti) per 336 miliardi di euro all'anno, cioè il 2.3 % del PIL.

[17] Qui si possono includere anche gli investimenti in infrastrutture per il gas naturale e l'energia nucleare in quanto funzionali alla transizione ecologica purché rispondenti a determinati requisiti di sostenibilità come contenuto nel Reg. delegato del 9 marzo 2022 (C(2022) 631 final) cui rinviava il cd "regolamento tassonomia".

2. Allo stato attuale è realisticamente difficile valutare in che modo e con quali tempi la strategia di decarbonizzazione possa conseguire gli obiettivi originariamente fissati per il 2030 e 2050 di fronte all'inasprirsi della crisi ucraina ed energetica. Se, come appena rilevato, sono evidenti le incertezze sul rispetto della *road map* fissata dalla Commissione, è altrettanto evidente che emergono con più forza due fattori strettamente interconnessi con il progetto di transizione ecologica. Il primo, rafforzato da un contesto potenzialmente recessivo e inflazionistico, induce a forzare i contorni del modello di mercato disegnato dalla stessa strategia di decarbonizzazione verso un ruolo più forte e finalizzato delle istituzioni pubbliche. Il secondo, che fa in qualche modo da sfondo e offre le coordinate di riferimento, delinea un modello più efficiente di utilizzo delle risorse che segna un cambio di passo incisivo, anche se non immediatamente dirompente, rispetto a quello tradizionale fondato sul paradigma di una economia lineare (produzione, utilizzo, consumo) e di una crescita illimitata della produzione e del consumo.

In questo contesto emerge un approccio alla sostenibilità fondato sull'idea, ampiamente condivisa, dell'inevitabile esaurimento delle risorse e sulla promozione del modello di economia circolare che da tempo ha trovato spazio nel diritto europeo fino al recente piano d'azione per l'economia circolare della Commissione europea divenuto parte della strategia del Green Deal[18]. Infatti l'Unione Europea con la Normativa sul clima aveva lanciato una sfida estremamente ambiziosa: progettare "una nuova strategia di crescita" in cui "la crescita economica sarà dissociata dall'uso

[18] Comunicazione della Commissione, *Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare. Per un'Europa più pulita e più competitiva* (COM(2020) 98 final del 11.3.2020). Inoltre, il documento della Commissione EU, *Circular Economy Action Plan. For a cleaner and more competitive Europe*, 2021.
Sull'economia circolare v. tra l'altro DE LEONARDIS, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost*., in *RQDA*, 2020, 1, p. 65 ss.; COCCONI, *Un diritto per l'economia circolare*, in *Dir. Econ.*, 2019, 3, pp. 113 -162; CELATI, *L'intervento pubblico per la riconversione ecologica dell'economia,* Padova, 2021.

delle risorse"[19].

Nel disegno della Commissione il nuovo paradigma dell'economia circolare non appare tanto come uno strumento finalizzato soltanto alla protezione dell'ambiente, quanto piuttosto sembra disegnato come strumento di politica industriale, capace di orientare e di attrarre investimenti e di generare valore. Difatti è sempre più evidente che l'utilizzo efficiente delle risorse è "un obiettivo non solo ambientale ma, altresì, di competitività industriale"[20].

In effetti, in considerazione delle istanze di decarbonizzazione e di riconversione ecologica delle economie (come nel progetto di circolarità) si prospetta un nuovo modello di politica industriale cui si accompagna la necessità di misure atte a garantire la sostenibilità sociale della transizione[21]. Tutto ciò implica una 'riscoperta' dell'intervento pubblico che non vuole manifestarsi come strumento di imposizione di obblighi positivi nei confronti delle imprese e del mercato ma come istanza di finalizzazione delle attività economiche secondo il principio della sostenibilità ambientale. Quindi l'intervento pubblico, quale strumento diretto a quel fine, si qualifica come meccanismo di normazione del mercato in quanto diretto a orientare le imprese nelle loro scelte produttive (tecniche e sistemi produttivi, impianti, materiali, ecc.). Riprendendo qui una efficace espressione, occorre "immaginare un mercato orientato a una competitività strumentale al raggiungimento dei fini sociali"[22] .

In altre parole, il disegno di un diverso modello di crescita e di sviluppo delineato dalla comunicazione sul Green Deal e dalla normativa europea sul clima richiede una riforma economica e sociale diretta a ridimensionare le pretese di auto-

[19] Regolamento (UE) 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 2021 *che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (CE) n. 401/2009 e il regolamento (UE) 2018/1999 («Normativa europea sul clima»)*, considerando 2.
[20] Sul punto v. COCCONI, *Un diritto per l'economia circolare*, cit., p. 116 ss. e 159.
[21] Riguardo il peso della politica industriale nella realizzazione degli obiettivi della transizione ecologica, v. CEPS Task Force Report del 2021 – Editors: RENDA – SCHAUS, *Towards a resilient and sustainable post-pandemic recovery. The new industriale strategy for Europe*, Brussels.
[22] CELATI, *L'intervento pubblico per la riconversione ecologica dell'economia. Modelli, strumenti e prospettive giuridiche*, Milano, 2.

regolazione dei poteri privati e a riconoscere allo stato il ruolo di indirizzare il mercato verso finalità di interesse generale senza per questo riproporre modelli di disciplina del mercato ormai superati in gran parte dei paesi dell'UE[23].

È innegabile che la trasformazione, seppure graduale, del modello di politica industriale comporta, tra l'altro, la riconversione di molte imprese, in particolare nei settori dell'industria pesante (come chimica, siderurgia o cemento)[24]. Il perseguimento della neutralità climatica, l'utilizzo sostenibile delle risorse come le necessarie limitazioni al declino della biodiversità[25] comportano una profonda trasformazione delle tradizionali politiche sociali ed economiche guidata dalla coesistenza tra strumenti di mercato e investimenti in progetti sostenibili[26].

La riconversione di interi settori produttivi, la sostituzione di molte tecnologie o la chiusura di impianti in vaste aree di numerosi paesi europei comportano enormi costi economici e sociali. Infatti diverse categorie di lavoratori, piccole imprese e cittadini/consumatori saranno investiti dalle conseguenze della riconversione industriale e dell'introduzione di nuovi standard regolatori in aree come l'edilizia e i trasporti[27], una volta superata (quando?) l'emergenza attuale prodotta dall'incremento spesso fuori controllo del costo del gas e dell'energia.

---

[23] Sul ritorno ad una politica industriale che supera il modello (neo)liberista, v. BRUTI LIBERATI, che sostiene che questo può accadere in un contesto "meno condizionato da pregiudizi di ordine ideologico e dunque più orientato ad una pragmatica valutazione dei vantaggi, come anche dei limiti e dei problemi, connessi ad interventi attivi sui mercati da parte di soggetti istituzionali" (voce *Industria*, in *Enc. dir.*, *I Tematici III*, *Funzioni amministrative*, Milano, 2022, p. 654).

[24] "Just five industries (cement and concrete, iron and steel, oil and gas, chemicals, and coal mining) together are responsible for 80% of industrial emissions", come affermato in WORLD ECONOMIC FORUM, Fostering *Effective Energy Transition*. 2022 Edition, Insight Report, May 2022, p. 5.

[25] Sul tema v. Risoluzione del Parlamento europeo sulla *strategia dell'UE sulla biodiversità per il 2030 - Riportare la natura nella nostra vita* (2020/2273(INI)) del 9 giugno 2021 e la recente proposta di regolamento della Commissione europea, Proposal for a Regulation *on nature restoration*, COM(2022) 304 final del 22.6.2022.

[26] Communication from the Commission, *2022 Strategic Foresight Report - Twinning the green and digital transitions*, cit., p. 11 ss.

[27] In particolare su questi temi, v. INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, G20 Sustainable Finance Working Group Input Paper: *Finance for a Just Transition and the Role of Transition Finance*, May 2022. Sulle conseguenze di una estensione del meccanismo ETS all'edilizia e al trasporto su strada oltre che a quello marittimo, v. tra l'altro, *Editorial Comments*, in *Common Market Law Review* 58, 2021, p. 1331 ss.

Entrambe le situazioni rendono necessario un nuovo approccio attraverso forme di socializzazione dei costi in particolare nei confronti di chi abbisogna di un paracadute di protezione sia con la creazione di fondi pubblici a sostegno della transizione ecologica (tra questi, di rilievo il Fondo per la transizione giusta e quello per la modernizzazione)[28] che con l'erogazione in corso di aiuti a livello nazionale e dei fondi potenzialmente disponibili per l'attuazione del Piano REPowerEU, come ricordato in precedenza. In più possiamo fare riferimento anche alla creazione del fondo europeo del *Next Generation EU* che indirizza gli stati membri con finanziamenti[29] ad attuare attraverso i Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza (PNRR) riforme e investimenti finalizzati a perseguire soprattutto le transizioni gemelle, verde e digitale.

Certamente nel quadro di un progetto di transizione già avviata fin dall'inizio su un percorso non lineare, gli eventi più recenti e i conseguenti effetti almeno di medio termine hanno ulteriormente aggravato l'incertezza che di regola caratterizza le fasi di superamento di uno *status quo ante*. Tuttavia, come da più parti si osserva, questo non può ribaltare un percorso di transizione senz'altro sfidante ma percorribile gradualmente cedendo alla tentazione soluzioni radicali dalla prospettiva della decrescita al ritorno a forme di programmazione autoritativa e nazionalizzazioni[30], nonostante l'esempio divergente di alcuni stati membri come Francia e Germania[31].

[28] Fondo per la "Transizione giusta", istituito con il Regolamento (UE) 2021/1056 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 giugno 2021, nonché del Fondo per la modernizzazione disciplinato dall'art. 10-quinquies della direttiva 2003/87/CE, di cui la Commissione ha proposto un aggiornamento e un rifinanziamento nell'ambito del Pacchetto Fit for 55, e del Fondo sociale per il clima, di cui il medesimo Pacchetto ha previsto l'istituzione con la Proposta di regolamento COM(2021) 568 final del 14 luglio 2021.

[29] V. i fondi per specifiche finalità: REACT-EU (50,6 miliardi di euro); Orizzonte Europa (5,4 miliardi); Fondo InvestEU (6,1miliardi); Sviluppo rurale (8,1 miliardi); Fondo per una transizione giusta (JTF) (10,9 miliardi); RescEU (2 miliardi).

[30] Su questi temi, da ultimo, BRUTI LIBERATI, *La strategia europea di decarbonizzazione e il nuovo modello di disciplina dei mercati alla prova dell'emergenza ucraina*, in *Riv. della Reg. dei Mercati*, 1/2022.

[31] Il governo francese ha annunciato per inizio novembre 2022 la completa nazionalizzazione di Edf finalizzata alla manutenzione delle centrali nucleari ed il governo tedesco ha deciso di procedere a quella di Uniper che è il principale importatore di gas russo in Germania.

Comunque quello che emerge con evidenza è che la transizione ecologica non può essere affidata alla auto-regolazione del mercato ma richiede meccanismi di programmazione pubblica, sebbene, come dicevamo, non si tratta di un ritorno alle pianificazioni spazzate via alla fine del secolo scorso dalle regolazioni pro-competitive e condizionali[32]. Tuttavia il ricorso ad un approccio programmatorio rappresenta una innovazione non solo nel linguaggio ma anche nello schema delle politiche pubbliche per il diritto europeo da qualche decennio improntato nettamente al modello di quelle regolazioni[33].

In effetti la Commissione ricorre a tutti gli strumenti di programmazione disponibili nel Green Deal e tra questi rilevano i Piani nazionali integrati per l'energia e il clima[34], così come configura il programma *Next Generation EU* come un "atto di programmazione urgente ad effetti permanenti"[35] e ancora i piani per una transizione giusta o quelli di garanzia per giovani.

3. Il successo della transizione ecologica ed energetica dipende anche da una necessaria crescita della consapevolezza riguardo la posta in gioco quando si ha a che fare con il cambiamento climatico, con l'impronta del carbonio e con i

[32] Sull'intervento pubblico del passato e su quello possibile del presente, v. AMATO, *Bentornato stato, ma*, Bologna, in partic. p. 57 ss.

[33] L'idea di una completa obsolescenza della programmazione spazzata via dalle regolazioni dimentica che questa è rimasta nel tempo assumendo forme diverse e utilizzando strumenti rinnovati (v. RANGONE, *Le programmazioni economiche. L'intervento pubblico tra piani e regole*, Bologna, 2007, in particolare il cap. nono dove l'A. annovera la creazione di mercati artificiali tra le regolazioni incentivanti che hanno potuto essere utilizzate in funzione di programmazione (p. 154 ss.).

[34] AMMANNATI, *La governance dell'Unione dell'Energia: dalla regolazione ai 'piani'*, in *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, Volume I, Napoli, 2019, pp. 3 -24.

[35] PASSALACQUA, *Green Deal e transizione digitale verso un diritto eventuale*, in PASSALACQUA (a cura), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, Milano, p. 12. Un approccio analogo, cioè che il NGEU rappresenti una sorta di programmazione economica, v. tra l'altro CLARICH, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Corr. giur.*, 8-9/2021, 1029; D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e ripresa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, p. 7. Per un punto di vista analogo nella prospettiva di supportare lo strumento Recovery Plan con una adeguata teoria sul ruolo dell'investimento pubblico in quel contesto, v. TONOLETTI, *L'investimento pubblico nel Dispositivo di ripresa e resilienza e lo Stato come agente macroeconomico dell'economia di mercato*, in *Riv. della Reg. dei Merc*., 1/2022, p. 38 ss.

comportamenti individuali che rappresentano un fondamentale supporto per raggiungere gli ambiziosi traguardi nella lotta ai gas serra e al cambiamento climatico.

In un'ottica generale, è emersa e si sta consolidando una forte spinta al coinvolgimento della società, nelle sue diverse componenti, nei processi decisionali riguardo le politiche per la neutralità climatica: da una parte, grazie all'azione della Commissione "per promuovere il dialogo e la diffusione di informazioni scientificamente fondate" e, dall'altra, alla proposta diretta agli stati di un "dialogo multilivello" come dimensione del dibattito pubblico[36].

È ormai opinione condivisa che sul mercato dell'energia il lato della domanda, cioè le prassi e le abitudini di consumo dei cittadini ma anche delle imprese, sia un elemento cruciale per ridurre il consumo di energia anche nell'uso delle tecnologie digitali. Non è questa la sede per affrontare il tema ma, come ci dimostra ormai una vasta letteratura, il comportamento e le decisioni dei destinatari delle regole dipendono in larga misura dalle variabili che contribuiscono a disegnare e organizzare il contesto in cui sono destinate ad operare[37]. Inoltre, su un versante diverso ma strettamente intersecato, la rapida estensione delle nuove tecnologie digitali in tutti i settori dell'economia e della vita sociale impatta in modo significativo (sia positivo che negativo) sui comportamenti individuali.

Con riferimento alla sfida delle transizioni gemelle, come delineate a livello dell'UE, la correlazione/conflitto tra transizione ecologica ed energetica e transizione digitale impatta, in entrambi i sensi, in particolare sulla prima. Di fronte al cambiamento climatico cioè alla più grande minaccia del nostro secolo, sia per la sopravvivenza del pianeta che delle generazioni future, le tecnologie digitali e tra

[36] V. regolamento (UE) 2021/1119, *Normativa europea sul clima*, cit., sia all'art. 9 che all'art. 13 che modifica l'art. 11 del regolamento (UE) 2018/1999 sulla governance dell'Unione dell'energia che affida agli stati membri la creazione del "dialogo multilivello" sul clima e sull'energia dove anche i Piani nazionali integrati per l'energia e il clima potranno essere discussi.

[37] Sul tema della *behavioural regulation*, v. tra i tanti contributi: THALER - SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile (trad.it). Milano*, 2014; THALER, *Misbehaving. La nascita dell'economia comportamentale* (trad. it.), Torino, 2018; VIALE, *Oltre il nudge*, Bologna, 2018; RANGONE, *Errori cognitivi e scelte di regolazione*, in *Analisi giuridica dell'economia,* 2012; DI PORTO-RANGONE, *Behavioural Science in practice: lessons for EU Rulemakers*, in ALEMANNO-SIBONY (a cura di), *Nudge and the law. A European perspective*, London, 2015.

queste l'intelligenza artificiale possono esercitare un ruolo di particolare rilevanza.

Infatti, in questo contesto, grazie alle enormi masse di dati che è in grado di elaborare, l'IA può dare un contributo cruciale ad es. con l'analisi delle tendenze climatiche presenti e con la previsione degli sviluppi futuri nonché dell'impatto e del successo o insuccesso delle politiche[38].

Tuttavia, la più grande sfida legata all'uso della IA per combattere il cambiamento climatico è valutare e dare conto dell'impronta ecologica della tecnologia stessa. Per un verso, una quota significativa di questa impronta è prodotta dalla potenza di calcolo necessaria per addestrare i sistemi di *machine learning*, il che richiede potenti *data center*. Per un altro, la rapida estensione delle tecnologie digitali e del loro utilizzo, finché non saranno più efficienti dal punto di vista energetico, produrrà un costante incremento dei consumi derivato dalla crescente produzione e uso di apparati domestici, di piattaforme, di centri per i dati e crypto asset. Attualmente le ICT sono responsabili più o meno tra il 5 ed il 9% dell'uso globale di elettricità e di circa il 3% delle emissioni di gas serra.

Per converso, come afferma anche il Parlamento europeo in una recente risoluzione le tecnologie ICT, sulla base di una regolazione attenta e lungimirante, potrebbero aiutare a ridurre le emissioni di gas serra in una misura 10 volte superiore alla impronta ecologica delle tecnologie stesse[39].

Quindi, la transizione ecologica può disporre di una serie di opportunità che, tra l'altro, proprio l'intelligenza artificiale mette a disposizione del cambiamento climatico, anche in linea con la normativa e i valori dell'Unione, ma che necessariamente deve evitare un insieme di insidie sia tecniche che ambientali.

Inoltre la stessa IA può contribuire a ottimizzare generazione, uso e consumo dell'energia. Proprio nel settore energetico, fin dai primi passi della liberalizzazione, il

[38] Queste tematiche, con uno sguardo attento all'obiettivo di sviluppare e governare eticamente l'IA in particolare con riferimento al cambiamento climatico, v. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi*, *opportunità*, *sfide*, Milano, 2022, p. 297 ss.

[39] European Parliament resolution on *Artificial Intelligence in a digital age* (2020/2266(INI)) del 3.2.2022, punti 37, 39, 40, 41.

legislatore europeo ha proposto di riconoscere importanti competenze e autonoma capacità di scelta al consumatore energetico: dalla scelta del proprio fornitore con la liberalizzazione del mercato *retail* alla progressiva valorizzazione del lato della domanda con la possibilità per gli utenti di esercitare un attento controllo sui propri consumi, grazie all'evoluzione dei sistemi di misurazione, in funzione degli obiettivi di efficienza energetica disposti nel quadro della transizione energetica dell'Unione[40].

Senza poter entrare qui nel dettaglio del ruolo che l'innovazione tecnologica ha ricoperto nel processo di liberalizzazione anche riguardo il modo di produrre, trasportare e distribuire l'elettricità[41], il punto di maggiore interesse per il nostro discorso riguarda il modo in cui viene consumata. In questa prospettiva la transizione energetica e le politiche di decarbonizzazione mettono in luce la necessità di una "trasformazione culturale, comportamentale e tecnologica"[42].

Qui se la tecnologia ha consentito il passaggio ad una generazione decentrata grazie alla realizzazione di sistemi propri di auto-approvvigionamento anche da parte dei piccoli consumatori, ha anche innescato un processo di *empowerment* (capacitazione) dell'utente che va oltre la possibile riduzione delle asimmetrie informative e gli consente una partecipazione e un ruolo attivo nella strategia energetica[43]. In questo nuovo scenario si muove la figura del *prosumer* (*producer–consumer*) che contribuisce al perseguimento degli obiettivi di riduzione delle

[40] V. Direttiva 2012/27/UE del 25 ottobre 2012 sull'efficienza energetica; e il più recente testo Direttiva (UE) 2018/2002 dell'11 dicembre 2018 che modifica la direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica. Sul punto del ruolo del consumatore, v. tra l'altro AMMANNATI, *Le politiche di efficienza energetica nel quadro del pacchetto europeo clima-energia*, in *Amministrazione in Cammino*, 2013.

[41] Su questo tema v. più in generale FAVARO, *Regolare la "transizione energetica": Stato, mercato, innovazione*, Padova, 2020, p. 179 ss.

[42] AMMANNATI, *Una nuova governance per la transizione energetica dell'Unione europea. Soluzioni ambigue in un contesto conflittuale*, in AMMANNATI (a cura di), *La transizione energetica*, Torino, 5.

[43] Comunicazione della Commissione, Un *"new deal" per i consumatori di energia*, COM(2015) 339 final, del 15.7.2015, che afferma che è necessario "assicurare un sistema dell'energia inclusivo mettendo i cittadini nella condizione di svolgere un ruolo attivo nella transizione energetica, produrre la propria energia rinnovabile e diventare efficienti dal punto di vista energetico".

emissioni di gas ad effetto serra[44].

In altre parole la tecnologia sta innovando profondamente non solo i mercati ma anche abitudini e preferenze dei consumatori spostando il baricentro dal lato dell'offerta a quello della domanda. In effetti l'acquisizione di maggiore consapevolezza riguardo prelievi e consumi di energia elettrica può essere senz'altro agevolata dal passaggio alla seconda generazione di *smart metering*, cioè di misuratori di energia elettrica che offrono una funzione di interfaccia con il cliente finale al quale vengono fornite informazioni, ad esempio, sia sul tempo effettivo di utilizzo che sull'immissione e il prelievo di energia elettrica[45].

In considerazione delle potenzialità delle nuove tecnologie e della IA stupisce che solo pochi paesi nell'elaborazione dei progetti nazionali abbiano valorizzato le applicazioni dell'IA per raggiungere gli obiettivi del Green Deal in molti settori, dal traffico alle reti di ricarica delle auto elettriche alla economia circolare[46].

Sempre nella prospettiva di coniugare transizione ecologica e riduzione dei consumi energetici ma anche sviluppo economico è da valorizzare la posizione delle c d. "Comunità energetiche" locali previste dalla normativa europea e adesso introdotte anche nel nostro ordinamento[47], alle quali possono partecipare sia

---

[44] Su questo, MURRU, *La regolazione dei prosumer*, in AMMANNATI (a cura), *La transizione energetica*, cit., p. 161.

[45] I misuratori di seconda generazione non solo forniscono informazioni sul consumo giornaliero e sul costo effettivo ma consentono anche ai venditori di offrire contratti innovativi con servizi personalizzati e a valore aggiunto (dall'automazione e dalla domotica al *load-schifting* e così via). Sul punto v. anche DE MIN, LO SCHIAVO, *Un nuovo paradigma dei consumi elettrici per un consumatore più evoluto*, in AMMANNATI (a cura), *La transizione energetica*, cit., p. 142 ss.

[46] European Parliament resolution on A*rtificial Intelligence in a digital age*, cit., punto 38.

[47] Direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla *promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili* e direttiva UE 2019/944, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 giugno 2019, relativa a *norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che modifica la direttiva 2012/27/UE, nonché recante disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento UE 943/2019 sul mercato interno dell'energia elettrica e del regolamento UE 941/2019 sulla preparazione ai rischi nel settore dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2005/89/CE.*
Per le norme interne, v. d.lgs. n. 199/2021, *Attuazione della direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili*; e d.lgs. n. 210/2021, *Attuazione della direttiva UE 2019/944, del Parlamento europeo e*

soggetti pubblici che privati, con l'obiettivo di promuovere la decarbonizzazione dei sistemi economici e locali e di agevolare produzione, scambio e consumo di energia principalmente da fonte rinnovabile[48]. Le comunità energetiche possono contribuire allo sviluppo economico ed ambientale dei territori oltre che rappresentare un diverso modello di *governance* della transizione energetica basato anche su una collaborazione orizzontale tra cittadini e amministrazioni locali[49].

4. Già nel 1992 il documento dell'Assemblea generale United Nations Environmental Programme (UNEP) in vista dell'Earth Summit di Rio de Janeiro evidenziava l'imprescindibilità di una discussione congiunta degli aspetti finanziari con le esigenze di sviluppo economico e una crescente attenzione agli aspetti ambientali e di sostenibilità[50]. Negli anni questa correlazione è stata definita in modo sempre più chiaro fino all'accordo di Parigi che ha riconosciuto l'importanza del sistema finanziario nel perseguimento di uno sviluppo sostenibile e *climate-resilient*[51]. Peraltro gli avvenimenti succedutisi negli ultimi 15 anni ed in particolare la crisi finanziaria e quella sanitaria generata dal Covid-19 hanno reso ancor più evidente la presenza di nuove vulnerabilità, il legame sempre più stretto tra cambiamenti climatici e stabilità finanziaria e la conseguente improcrastinabilità di interventi[52].

La transizione verso un'economia più sostenibile appare però un processo che richiede tempo, interventi regolatori e, soprattutto, risorse vista la necessità di

del Consiglio, del 5 giugno 2019, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica.

[48] Sulla natura e ruolo delle comunità: cd Comunità di Energia Rinnovabile (v. Dir. (UE) 2018/2001) e Comunità Energetiche dei Cittadini (direttiva (UE) 2019/944), v. FAVARO, *Pubblico, privato e collettivo: la transizione ecologica tra società e comunità*, in *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, aprile 2022.

[49] FAVARO, *Regolare la "transizione energetica": stato, mercato, innovazione*, cit., p. 122 ss.

[50] Si veda United Nations Environment Programme, Report of the Governing Council, New York 3-5 febbraio 1992, punto 26. Il documento è reperibile su *www.wedocs.unep.org*.

[51] Si veda l'art. 2 lett. c dell'Accordo di Parigi sottoscritto da 170 il 12 dicembre 2015 nell'ambito della 21° Conferenza della UNFCC (COP21) entrato in vigore il 4 novembre 2016, rep. sul sito *www.unfccc.int*.

[52] Sul punto si veda in particolare CAPRIGLIONE, *Il dopo Covid-19: esigenza di uno sviluppo sostenibile*, Nuova giur. Civ. comm., 2020, p. 2 ss.

modificare e riorientare le strategie aziendali[53], compresa una maggiore diligenza ai fini della sostenibilità[54], i processi produttivi ed i comportamenti dei singoli. Solo così, come chiarito dal Green Deal e dal Piano di Azione del 2018, si può realizzare l'obiettivo di un'economia "climaticamente neutra"[55]. Una simile transizione richiede investimenti significativi in tutti i settori dell'economia difficilmente realizzabili attraverso le sole risorse pubbliche[56]. Come sottolineato dalla Commissione nella sua comunicazione per il finanziamento della transizione ad un'economia sostenibile "è necessario un allineamento di tutte le risorse finanziarie, sia pubbliche che private, sia nazionali che multilaterali"[57]. Ciò si traduce nella necessità di raccolta di capitale pubblico che, come delineato nell'aggiornamento della Strategia Industriale 2020[58], può essere in parte già disponibile grazie agli stanziamenti del Quadro finanziario pluriennale (QFP), quelli del Next Generation EU (NGEU) di cui una quota pari al 30% è previsto che venga raccolto grazie ad obbligazioni verdi[59] e quelli della Banca Europea per gli Investimenti.

[53] Sul punto si vedano in particolare LEMMA, *Quali orizzonti per la corporate governance? (Spunti dal libro "Metamorfosi della governance bancaria" e dal nuovo regolamento della Banca d'Italia in materia di governo societario del 5 dicembre 2019*), in questa Rivista, 2020, p. 103 ss.; CAPRIGLIONE, *Il sistema finanziario verso una transizione sostenibile*, in questa Rivista, 2021, il Quaderno Consob, *La finanza per lo sviluppo sostenibile*, n. 1 giugno 2022, rep. sul sito *www.consob.it*; PELLEGRINI, *Il ruolo dello stato nella transizione della finanza verso la sostenibilità*, PASSALACQUA (a cura di), *Diritti e mercati*, cit., p. 88 ss. e SACCO GINEVRI, *Divagazione su corporate governance e sostenibilità,* in questa Rivista, suppl. 3 al n.1/2022, p. 83 ss.

[54] Si veda in tal senso la proposta di direttiva relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva 2019/1937, COM(2022) 71 del 23 febbraio 2022.

[55] Comunicazione della Commissione, Aggiornamento della nuova strategia industriale 2020: costruire un mercato unico più forte per la ripresa dell'Europa, COM(2021)350, 5 maggio 2021, p.1.

[56] È previsto anche ad es. il coinvolgimento della Banca europea per gli investimenti che aumenterà la percentuale verde dei suoi investimenti fino al 50% delle operazioni entro il 2025.

[57] Si veda la Comunicazione della Commissione, Strategy for *Financing the Transition in a Sustainble Economy*, COM(2021)390, 6 luglio 2021.

[58] Si veda la Comunicazione della Commissione del 5 maggio 2021, Aggiornamento della nuova strategia industriale 2020: costruire un mercato unico più forte per la ripresa dell'Europa, COM(2021)350.

[59] Sulle obbligazioni verdi è in corso di discussione anche una proposta di Regolamento presentata il 7 luglio 2021, COM(2021)391. La ratio dell'intervento è quella di favorire un'espansione di questo tipo di obbligazioni visto che l'emissione di queste obbligazioni rappresentava solo il 4% dell'emissione complessiva di obbligazioni societarie nel 2020. Si veda in tale senso sia la dichiarazione di U. Von der Leyen, State of the Union Address 2020, European Parliament Plenary, 16 September 2020 sia il Report della Commissione Europea, European Financial Stability and Integration Review, 2021.

Le risorse pubbliche non sono però sufficienti ed è necessario coinvolgere anche i capitali privati attraverso il mercato. Questi ultimi possono svolgere un ruolo importante nel perseguimento degli obiettivi di sostenibilità e lotta ai cambiamenti climatici. Infatti, come evidenziato anche da recenti studi, i mercati azionari tendono a riallocare gli investimenti verso i settori più efficienti in termini di emissioni, anche se dagli ultimi dati il trend sembrerebbe modificarsi, e possono così indirizzare le industrie più inquinanti verso l'adozione di tecnologie per l'incremento della loro "efficienza climatico-ambientale"[60]. Questa dinamica può essere molto utile perché rende il perseguimento degli obiettivi di sostenibilità non solo una finalità dell'Unione Europea ma anche un'opportunità per l'impresa di migliorare la propria attività e incrementare l'appetibilità delle sue attività. La presenza di un possibile duplice vantaggio per il perseguimento della sostenibilità e per lo sviluppo dell'impresa è però accompagnata anche da possibili maggiori rischi per l'investitore. Infatti la possibilità di intercettare nuove opportunità di investimento spinge ad incrementare rapidamente la disponibilità di prodotti e servizi finanziari orientati alla sostenibilità e questo può facilitare anche la commercializzazione di prodotti che, alla luce delle attività considerate, non presentano le condizioni per essere qualificati come "verdi[61]".

In questo senso garantire trasparenza e certezza per chi investe e intende supportare la transizione ecologica appare più complesso di quanto potrebbe apparire ad un primo sguardo ed è per questo che, alla luce quanto previsto dal Piano di azione per finanziare la crescita sostenibile del 2018, negli ultimi anni sono stati adottati interventi specifici[62]. In particolare le tre finalità principali perseguite sono

[60] Si veda in particolare DE HAAS, A. POPOV, *Finance and carbon emissions*, ECB Working Paper Series, N.2318, settembre 2019, rep. sul sito *www.ecb.europa.eu*.
[61] Sulla difficile definizione di "green" si veda in particolare il Rapporto della Commissione Europea, *Defining "green" in the context of green finance*, Directorate for Environmental, ottobre 2017.
[62] Sul Piano e gli interventi finora attuati si vedano in particolare BUSCH, FERRARINI, VAN DE HURK, *The European Commission's Sustainable Finance Action Plan,* ottobre 2018, rep. sul sito *www.ssrn.com* e BROZZETTI, *Profili evolutivi della finanza sostenibile: la sfida europea dell'emergenza climatica e ambientale*, in PASSALACQUA (a cura di), *Diritti e mercati*, cit. p. 197 ss.

state: 1) favorire un riorientamento dei capitali verso un'economia più sostenibile, 2) integrare la sostenibilità nella gestione del rischio 3) incrementare la trasparenza anche attraverso l'introduzione di una tassonomia dei prodotti finanziari in base alla loro capacità di raggiungere obiettivi di sostenibilità[63]. L'efficacia di sistema identificativo è però solo uno degli aspetti nel quadro di realizzazione di un mercato dei prodotti finanziari sostenibili. Infatti l'individuazione dei parametri per qualificare le attività non sono sufficienti senza un'attenzione al ruolo svolto dai soggetti, operatori e investitori ed alle relazioni tra di essi intercorrenti.

5. Alla base della qualificazione di un investimento come sostenibile c'è l'individuazione di attività economiche in grado di contribuire ad obiettivi ambientali, di *governance* e sociali alla luce di indicatori chiave relativi ai differenti ambiti tra i quali l'utilizzo di energia, di suolo e materie prime, la produzione di rifiuti, l'emissione di gas ad effetto serra, il *risk management*, la trasparenza fiscale nonché la promozione della coesione sociale nelle sue differenti forme[64]. Questi elementi però da soli non appaiono sufficienti. Infatti è necessaria anche una contestuale capacità di non arrecare danni significativi ad uno degli obiettivi citati ed il rispetto di garanzie minime di salvaguardia. In sintesi i benefici prodotti devono essere superiori alle

[63] Regolamento n.852 del 18 giugno 2020 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del Regolamento 2019/2088.

[64] Come definito dal Reg. 2019/2088 (SFDR) art.2 p.17 relativo all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari è definito sostenibile un "investimento in un'attività economica che contribuisce a un obiettivo ambientale, misurato, ad esempio, mediante indicatori chiave di efficienza delle risorse concernenti l'impiego di energia, l'impiego di energie rinnovabili, l'utilizzo di materie prime e di risorse idriche e l'uso del suolo, la produzione di rifiuti, le emissioni di gas a effetto serra nonché l'impatto sulla biodiversità e l'economia circolare o un investimento in un'attività economica che contribuisce a un obiettivo sociale, in particolare un investimento che contribuisce alla lotta contro la disuguaglianza, o che promuove la coesione sociale, l'integrazione sociale e le relazioni industriali, o un investimento in capitale umano o in comunità economicamente o socialmente svantaggiate a condizione che tali investimenti non arrechino un danno significativo a nessuno di tali obiettivi e che le imprese che beneficiano di tali investimenti rispettino prassi di buona governance, in particolare per quanto riguarda strutture di gestione solide, relazioni con il personale, remunerazione del personale e rispetto degli obblighi fiscali".

eventuali criticità generate[65] anche se l'inclusione di alcune attività economiche nel settore del gas e dell'energia nucleare tra quelle in grado di garantire la transizione sostenibile ha riaperto il dibattito su questo aspetto[66].

In questo quadro i partecipanti al mercato finanziario (banche, assicurazioni, gestori di fondi…) progettano e rendono disponibili prodotti finanziari sostenibili o quantomeno orientati alla sostenibilità. Questo farebbe pensare ad una situazione nella quale l'investitore interessato può facilmente individuare o essere guidato nell'individuazione del prodotto più in linea con le sue aspettative.

In realtà la questione è più complessa. L'identificazione e l'attendibilità dell'eco-sostenibilità di un investimento appare tutt'altro che semplice senza un'adeguata trasparenza sulle informazioni di carattere non finanziario necessarie per valutare sia il perseguimento degli obiettivi menzionati sia l'aspettativa di sostenibilità.

Per questo negli ultimi anni si è registrata una tendenza da parte delle imprese alla presentazione di report di sostenibilità rafforzata dalla previsione di obblighi informativi dettagliati. Gli obblighi sono delineati in modo da garantire trasparenza fin dal momento precontrattuale e consentono l'identificazione dei prodotti finanziari sostenibili nonché le modalità di calcolo utilizzate per definirne gli indici nonché i rischi e i principali impatti negativi di sostenibilità[67]. Ciò sembrerebbe ridurre l'asimmetria informativa degli investitori, anche grazie ad una semplificazione della comparabilità tra i prodotti, e, contestualmente sembrerebbe utile al fine di un progressivo riorentamento delle risorse verso obiettivi di sostenibilità. In realtà permangono alcune criticità sia dal punto di vista dell'identificazione del grado di

[65] Si veda il Regolamento 2019/2088 art.3.

[66] Tali previsioni sono state inserite nel regolamento delegato del 9 marzo 2022. Sulla questione si vedano in particolare BRUTI LIBERATI, *La strategia europea di decarbonizzazione*, cit., p. 3 ss.: DE VINCENTI, *Il principio "do no significant harm": due possibili declinazioni*, in *Astrid Rassegna*, 2022, 2 e AMMANNATI, *Transizione energetica, "just transition" e finanza,* in questa rivista, 2022, suppl. 1, p. 289 ss.

[67] Si vedano gli art. 8 e 9 del Reg. 2019/2088. Per un approfondimento su questo aspetto si veda in particolare SALERNO, *L'integrazione dei fattori di sostenibilità nelle regole di comportamento dell'intermediario finanziario: un ritorno al modello di distribuzione "orientato al prodotto"*, in *Dir. della banca e del merc. finanz.*, 1/2022, p. 53 ss.

sostenibilità dei prodotti finanziari, compreso il loro livello di rischio, sia delle scelte effettuate dai singoli con conseguenze anche sulla composizione attuale del panorama degli investitori a maggioranza istituzionali.

Tra le difficoltà attuali, capaci di frenare un maggiore coinvolgimento dei privati nel "mercato sostenibile", si possono annoverare fattori inerenti le imprese ed in particolare la difficoltà di misurare in modo omogeno le performance e l'esistenza di comportamenti scorretti (si pensi al greenwashing) e "fattori umani". In particolare questi ultimi riguardano l'assunzione in autonomia della decisione sugli investimenti. Tale scelta comporta la necessità di avere competenze adeguate al fine di comprendere e selezionare le proposte in grado di coniugare sostenibilità e redditività[68] e può in ogni caso esporre il singolo all'adozione di decisioni caratterizzate da elementi di irrazionalità.

In questo quadro, l'attività dell'intermediario può dare un contributo anche dal punto di vista della fiducia del singolo[69] nell'affidabilità di quanto acquistato, come riconosciuto dal Piano d'Azione europeo[70] e dal Regolamento delegato 2021/1253[71]. In particolare il Reg. 2021/1253 ha stabilito che i fornitori di consulenza in materia di investimenti e servizi di gestione del portafoglio introducano anche gli elementi di sostenibilità per la definizione dei profili del cliente attraverso specifiche "domande per identificare le preferenze di sostenibilità individuale". Inoltre "al fine

[68] Sul punto ad esempio alcuni studi attraverso indagini su gruppi di potenziali investitori hanno evidenziato una correlazione tra istintività e rapidità di assunzione della scelta e investimento effettuato pressoché esclusivamente sulla base dei parametri di sostenibilità. Si veda in particolare BASSEN, GODKER, LUDEKE-FREUND, OLL, *Climate Information in Retail Investors' Decision Making: Evidence from a choice experiment*, in *Organization & Environment*, 2019, p. 62 ss.

[69] Sulla complessità del concetto di fiducia e la sua evoluzione si veda in particolare NORTH, WEINGAST, *The Role of Institutions in the Revival of Trade: The Medieval Law Merchant*, in *Economics and Politics*, 1990, vol. 2, p. 1 ss.

[70] Il Piano di Azione sulla Finanza sostenibile p.6 attribuisce loro un ruolo centrale nel riorientare il sistema finanziario verso la sostenibilità.

[71] Va ricordato a completamento che il Regolamento delegato 20211255 è intervenuto modificando il regolamento delegato 231/2013 per quanto riguarda i rischi di sostenibilità e i fattori di sostenibilità di cui i gestori di fondi alternativi devono tenere conto. Sul punto in particolare DONATO, PROVIDENTI, *Fondi immobiliari e fattori ESG: tra selezione degli investimenti e misurazione dei rischi*, in *Astrid Rassegna*, n.15/2022, *www.astrionline.it*.

di prevenire la vendita impropria e il greenwashing, non dovrebbero raccomandare o decidere di negoziare strumenti finanziari come rispondenti alle preferenze di sostenibilità individuali se essi non soddisfano tali preferenze"[72].

In realtà proprio l'introduzione delle preferenze di sostenibilità nella forma di integrazione obbligatoria della profilatura del cliente o, come semplice elemento di valutazione, è stata oggetto di approfondita discussione in sede di approvazione del regolamento per le differenti conseguenze che ne derivavano[73]. Infatti, in un caso, quanto raccomandato doveva rispondere contestualmente anche alle preferenze di sostenibilità eventualmente espresse, mentre nell'altro, come attualmente previsto dall'art.54, rappresentava uno degli elementi dei quali tenere conto in sede di proposta al cliente seppur dopo la valutazione delle altre informazioni[74].

L'inserimento delle preferenze, seppur utile, potrebbe comunque non essere sufficiente sia perché non tutti gli emittenti sono soggetti all'applicazione della direttiva 2014/95[75] sia perché il processo decisionale dell'investitore *retail* non sempre prevede il coinvolgimento di un intermediario. Proprio in questo secondo caso assumono maggiore rilievo elementi quali la scarsa attenzione alle informazioni raccolte, l'incapacità di riconoscere fenomeni di greenwashing e la possibile ridotta razionalità del singolo.

---

[72] Si vedano rispettivamente il cons. 5 e 7 del Regolamento delegato 2021/1253 che modifica il Regolamento delegato 2017/565 per quanto riguarda l'integrazione dei fattori di sostenibilità, dei rischi di sostenibilità e delle preferenze di sostenibilità in taluni requisiti organizzativi e condizioni di esercizio delle attività delle imprese di investimento.

[73] Va ricordato come l'ESMA nelle sue linee guida relative alla MIFID II avesse indicato come "it would be a good practice for firms to consider non-financial elements when gathering information on the client's investment objectives" e nello specifico "collect information on the client's preferences on environmental, social and governance factors", Final Report: Guidelines on certain aspects of the MiFID II suitability requirements, 28 May 2018, p 38.

[74] Per una ricostruzione della lunga discussione in sede di approvazione si vedano in particolare COLAERT, *integrating sustainable finance into the MIFID II and IDD Investor Protection Framework*, J. Ronse Institute, Working Paper Series, m.06/2020, November 2020 e MEZZANOTTE, *Accountability in EU Sustainable Finance: Linking the Client's Sustainability Preferences and the MIFID II Suitability Obligation*, in *Capital Market Law Journal*, 2021, p. 482 ss.

[75] Va segnalato come quest'aspetto sia stato indicato tra gli aspetti sui quali intervenire nell'indagine coinvolta nei confronti di un gruppo di gestori di attivi operanti in Italia e pubblicata nel Quaderno Consob, Gestione del risparmio e sostenibilità: l'approccio dei gestori in Italia, giugno 2022, n.2, rep. sul sito *www.consob.it*.

L'importanza di questi aspetti è indirettamente confermata dai dati del Report Flash Eurobarometer appena pubblicati dai quali si evince che solo il 45% degli intervistati assume decisioni sui propri risparmi in base alle raccomandazioni fornite dalle banche o da altri promotori finanziari mentre tutti gli altri decidono in autonomia. In quest'ultima situazione, secondo i dati, tra i principali strumenti di ausilio utilizzati si individuano i siti di comparazione e le riviste specializzate, i consigli di amici e o suggerimenti provenienti dai social media, compresi quelli degli influencers[76]. Alla domanda specifica sui social media e il grado di fiducia le risposte appaiono differenziate fra i paesi europei ma, in particolare in alcuni paesi come Bulgaria e Cipro, le percentuali appaiono rilevanti visto che il 39% degli intervistati dichiara di avere piena fiducia nei contenuti in essi presenti[77].

Un simile quadro delinea l'esistenza di possibili nuove fonti di vulnerabilità connesse alla transizione ecologica e digitale[78] e, nello specifico, derivanti sia dallo sfruttamento, da parte delle imprese, di situazioni di asimmetria informativa in merito alla sostenibilità che dalle tecnologie intese come piattaforme di social media altamente capaci, per loro natura, di orientare le decisioni comprese quelle finanziarie.

Del resto, come ben evidenziato anni fa dalla Financial Conduct Authority, la vulnerabilità non è solo uno stato nel quale il consumatore si trova per sue caratteristiche ma può essere determinata dal comportamento degli operatori ed è priva di confini predefiniti[79]. Per questo la sua individuazione richiede un attento

[76] Sul ruolo degli influencer nell'orientamento delle decisioni finanziarie si consenta il rinvio a CANEPA, *Social media e fin-influencers come nuove fonti di vulnerabilità digitale nell'assunzione delle decisioni di investimento*, in questa rivista, 1/2022, p. 307 ss.

[77] In Italia in realtà la percentuale risulta più elevata e pari al 57%. Si veda il Report Flash Eurobarometer 509, *Retail Financial Services and Products*, ottobre 2022, p. 3 ss.

[78] Va ricordato come tra i vantaggi derivanti dallo sviluppo tecnologico una recente dottrina suggerisca la possibilità di sfruttare token e blockchain ai fini della tutela del consumatore proprio da fenomeni di asimmetria informativa e greenwashing. Si veda in particolare ZETZSCHE, SORENSEN, *Building blocks of a Green Fintech System – Towards an Regulatory Antidote to Greenwashing*, July 2022.

[79] Si veda Financial Conduct Authority (FCA), Occasional Paper, n.8, 2015 p. 8 e 19, rep. sul sito *www.fca.org.uk*.

esame non solo dei rapporti tra imprese e investitori per verificare la capacità di "controllare"[80] le interazioni di mercato ma anche delle situazioni che "may lead them to behave in ways that may increase the risk of detriment"[81].

6. Come ricordato, ormai da diversi anni si registra un'attenzione crescente dei singoli per l'adozione di abitudini e consumi più sostenibili declinata in ambito finanziario da un interesse per investimenti definibili sostenibili.

Quest'aspetto in sé positivo comporta rischi di vulnerabilità derivanti dal comportamento delle imprese e dei singoli. Infatti l'attenzione alla sostenibilità da parte degli investitori può spingere le imprese a cercare di massimizzare da subito la loro fisionomia sostenibile anche quando ancora non è realizzata o difficilmente lo sarà nel breve periodo.

Una simile dinamica è incentivata non solo dalla volontà di attrarre un possibile nuovo bacino di investitori ma anche dall'intenzione di evitare tentazioni di disinvestimento, già verificatisi in passato, anche attraverso l'adozione di iniziative statali, come quella irlandese, volte a ridurre il quantitativo di risorse investite in prodotti finanziari non sostenibili[82]. Proprio questa preoccupazione, pur non essendo l'unica causa, può favorire l'adozione di comportamenti scorretti da parte delle

[80] Il Final Report della Commissione Europea, *Consumer Vulnerability Across Key Markets in the European Union* del 2016 fa proprio riferimento al potere ed al controllo come elementi comuni nelle definizioni di vulnerabilità intese in senso ampio e non solo con riferimento al settore finanziario. Si veda il Report, p. 43. Per una comparazione del concetto di vulnerabilità tra Occcasional paper e Final Report si veda BERTI DE MARINIS, *La tutela del cliente vulnerabile*, Banca Borsa Titoli di Credito, 2018, p. 651 ss.

[81] FCA, Occasional paper, cit., p. 21.

[82] Va ricordato come già nel 2018 in Irlanda fosse stata approvata una legge per il disinvestimento statale dei fondi provenienti da società di combustibili fossili. Nello specifico il Fossil Fluel Disinvestment Act, number 29, stabiliva limiti all'investimento da parte della National Trasury Manament Agency in base ai quali non potevano essere fatti investimenti diretti nelle imprese di combustibili fossili e neppure in fondi nei quali simili imprese fossero presenti. Il testo del provvedimento è rep. su *http://www.ilo.org.* Singoli soggetti avevano assunto decisioni simili di non investimento o disinvestimento come ad es., sempre nel 2018, la Caisse des Depots et Consignations francese. Si veda Communiquè de Presse, Groupe Caisse des Depôts, Climat: la Caisse des Depôts accelere sa strategie bas-carbone, November 2018, rep. su *https://www.caissedesdepots.fr*.

imprese per non perdere quote importanti di mercato e risorse[83]. Infatti parte della dottrina ritiene che la soluzione migliore potrebbe essere favorire un disinvestimento "progressivo" cioè non totale ed immediato bensì dilazionato in modo da favorire il fatto che l'impresa modifichi, o quantomeno avvii, la transizione verso la sostenibilità per evitare ulteriori disinvestimenti[84].

Il principale problema dei comportamenti citati risiede nel fatto che sono difficilmente riconoscibili soprattutto per quella percentuale, non trascurabile, di investitori retail che assume le proprie decisioni di investimento in autonomia e cioè senza l'ausilio di raccomandazioni specializzate. In genere tra coloro che procedono in questo modo ci sono soggetti che utilizzano frequentemente le piattaforme ed internet e sono potenzialmente in grado di reperire, attraverso questi canali, sia le informazioni che i prodotti di loro interesse e procedere eventualmente anche all'acquisto. In questo quadro però la ricerca e soprattutto la verifica dell'attendibilità e veridicità delle informazioni appare un procedimento complesso e non privo di rischi. Se poi in realtà non si compie neppure una ricerca di informazioni affidabili ma ci si affida a scarne indicazioni diffuse nelle proprie reti di appartenenza sui social media tali rischi aumentano notevolmente.

Le possibili conseguenze derivanti da quanto descritto non si traducono solo in ripercussioni economiche per il singolo ma possono riguardare anche il buon funzionamento del mercato di prodotti finanziari nonché il raggiungimento degli obiettivi di sostenibilità. Del resto, l'esistenza di pratiche di greenwashing è frutto di dichiarazioni non veritiere sul grado di sostenibilità delle attività delle imprese e queste risultano più facili da divulgare attraverso internet e soprattutto attraverso i

[83] Sul tema dei disinvestimenti si vedano in particolare SWAIN, *Policy of disinvestment and Corporate Social Responsability*, 2010, e BAG, *Disinvestment Dilemma: an Empirical Analysis*, june 2022 entrambi rep. sul sito *www.ssrn.com.*

[84] In questo senso si veda in particolare EDMANS, LEVIT, SCHNEEMEIER, *Socially Response Divestment*, EGCI Working Paper Series, n.832, July 2022, rep. su *www.ssrn.com*.

social media[85].

Come ben evidenziato da Capriglione "la tecno finanza impatta spesso sulle modalità dell'*agere* (e conseguentemente sul funzionamento dei mercati) determinando pericolose ricadute sulla circolazione della ricchezza sottratte alla trasparenza ed alla rigorosa affidabilità di un'attività svolta in conformità al perimetro della regolazione"[86]. In questo caso proprio la combinazione crescente di utilizzo di servizi finanziari digitali, sfruttamento di internet per reperire le informazioni e affidamento sui social media per indirizzare e supportare le decisioni mostrano crescenti rischi sul piano della trasparenza e della tutela dell'investitore visto che tutta l'attività 'social', compresa l'attività di orientamento degli influencers finanziari, non è attualmente inclusa nel perimetro regolatorio.

In questo quadro non solo i fenomeni di greenwashing possono proliferare e, proprio sul loro monitoraggio e supervisione, la Commissione ha recentemente attivato una call for advice con ESAs[87] ma vi è spazio anche per il verificarsi di situazioni di "semplice" confusione o scarsa conoscenza sia dei temi finanziari che di quelli di sostenibilità. Basti pensare in questo senso alla crescente proliferazione di *rankings* e *ratings* di sostenibilità, supportati anche da riconoscimenti attribuiti e/o pubblicizzati da testate giornalistiche o organizzazioni e poi pubblicizzati dalle imprese attraverso differenti canali di comunicazione per attestare la loro sostenibilità senza garanzie in tal senso[88].

Quanto appena descritto mette in luce un altro elemento strettamente collegato alla trasparenza e cioè la necessità di saper interpretare le informazioni a

[85] Sul punto si vedano in particolare YOUNG, SCHUMACHER, *Defining Greenwashing*, maggio 2022 e ZETSCHE, ANKER-SORENSEN, *Building Blocks*, cit., entrambi rep. sul sito *www.ssrn.com*.
[86] Si veda CAPRIGLIONE, *Le criptoattività tra innovazione tecnologica ed esigenze regolamentari*, in questa rivista, 2022.
[87] Si veda European Commission's call for advice to the ESAs on greenwashing monitoring and supervision, 15 agosto 2022.
[88] Sulla proliferazione di ratings e rankins di sostenibilità e la possibilità che i singoli siano indotti in errore si veda in particolare JACOBS, FINNEY, *Defining sustainable business – beyond greenwashing*, in *Virginia Environmental Law Journal*, 2019, p. 99 ss.

partire da quelle finanziarie grazie ad un'adeguata alfabetizzazione[89]. Una simile conoscenza risulta fondamentale per comprendere e saper distinguere le informazioni affidabili e "di base" in grado di svolgere un ruolo "chiave per aiutare gli investitori al momento di valutare l'opportunità di investire in titoli"[90] nonché saper distinguere le comunicazioni di marketing[91]. Probabilmente però nel caso specifico richiede di essere arricchita anche con elementi capaci di supportare l'identificazione di parametri riconosciuti inequivocabilmente come indici di sostenibilità. Una simile combinazione di competenze può influire positivamente su alcune questioni di "*mislead investor*" derivanti non solo da aspetti di contenuto ma anche dalla modalità di presentazione delle informazioni[92].

Questo mix di conoscenze presenta una rilevanza specifica per le generazioni più giovani visto il loro alto tasso di permanenza sui social media per le loro interazioni, per la formazione delle loro decisioni ed anche per gli acquisti[93] alla luce della progressiva trasformazione di queste piattaforme in spazi di *social commerce*[94].

[89] Sul ruolo dell'alfabetizzazione finanziaria si vedano tra gli altri SICLARI, *Tutela del risparmio, educazione finanziaria e principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale*, in AA.VV. *Le regole del mercato finanziario*, Padova, 2010 p. 79 ss.; PARACAMPO, *Il ruolo dell'educazione finanziaria nella recente disciplina del mercato finanziario*, in *Riv. dir. banc*, 2011, rep. sul sito *www.dirittobancario.it*, 6, 2012 e KAISER, LUSARDI, MENKHOFF, URBAN, *Financial education affects financial knowledge and downstream behavior*, NBER Working paper series n.27057, April 2020.

[90] Va ricordato come l'art.94 del TUF al co.8 utilizzi il riferimento citato in un diverso contesto e ai fini dell'individuazione della responsabilità derivante dalla nota di sintesi.

[91] Come noto al concetto di informazioni di base fa riferimento il TUB agli art. 120 octies co. 2 per quanto concerne i contratti di credito specificando come gli annunci pubblicitari indicano alcune informazioni di base "in maniera chiara, precisa, evidenziata e, a seconda del mezzo utilizzato, facilmente leggibile o udibile" e di cui si fornisce anche un elenco.

[92] Sulla questione si veda anche il recente rapporto OICV-IOSCO, Reccomandations on Sustainability-Related Practices, Policies, Procedures and Disclosure in Asset Management, Novembre 2021, p. 28 ss.

[93] Significativi appaiono i dati nella fascia di età tra i 18 e i 34 anno dell'Italia Consumer Goods &FMCG, *Influence of social media or celebrities on the purchase of consumer goods in Italy in 2019, by age group*, nel quale il dato di "influenza" risulta al 23,4% nella fascia di età 18-34, il 16,2% in quella 35-64 e il 5% in quella over 65, nonché dell'*Advertising formats driving Gen Z brand discovery in Italy as of March 2021* entrambe rep. sul sito *www.statista.com*. Per l'Austria, Handels Verband, *Consumer-Check zur Generation Z*, 18 June 2019, rep. sil sito *www.handelsverband.at*.

[94] Sul fenomeno del social commerce e le sue peculiarità si vedano in particolare YANG, *Community buyers' affective reactions in social commerce: stimuli and response,* in *Joun. Econ. Busin.*, 2020 e ZHANG, KWARK, WANG, SHIN, *Impact of Covid-19 crisis on social commerce: an empirical*

Proprio questa categoria di soggetti risulta più esposta ad una sorta di "effetto contesto"[95] e contestualmente è indotta alla assunzione di decisioni, comprese quelle di investimento, in tempi molto rapidi. Infatti, in questo caso, i canali digitali più che una modalità per acquisire rapidamente maggiori informazioni rappresentano piuttosto uno strumento di selezione veloce funzionale alla decisione indipendentemente dall'attendibilità e professionalità della fonte. Questa rapidità di decisione è in grado di generare pericolosi effetti sul mercato anche alla luce della capacità delle reti di appartenenza di favorire l'assunzione decisioni coordinate da parte di un numero molto elevato di utenti in un arco temporale ristretto come avvenuto nel caso Gamestop[96].

7. Ancora nella recente comunicazione "Twinning the green and digital transitions in the new geopolitical context", la Commissione riafferma come lo scenario geopolitico e le conseguenti sfide non faranno deviare l'Unione dal perseguire i suoi obiettivi di lungo termine. Quindi, in un'ottica strategica, è cruciale considerare l'interazione tra le transizioni ecologica e digitale[97]. La capacità di reciproca trasformazione tra le transizioni gemelle si manifesta sia nel ruolo chiave

analysis of E-Commerce social activities during the pandemic, September 2020, entrambi rep. su *www.ssrn.com*.

[95] Sul c.d. "effetto contesto" si vedano in particolare TVERSKY, KAHNEMAN, *The framing of decision and the psicology of choice*, Science, 1981, p. 453 ss.; ROSZKOWSKI, SNELBECKER, *Effects of "framing" on measures of risk tolerance: Financial planners are not immune*, in *Journal of Behavioral Economics* 1990, n. 3, p 237 ss.; LINCIANO, *Le distorsioni comportamentali e la consulenza finanziaria,* in *AGE*, 2012, p. 1 ss. e MORERA, MARCHISIO, *Finanza, mercati e regole….ma soprattutto persone,* in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2012, 19-48.

[96] Sul caso Gamestop si vedano in particolare LUCANTONI, *Negoziazioni ad alta frequenza tra oclocazione dell'algoritmo e "gamefication" del contratto d'investimento*, in *questa Rivista*, 2021, n. 3 suppl.; ARRIGONI, *La tutela dell'investitore alla luce del caso Gamestop. Verso un nuovo regime per la prestazione dei servizi di investimento esecutivi*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, n.2/2021, p. 941 ss.

[97] "Both are at the top of the EU's political agenda and their interplay will have massive consequences for the future. Their success will also be key for achieving the United Nations Sustainable Development Goals. While they are different in nature and each subject to specific dynamics, their twinning – i.e. their capacity to reinforce each other – deserves closer scrutiny." (Communication from the Commission, *2022 Strategic Foresight Report - Twinning the green and digital transitions in the new geopolitical context*, cit., p. 2).

che la tecnologia digitale può avere per il perseguimento della neutralità climatica[98] sia nel rafforzamento di strumenti di finanza sostenibile che possono aiutare a mobilitare investimenti verso la neutralità climatica nel settore digitale[99]. La transizione verso la neutralità climatica richiede, tra l'altro, come lo stesso Green Deal mette in luce, una ulteriore decarbonizzazione del sistema energetico per conseguire gli obiettivi 2030 e 2050 in materia di clima grazie al rafforzamento degli interventi per l'efficienza energetica e lo sviluppo della produzione da fonti rinnovabili[100].

Pur nella consapevolezza che sia questa, passo dopo passo, la strada da seguire verso la neutralità climatica, tuttavia l'attuale emergenza pone delle sfide da affrontare seriamente dal momento che i consumatori e le imprese europee debbono fronteggiare prezzi dell'energia troppo alti e volatili. In questo contesto la Commissione ha appena presentato due documenti[101] che fanno il punto sulle misure già previste per l'inverno in corso e indicano, seguendo le indicazioni della Presidente

[98] "Digital technologies could play a key role in achieving climate neutrality, reducing pollution, and restoring biodiversity. By measuring and controlling inputs, and with increased automation, technologies like robotics and the internet of things could improve resource efficiency and strengthen the flexibility of systems and networks […] Digital technologies could also support monitoring, reporting and verification of greenhouse gas emissions for carbon pricing" (ibidem).

[99] "Sustainable finance will help mobilise climate neutral investments in the digital sector. Better design, more circular business models and production patterns can help reduce electronic waste. On the demand side, consumption and practices of businesses and citizens will be important to reduce energy consumption when using digital technologies." (Communication from the Commission, *2022 Strategic Foresight Report - Twinning the green and digital transitions in the new geopolitical context*, cit., p. 3).

[100] Tra le proposte contenute nel pacchetto Fit for 55 è inclusa la Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'efficienza energetica (rifusione) (COM(2021) 558 final del 14.7.2021) nella quale è di particolare interesse la ripresa del principio "l'efficienza energetica al primo posto" diretto a "rendere l'efficienza energetica una priorità in tutti i settori" attraverso la fissazione di contributi nazionali indicativi per il 2030 (art. 1) che comunque debbono garantire "collettivamente" di raggiungere l'obiettivo vincolante posto a livello di Unione (artt. 3 e 4). Inoltre gli stati membri debbono provvedere a tenere conto "di soluzioni di efficienza energetica nelle decisioni strategiche e di pianificazione e in quelle relative a grandi investimenti nei seguenti settori: sistemi energetici; settori non energetici, ove essi incidano sul consumo di energia e sull'efficienza energetica" (art. 3.1).

[101] EU Commission, Communication from the Commission, *Energy Emergency - preparing, purchasing and protecting the EU together*, COM(2022) 553 final del 18.10.2022 e Proposal for a Council Regulation, *Enhancing solidarity through better coordination of gas purchases, exchanges of gas across borders and reliable price benchmarks*, COM(2022) 549 final del 18.10.2022.

von der Leyen, una roadmap per affrontare il prossimo futuro[102].

Al di là delle misure importanti e talvolta ambiziose da un punto di vista tecnico, entrambi i documenti sembrano avere importanti implicazioni politiche che hanno di mira il superamento della conflittualità tra stati membri e di una conseguente e inevitabile frammentazione del mercato unico. Nonostante l'emergenza, le istituzioni dell'Unione sembrano conservare quella capacità progettuale che ha disegnato il percorso verso la neutralità climatica e il nuovo modello dell'economia circolare. Indicatori di questa progettualità li ritroviamo in alcune parole chiave contenute sia nei documenti del Parlamento[103] che della Commissione (appena citati) e che declinano in vario modo il concetto di solidarietà. Innegabile che questo concetto racchiude una doppia valenza, da un lato, tutelare l'integrità del mercato interno ma anche, dall'altro, fare leva sulle resistenze nazionali nella prospettiva di un obiettivo eminentemente politico come la solidarietà. Infatti non possiamo dimenticare che la stessa strategia del Green Deal, che delinea un programma destinato incidere sulla costituzione economica europea,[104] e vuole prefigurare un diverso modello di integrazione, include importanti strumenti di solidarietà a favore di stati membri, territori e gruppi sociali anche grazie alla promozione di misure volte a rendere possibili massicci investimenti sostenibili.

È indubbio che un percorso di trasformazione del tradizionale modello sociale ed economico europeo è disegnato nel Green Deal e che non pochi obiettivi chiave sono ripresi e sviluppati successivamente oltre le emergenze. La domanda che sorge a questo punto è se questa strada sia percorribile e come proprio in considerazione delle strategie regolatorie e degli strumenti ancora tradizionali indicati dalla

[102] "In her letter to the Heads of State and Government, President von der Leyen has set out a roadmap for the way forward, based on four sets of actions: dampening the price we pay for our gas imports without endangering our security of supply, working together with Member States to limit prices on the natural gas market, limiting the impact of gas prices on electricity prices, preserving a level playing field in the single market and accelerating our transition to energy independence" (Communication from the Commission, *Energy Emergency*, cit., p.2).

[103] European Parliament resolution *on the EU's response to the increase in energy prices in Europe* of 5 October 2022 (2022/2830(RSP).

[104] V. tra l'altro, AMMANNATI, *Energia e ambiente: regolazione per la transizione*, in PASSALACQUA (a cura), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, cit., p. 172.

Commissione e dalle altre istituzioni europee. Inoltre se il modello di governance[105] che emerge consenta di perseguire efficacemente gli obiettivi se è vero, come non pochi osservatori ritengono, che la decisione istituzionale più innovativa degli ultimi decenni, il Next Geration EU, è tuttora considerato un modello transitorio.

Laura Ammannati

Ordinario di Diritto dell'economia

nell'Università degli Studi di Milano

Allegra Canepa

Associato di Diritto dell'economia

nell'Università degli Studi di Milano

[105] Sulla governance europea dell'energia e del clima, v. da ultimo DONATI, *Il Green Deal e la governance europea dell'energia e del clima*, in *Riv. della Reg. dei Mercati*, 1/2022, in partic. p. 21 ss.

LA SOSTENIBILITÀ NELL'IMPRESA BANCARIA *

(*Sustainability in banking*)

ABSTRACT: *ESG factors have reached an increasing importance in the exercise of the banking activity thus influencing the structuring of the processes, in the definition of strategic lines, in reporting on the activity, in the awareness of the need to implement wide-ranging planning activities.*

In banking, sustainability is enriched with complexity in relation to the plurality of needs and interests that the banking activity satisfies.

In banks, in fact, the pursuit of sustainability must be reconciled with the principle of sound and prudent management: the choice to respect sustainability points to satisfy a public interest, i.e. the maximization of the person's right to the protection of health, environment, safety, freedom and human dignity. At the same time, the financing methods together with the conditions that the regulator imposes to the intermediary and which lead to favoring those business activities respecting ESG factors, represent an opportunity to guarantee constitutionally protected rights.

SOMMARIO: 1. Note preliminari. – 2. Il *framework* normativo di riferimento. – 3. L'integrazione dei fattori ESG nell'impresa bancaria: le Aspettative della Vigilanza. – 4. La compatibilità dello strumento imprenditoriale con la sostenibilità. – 4.1. Sostenibilità e sana e prudente gestione. – 4.2. Sostenibilità e disuguaglianze.

1. I temi legati alla sostenibilità, in particolare ai fattori ambientali, sociali e di governo (ESG, *enviromental social* e *governance*) hanno assunto una rilevanza crescente nelle agende politiche globali, coinvolgono non più e non solo gli scienziati tradizionalmente legati ai temi ambientali (climatologi, biologi, geologi, ecc…), ma

*Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio.

anche l'attività imprenditoriale nel suo complesso e il mondo finanziario, secondo una linea evolutiva che porta a riconsiderare tutte le declinazioni applicative in funzione della sostenibilità.

C'è chi ritiene che la parola sostenibilità e i criteri ESG richiamino concetti vaghi nella loro effettiva portata definitoria: si è sostenuto[1] che la sostenibilità vada intesa sia quando l'impresa assicura la propria continuità con strategie equilibrate, sia quando organizza la propria attività con soluzioni a basso impatto ambientale che non pregiudichino i livelli di benessere umano, la salute, l'equilibrio sociale[2], due accezioni che potrebbero essere in contraddizione se si pensa agli effetti del perseguimento della sostenibilità finanziaria, ad esempio su livelli occupazionali.

Nonostante tutto l'attenzione sui temi ESG è sempre più forte: l'accelerazione del fenomeno, dovuto in parte all'emergenza pandemica, in parte ai disastri ambientali che sempre più frequentemente coinvolgono anche il nostro paese, ha spinto prima i legislatori e i regolatori, poi i cittadini e le imprese comuni a velocizzare la transizione ecologica dell'economia[3], contribuendo ad agevolare un cambiamento culturale e sociale prima ancora che giuridico ed economico.

Si afferma la consapevolezza che il perseguimento di obiettivi sostenibili non rappresenti un vincolo, ma una opportunità di differenziazione e di crescita[4].

I fattori ESG diventano non solo punto di osservazione da cui ricostruire gli istituti, ma anche obiettivi finali verso i quali i soggetti interessati devono protendere: gli scopi che contraddistinguono l'attività d'impresa si coordinano e si amalgamano

---

[1] CERRATO, *Appunti per una via italiana all'ESG. L'impresa costituzionalmente solidale (anche alla luce dei nuovi artt. 9 e 41, comma 3, Cost.)*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2022, p. 69, sostiene che lo stesso acronimo ESG contenga una contraddizione, in quanto per perseguire l'obiettivo di *governance* e, quindi, per migliorare il benessere dei soci e il valore del loro investimento si sacrifica l'ambiente e la comunità.

[2] In tal senso M. STELLA RICHTER JR, Long termism, in *Riv. soc*., 2021, p. 30 e ss.

[3] Per un approfondimento sul concetto di transizione economica, cfr. AMOROSINO, *Il futuribile. Governare le transizioni "economiche"*, in *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, a cura di Passalacqua, *Studi dedicati a Mauro Giusti*, Milano 2021, p. 497.

[4] F. CONTE, *La finanza sostenibile: limiti e profili evolutivi*, in *Federalismi* 2022, p. 1.

con le finalità dettate dal rispetto della sostenibilità il cui perseguimento incide sulle strategie aziendali[5].

Per la verità la riflessione sull'etica dell'impresa e la cultura della responsabilità è stata sempre al centro dell'interesse dell'attività d'impresa, seppure declinata con diverse modalità[6]: attraverso l'imputazione dell'attività socialmente rilevante la responsabilità d'impresa diventa "il presupposto per la verifica dei profili finalistici dei comportamenti posti in essere"[7].

Gino Zappa, già nel 1957, negli studi di ragioneria, definiva l'azienda come un istituto destinato a "perdurare che, per il soddisfacimento di bisogni umani, ordina e svolge in continua coordinazione, la produzione o il procacciamento e il consumo della ricchezza"[8], evidenziando la strumentalità dell'impresa rispetto ai valori della persona.

Ora però, in ambito finanziario, la cultura della responsabilità sociale diventa essa stessa la base dello sviluppo sostenibile: l'impresa si orienta verso la creazione di valori che includono il rispetto dell'ambiente, del territorio, delle risorse umane, cioè il principio di sostenibilità assume un ruolo guida nel conseguimento degli obiettivi di

[5] A proposito della responsabilità sociale d'impresa ANTONUCCI, *La responsabilità sociale e l'impresa bancaria*, in AA.VV., *Finanza impresa e nuovo umanesimo*, Bari, 2007, p. 175 ss; G. CONTE, *La disciplina dell'attività d'impresa tra diritto, etica ed economia*, in AA.VV., *La responsabilità sociale dell'impresa*, Bari, 2008, p. 3 ss; MIGLIONICO, *Responsabilità sociale dell'impresa*, in *Mondo bancario*, 2011.

[6] Evidenziava i pericoli derivanti dall'esercizio di un'impresa irresponsabile e le conseguenze che derivano sui molteplici aspetti della vita umana, GALLINO, *L'impresa irresponsabile*, 2005, Torino.

[7] CAPRIGLIONE, *Responsabilità sociale d'impresa e sviluppo sostenibile*, in *questa Rivista*, 2022, p. 4. Cfr., altresì, LIBERTINI, *La responsabilità d'impresa e l'ambiente*, in *La responsabilità dell'impresa*, Convegno per i trent'anni di Giurisprudenza commerciale, Bologna 8-9 ottobre 2004, Milano, 2006, p. 203 ss. Per una genesi del dibattito sulla responsabilità sociale di impresa, cfr. F. CONTE, *La finanza sostenibile: limiti e profili evolutivi*, cit., p. 3.

[8] ZAPPA, *Le Produzioni nell'economia delle imprese*, vol. I, Milano, 1957, p. 37. anche FREEMAN, *Strategic management: a stakeholder approac*h, Pitman, London, 1984, p. 49, nella teoria degli *stakeholder* sostiene che l'azienda debba creare valore, non solo per gli azionisti, ma per tutti gli *stakeholders* che si relazionano con l'impresa e sono in grado di influenzare e di essere influenzati dalle decisioni e dal raggiungimento degli obiettivi aziendali.

quell'attività, diventando "paradigma imprenditoriale"[9].

Si afferma una nuova cultura di impresa che non si concentra più sui margini di profitto di breve periodo, ma su una visione a lungo termine nella quale "creare valore socialmente condiviso e responsabile"[10].

La sostenibilità incide fortemente sulla funzione organizzativa dell'attività d'impresa, nella strutturazione dei processi, nella definizione delle linee strategiche, nella rendicontazione della stessa attività di impresa, nella consapevolezza che occorre porre in essere attività progettuali di ampio respiro e non di breve termine.

Per tali ragioni ci si è domandati se il perseguimento delle logiche di ESG risponda all'interesse dell'impresa[11], anche in considerazione degli importanti costi necessari per la transizione.

Il fenomeno diventa ancora più complesso quando si applicano queste esigenze alla disciplina dell'attività bancaria, in considerazione del coordinamento con gli interessi che quella attività intende perseguire: qui la dimensione "sostenibile" si arricchisce di complessità, in considerazione della pluralità di esigenze e interessi che l'attività bancaria deve soddisfare.

2. Si richiameranno, in questa sede, solo alcuni dei molteplici interventi che si sono succeduti in una sorta di *climax* ascendente[12].

---

[9] In tal senso CAPRIGLIONE, *Responsabilità sociale d'impresa e sviluppo sostenibile*, cit., p. 6, il quale afferma che la crescita economica, il consumo e la produzione responsabili diventano elementi costitutivi di un paradigma imprenditoriale che si pone a fondamento della costruzione di una nuova socialità d'impresa.

[10] M.E. PORTER, M.R. KRAMER, *Creating shared value*, in *Harvard Business Review*, 2011, p. 62 e ss.

[11] CERRATO, *Appunti per una via italiana all'ESG. L'impresa costituzionalmente solidale (anche alla luce dei nuovi artt. 9 e 41, comma 3, Cost.)*, cit. p. 70.

[12] Così si esprime ABRIANI, *La* corporate governance r*esponsabile e sostenibile*, in Corporate governance, 2022, p. 3. Per una puntuale ricostruzione normativa sui pilastri normativi europei sulla transizione ecologica, cfr. BROZZETTI, *profili evolutivi della finanza sostenibile: la sfida europea dell'emergenza climatica e ambientale*, in *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, a cura di Passalacqua, *Studi dedicati a Mauro Giusti*, Milano 2021, p. 197 e ss., nonché ASSONIME,

A partire dal 2016 abbiamo il primo accordo globale sul clima legalmente vincolante, l'Accordo di Parigi, che persegue gli obiettivi di lungo periodo di contenere l'aumento della temperatura media globale al di sotto di 2 °C rispetto ai livelli preindustriali; di aumentare la capacità di adattamento agli effetti negativi dei cambiamenti climatici e di promuovere lo sviluppo resiliente al clima e a basse emissioni di gas ad effetto serra; di rendere i flussi finanziari coerenti con uno sviluppo a basse emissioni di gas ad effetto serra[13].

A Marzo 2018, la Commissione europea pubblica un Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile, contribuendo ad attuare l'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici e l'Agenda 2030 delle Nazioni unite per lo sviluppo sostenibile.

Nel dicembre 2019, la Commissione europea avvia, nell'ambito del *Green deal* europeo, una dettagliata normativa europea sul clima e un pacchetto di iniziative, nel 2021, il cosiddetto Fit for 55, che ha l'obiettivo di ridurre progressivamente le immissioni e di avviare l'Unione europea verso la neutralità climatica entro il 2050[14].

La strategia per la finanza sostenibile si pone l'obiettivo di *i)* riorientare i flussi di capitale verso investimenti sostenibili, al fine di realizzare una crescita sostenibile

Doveri degli amministratori e sostenibilità. Rapporto Assonime (Note e Studi 6/2021), in *Riv. soc.*, 2021, p. 387.

[13] In realtà, già nel 1972, la Conferenza delle Nazioni unite, a Stoccolma, introduce il concetto di sviluppo sostenibile dove, nonostante non si crei una correlazione tra sviluppo e problemi ambientali, si sottolinea la esigenza di cambiare la politica di sviluppo economico dei paesi del mondo, attraverso il rafforzamento di politiche di gestione ambientale nelle decisioni di investimento. È seguita poi, nel 1992, la Convenzione delle Nazioni unite sui cambiamenti climatici di Rio de Janeiro dove viene evidenziata l'importanza di obiettivi e piani d'azione per attuare lo sviluppo sostenibile e risolvere il degrado ambientale. A partire dal 1992 si crea una mobilitazione che porterà l'Unione europea alla pubblicazione, nel 2001, del *Libro verde della Commissione Europea* dove troviamo la prima definizione di responsabilità sociale d'impresa socialmente condivisa.

[14] A giugno 2022 il Consiglio europeo ha adottato orientamenti generali sulle riduzioni delle emissioni e sul loro impatto sociale. PASSALACQUA, Green deal *e transizione digitale. Regolazione di adattamento a un'economia sostenibile*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2022, p. 29 evidenzia come tali interventi di politica industriale siano volti a promuovere la transizione verso la neutralità climatica che insieme alla transizione energetica e alla transizione digitale rappresentano i pilastri della politica industriale europea per perpetrare la transizione; cfr. anche EA, Numquam nega, raro adfirma: *il rinnovato intervento dello Stato nell'economia*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2021, pp. 61 ss.

ed inclusiva[15]; *ii)* gestire i rischi finanziari derivanti dai cambiamenti climatici, l'esaurimento delle risorse, il degrado ambientale e le questioni sociali[16]; *iii)* promuovere la trasparenza e la visione a lungo termine nelle attività economiche e finanziarie[17].

Tra le proposte del Piano di azione assume importanza il Regolamento UE 2020/852 (c.d. Regolamento Tassonomia) il quale disciplina una tassonomia delle attività ecosostenibili che le classifichi attraverso un sistema condiviso a livello europeo, in considerazione degli obiettivi ambientali e sulla base di criteri e metriche scientifici, al fine di contrastare il *greenwashing* dei prodotti finanziari che si presentano come sostenibili senza esserlo[18]; il Regolamento UE 2019/2088 (c.d. Regolamento *Disclosure*) che introduce obblighi di trasparenza informativa in materia di sostenibilità in capo ad alcuni tipi di intermediari sulla integrazione delle scelte di investimento e sull'attività di consulenza dei fattori di sostenibilità; il Regolamento UE 2019/2089 (c.d. Regolamento *Benchmark*) che introduce categorie di indici di riferimento che considerino aspetti di sostenibilità ambientale.

Il quadro prudenziale per le imprese di investimento istituito con il Regolamento UE 2019/2033 e con la Direttiva 2019/2034 contiene disposizioni sulla introduzione dei rischi ESG nel processo SREP di revisione e valutazione prudenziale nonché prevede obblighi di informativa per la segnalazione dei rischi ESG.

A Marzo 2021 il Parlamento europeo approva una risoluzione indirizzata alla

[15] Riorientare i flussi di capitale verso un'economia più sostenibile significa prevedere un sistema unificato di classificazione delle attività sociali; norme e marchi per prodotti finanziari sostenibili; promuovere gli investimenti in progetti sostenibili; introdurre la sostenibilità nella consulenza finanziaria; prevedere indici di riferimento in materia di sostenibilità.

[16] Attraverso l'introduzione della sostenibilità nella ricerca di mercato e nei *rating* di credito; con la definizione degli obblighi in materia di sostenibilità per gli investitori istituzionali e i gestori di attività; con la definizione dei requisiti prudenziali per le banche e per le imprese di assicurazione.

[17] Con l'aggiornamento delle norme in materia di comunicazione della contabilità e delle norme di governo societario e visione a breve termine del mercato dei capitali.

[18] Sul tema cfr. Intervento di SIANI, *L'impatto del processo di attuazione dell'A ohction Plan sulla finanza sostenibile*, 6 ottobre 2021, Banca d'Italia, p. 3.

Commissione che contiene una proposta di Direttiva che mira a introdurre obblighi penetranti di diligenza gestoria (c.d. *due diligence*) in ambito di diritti umani ambiente e buona *governance* delle singole imprese della filiera[19]: le imprese hanno l'obbligo di adottare tutte le misure proporzionate e commisurate e di compiere sforzi, entro i mezzi a loro disposizione, per scongiurare impatti negativi sui diritti umani, sull'ambiente o sulla buona *governance* lungo le catene del valore e per far fronte a tali impatti quando si verificano (*considerando* n. 20).

Ad agosto 2021 la Commissione europea pubblica atti delegati per emendare le disposizioni in attuazione delle discipline Mifid II (Direttiva 2014/65/UE), IDD (Direttiva 2016/97), UCITS (Direttiva 2014/91), AIFMD (Direttiva 2011/61) con cui si intendono favorire l'integrazione dei profili di sostenibilità nei processi degli intermediari, nella *product governance*, nella prestazione dei servizi di investimento.

Per completare il quadro sulla finanza sostenibile viene pubblicato, dalla Commissione europea, il Regolamento delegato UE 2022/1288 al fine di specificare contenuti, metodologie e modalità di rappresentazione delle informazioni che i partecipanti e i mercati finanziari sono tenuti a pubblicare.

A novembre 2022 il Consiglio dell'Unione europea approva la Direttiva sulla comunicazione societaria sulla sostenibilità che impone l'obbligo di rendicontare le informazioni di sostenibilità (proposta di *Corporate sustainability reporting directive* – CSRD) [20], al fine di incrementare la quantità, qualità e comparabilità delle

[19] Per un approfondimento v. LIBERTINI, *Sulla proposta di Direttiva UE su «Dovere di diligenza e responsabilità delle imprese»*, in *Riv. soc*., 2021, p. 325 e ss.; BARCELLONA, *La* sustainable corporate governance *nelle proposte di riforma del diritto europeo: a proposito dei limiti strutturali del c.d.* stakeholderism , in *Riv. soc*,, 2022, p. 1; DI SARLI, *Dovere di diligenza e responsabilità delle imprese: una risoluzione del Parlamento europeo*, in *Nuovo dir. soc*., 2021. p. 1555.

[20] Già nella Comunicazione del 17 giugno 2019 la Commissione europea aveva evidenziato, negli "Orientamenti sulla comunicazione di informazioni di carattere non finanziario: integrazione concernente la comunicazione di informazioni relative al clima", i benefici che le imprese traggono dalla comunicazione di informazioni sul clima, aumentando la consapevolezza e la comprensione dei rischi e delle opportunità legate al clima nell'ambito dell'impresa. Nel dicembre 2019 il Consiglio europeo ha sottolineato l'importanza di disporre di informazioni affidabili e comparabili in materia di rischi, invitando la Commissione a prendere in considerazione lo sviluppo di una norma europea di

informazioni di sostenibilità che vengono divulgate dalle imprese e che possono essere utilizzate dagli investitori per integrare le strategie di investimento, nella consapevolezza che una rendicontazione di sostenibilità vada a vantaggio, non solo degli investitori, ma anche dai singoli cittadini[21].

Accanto a tali misure legislative, in considerazione della centralità del ruolo del sistema finanziario e in particolare delle banche come canale di indirizzamento dei flussi finanziari, si susseguono interventi delle Autorità di vigilanza.

Nel 2020 BCE pubblica una guida sulle modalità con le quali si attende che le istituzioni finanziarie gestiscano i rischi climatici ambientali e li comunichino al pubblico con trasparenza nel rispetto del quadro prudenziale e, nel 2022, conduce una *thematic review* i cui esiti sono stati considerati nello SREP 2022 e nello svolgimento del primo esercizio di *climate stress test*.

L'EBA, dal canto suo, nel 2021, fissa gli Orientamenti in merito a concessione e monitoraggio dei prestiti che raccomandano agli intermediari di integrare i fattori ESG e i rischi ad essi associati nelle politiche di gestione del rischio di credito; parallelamente pubblica il "*Report on ESG risk management and supervision*" (EBA/REP/2021/18) che introduce una definizione comune di rischi ESG, ne identifica le metodologie di gestione e di integrazione dei fattori ESG nel *framework* di *risk management* delle banche e nei sistemi di supervisione[22]. Nel 2022 pubblica un

informativa non finanziaria, così come il Parlamento europeo, nel 2018, aveva chiesto di sviluppare gli obblighi di rendicontazione delle informazioni di carattere non finanziario.

[21] Le regole previste dalla Direttiva inizieranno ad essere applicati a partire dal 2024, in funzione delle dimensioni dell'impresa: dal 1° gennaio 2024 per le imprese già soggette alla rendicontazione non finanziaria (con scadenza 2025); dal 1° gennaio 2025 per le grandi imprese attualmente non assoggettate alla dichiarazione non finanziaria (con comunicazione nel 2026); dal 1° gennaio 2026 per le PMI quotate, gli enti creditizi piccoli e non complessi; dal 1° gennaio 2028 per le imprese non europee che realizzano ricavi netti delle vendite o prestazioni superiori a 150 milioni di euro nell'Unione europea, se hanno almeno un'impresa figlia nell'Unione europea che supera determinate soglie.

[22] Il report valuta positivamente la potenziale inclusione di requisiti contro il rischio ESG all'interno del secondo pilastro dei requisiti prudenziali e identifica tre diversi tipi di approcci per la valutazione del rischio ESG: *Portfolio alignment method* (che si prefigge di quantificare l'entità dell'allineamento del portafoglio con gli obiettivi di sostenibilità globale); *Risk framework method* (che si prefigge di

"*discussion paper*" sul ruolo dei rischi ambientali nel quadro prudenziale per gli enti creditizi e le imprese di investimento, al fine di valutare le possibili modalità di integrazione dei rischi ambientali nel quadro prudenziale di Pillar 1.

Anche Banca d'Italia, analogamente a quanto fatto dalla BCE, nell'aprile 2022, pubblica le proprie Aspettative sui rischi climatici e ambientali e avvia iniziative di *assessment* e sensibilizzazione degli intermediari per la valutazione dello SREP 2023, nel frattempo pubblica gli esiti dell'indagine tematica, chiedendo agli intermediari *less significant* la predisposizione di un piano di azione entro il primo trimestre 2023.

Da quanto sin qui evidenziato emerge la significativa accelerazione del legislatore e del regolatore nella gestione del rischio climatico e ambientale al fine di favorire una transizione ecologica nell'economia[23] e il ruolo guida che le banche si prestano ad assumere.

3. La sensibilità del legislatore di dare evidenza delle informazioni ambientali, sociali attinenti al personale, al rispetto dei diritti umani e alla lotta contro la corruzione, attraverso una rendicontazione non finanziaria, è presente già con il d. lgs. 2016 n. 254 il quale, dando attuazione alla direttiva 2014/95/UE sulla comunicazione di informazioni di carattere non finanziario, prevede che gli enti di interesse pubblico redigano, per ogni esercizio finanziario, una dichiarazione di carattere non finanziario che "nella misura necessaria ad assicurare la comprensione dell'attività d'impresa, del suo andamento, dei suoi risultati e dell'impatto dalla stessa

quantificare l'impatto delle problematiche ambientali sul profilo di rischio del portafoglio di una banca e sui suoi indicatori di rischio standard); *Exposure method* (che valuta l'incidenza dei fattori ESG su singole esposizioni e sulle *performance* delle singole controparti).

[23] Per un approfondimento sui principali requisiti normativi per l'informativa sui fattori ESG cfr. LOIZZO, SCHIMPERNA, *ESG disclosure: regulatory framework end challenges for italian banks*, Quaderni di economia e finanza Banca d'Italia, 2022, n. 744. Sui riferimenti alle misure per la sostenibilità degli enti creditizi cfr. GENOVESE, *I bilanci di sostenibilità dopo la* Non Financial Reporting Directive: *rilevanza e prospettive*, in *Studi di diritto commerciale per Vincenzo Di Cataldo*, II, a cura di Costa - Mirone - Pennisi – Sanfilippo -Vigo, *Impresa, Società, Crisi d'impresa*, t. I, Torino, 2021, p. 375 e ss.

prodotta, copre i temi ambientali, sociali, attinenti al personale, al rispetto dei diritti umani, alla lotta contro la corruzione attiva e passiva, che sono rilevanti tenuto conto delle attività e delle caratteristiche dell'impresa".

Come già evidenziato, a novembre 2022, il Consiglio dell'Unione europea approva la Direttiva sulla comunicazione societaria sulla sostenibilità (la *Corporate Sustainalibility Reporting Direcitve*, CSRD) che prevede l'obbligo di rendicontare le informazioni di sostenibilità secondo uno standard unico e obbligatorio a livello dell'Unione europea strutturato sulle tematiche ambiente, società e *governance*, con la predisposizione di livelli e aree di rendicontazione.

Nella dichiarazione non finanziaria, per perseguire gli obiettivi di sostenibilità, le banche adottano comportamenti *green* necessari alla transizione verso un'economia a minor impatto ambientale.

A partire dal 1° gennaio 2023 entrano in vigore gli *Universal standard Global reporting Initiative* (GRI) che definiscono gli standard di rendicontazione della *performance* sostenibile e che, nella nuova versione, indicano un'unica modalità per la redazione del *reporting*, l'introduzione di una nuova informativa sugli impegni per una condotta aziendale responsabile, la revisione dell'approccio per l'analisi di materialità, con l'introduzione del concetto di *due diligence*.

L'integrazione dei fattori ESG dalla mera previsione in ambito non finanziario diventa, in conseguenza dell'input normativi e dell'orientamento dei mercati di capitali, sempre più marcato, verso politiche di investimento secondo criteri ESG[24], presupposto e obiettivo del modello di *business* della banca: la banca cioè deve utilizzare i fattori ESG come leva di riposizionamento strategico.

Tale scelta pone la necessità di valutare, per un verso, le iniziative strategiche in ambito ESG che possano sostenere la redditività, per l'altro, la verifica dei costi che

[24] Per considerazioni più ampie, CAPRIGLIONE, *Il sistema finanziario verso una transizione sostenibile*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2021, p. 241.

tali attività pongono.

Come si è detto Banca d'Italia ha pubblicato le Aspettative di Vigilanza sui rischi climatici e ambientali, sulla base del presupposto che il modello di crescita sostenibile si fondi sulla piena integrazione dei fattori ambientali sociali e di *governance*[25].

La *governance* costituisce il presupposto per un modello di crescita sostenibile, dovendosi integrare i rischi climatici e ambientali nei processi decisionali e negli assetti organizzativi e operativi attraverso piani di azione.

Per realizzare tali obiettivi si chiede all'organo con funzione di supervisione strategica di disporre di competenze adeguate a valutare le implicazioni dei rischi climatici e ambientali sul modello di *business* e sulla strategia e di assegnare ruoli e responsabilità a singoli membri o a comitati endoconsiliari già esistenti o a nuovi appositi comitati.

Fondamentale è garantire flussi informativi adeguati su tali rischi, anche (e soprattutto) in una logica di lungo periodo attraverso la fissazione di indicatori di prestazione (KPI) e di rischio (KRI) che misurino e monitorino gli obiettivi fissati.

Da un punto di vista operativo occorre inserire KPI numerici non finanziari nel monitoraggio annuale del budget, affinché si possa verificare lo stato di avanzamento dei progetti, al tempo stesso le tematiche ESG devono essere gestite in maniera trasversale.

[25] Il documento utilizza le definizioni di rischio fisico e rischio di transizione adottate dalla BCE e dall'EBA: "*il rischio fisico si riferisce all'impatto economico derivante dall'atteso aumento di eventi naturali la cui manifestazione può essere definita "estrema" ovvero "cronica". I rischi fisici acuti dipendono dal verificarsi di fenomeni ambientali estremi (come alluvioni, ondate di calore e siccità) legati ai cambiamenti climatici che ne accrescono intensità e frequenza. I rischi fisici cronici, invece, sono determinati da eventi climatici che si manifestano progressivamente (ad es. il graduale innalzamento delle temperature e del livello del mare, il deterioramento dei servizi ecosistemici e la perdita di biodiversità). Tutte queste tipologie di eventi influenzano il livello dell'attività produttiva e la possono compromettere anche in modo permanente. Il rischio di transizione si riferisce all'impatto economico derivante dall'adozione di normative atte a ridurre le emissioni di carbonio e a favorire lo sviluppo di energie rinnovabili, dagli sviluppi tecnologici nonché dal mutare delle preferenze dei consumatori e della fiducia dei mercati*".

In altri termini, l'organo con funzione di supervisione strategica svolge un ruolo di indirizzo e governo nell'integrare i rischi climatici ambientali nella cultura e nella strategia aziendale.

Una volta esaminato il ruolo propositivo e di monitoraggio dell'organo amministrativo diventa necessario orientare il modello di *business* bancario.

Nella definizione della strategia aziendale le banche devono non solo individuare i rischi climatici e ambientali (fisici e di transizione), capaci di incidere sul contesto aziendale, ma anche valutarne la materialità, cioè la loro capacità di influenzare la sostenibilità dei rendimenti e dei portafogli, nonché gli impatti delle attività di investimento sull'ambiente.

Una volta misurati gli impatti, le banche devono essere in grado di orientare le scelte strategiche e le prospettive di sviluppo in modo da assicurare la resilienza del modello di *business*: diventa fondamentale individuare un orizzonte temporale di medio e lungo periodo nella pianificazione strategica al fine di orientare le prospettive di sviluppo secondo un obiettivo di sostenibilità e integrare i fattori di sostenibilità nei processi decisionali sugli investimenti.

Le aspettative della Vigilanza richiedono, inoltre, che gli obiettivi di sostenibilità e il contrasto al cambiamento climatico, integrato nel processo di pianificazione strategica, vengano attuati coerentemente attraverso un sistema organizzativo e processi operativi che definiscano gli incarichi in relazione ai rischi climatici e ambientali.

I presidi organizzativi devono individuare le strutture *owner* e le relative mansioni, adeguare le *policy* e le procedure, formare le strutture in modo da sviluppare competenze diffuse sulle tematiche ESG.

In particolare, le funzioni aziendali di controllo devono, ciascuna secondo le rispettive competenze, svolgere il proprio ruolo valutando i rischi climatici e ambientali: la funzione *risk management* incorporando tali fattori nella valutazione

dell'esposizione ai vari rischi, elaborando *report* sul tipo e sulla materialità degli stessi; la funzione *compliance* assicurando che i rischi di conformità derivanti dai rischi climatici e ambientali siano considerati in tutti i processi; la funzione *audit* verificando l'adeguatezza dei presidi e delle iniziative di mitigazione dei rischi climatici e ambientali.

Fondamentale diventa il sistema di gestione dei rischi: è importante non soltanto identificare[26], misurare, prevenire e attenuare i rischi climatici ambientali, ma anche considerare gli impatti che determinano sui rischi prudenziali tradizionali: la maggiore vulnerabilità ai rischi fisici di alcune aree geografiche o di determinati settori economici potrebbe influenzare il peggioramento del merito creditizio della controparte con aumento del rischio di credito; eventi climatici sfavorevoli potrebbero causare perdite alle controparti più esposte, incrementando la volatilità del *pricing* dei titoli emessi, con conseguenti rischi di mercato; gli eventi climatici estremi potrebbero compromettere la continuità operativa degli intermediari, con conseguente rischio operativo e reputazionale; l'evento climatico sfavorevole può portare anche ad un rischio di liquidità, in quanto potrebbe costringere i propri clienti ad attingere ai propri depositi o determinare un *repricing* di alcuni strumenti finanziari.

Per tali ragioni, secondo la Vigilanza, le banche devono, da un lato, incorporare i rischi ambientali climatici nei processi di valutazione dell'adeguatezza del capitale interno e di liquidità, dall'altro, prevedere, in considerazione della dinamicità dei rischi climatici, un programma di revisione e aggiornamento periodico delle decisioni assunte, in modo da preservarne la validità e significatività.

Fondamentale è la mappatura dei rischi climatici ambientali in tutte le fasi del processo del credito.

[26] Sulla difficoltà di reperimento dei dati v. CAPPIELLO, *Impresa società e mercato finanziario sostenibili: chi decide e sulla base di quali informazioni?*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2022, p. 477 e ss..

L'EBA, già nel 2020, nelle Linee guida in materia di concessione monitoraggio dei prestiti[27] aveva richiesto l'incorporazione dei fattori ESG e i rischi associati nella propensione al rischio di credito nelle politiche di gestione dei rischi e nelle politiche procedure relative al rischio di credito: nella individuazione delle politiche procedure relative al rischio di credito si richiedeva già un'attenzione alla incorporazione dei fattori ambientali sociali e di *governance* e dei rischi ad essi associati nella propensione al rischio di credito e nelle politiche di gestione dei rischi, individuando linee di credito sostenibili dal punto di vista ambientale; così come nella valutazione dei beni mobili immobili doveva tenersi conto dei fattori ESG che influenzano il valore della garanzia reale.

Tale impostazione incide sulla valutazione delle controparti in fase di concessione e nel processo di valutazione delle garanzie reali in cui bisogna considerare l'impatto dei rischi climatici e ambientali, considerando l'ubicazione geografica e le caratteristiche dell'immobile posto a garanzia.

Il ricorso alla finanza sostenibile ha, secondo la Vigilanza, un impatto notevole sul modello di *business* bancario, non solo sull'attività di finanziamento, ma anche sull'attività di gestione del risparmio.

Occorre, secondo Banca d'Italia, integrare i fattori di sostenibilità nei processi decisionali sugli investimenti, sia a livello di entità sia di prodotti finanziari offerti.

Sotto il profilo dell'attività di finanziamento occorre, innanzitutto, sviluppare politiche creditizie basate sui fattori ESG per l'indirizzo strategico degli impieghi della banca: ciò significa che occorre attuare politiche creditizie restrittive verso imprese *brown* ed espansive verso imprese *green*, aumentando il costo dei finanziamenti nei confronti delle attività progettuali *brown*.

In secondo luogo, occorre prevedere analisi del merito creditizio nella

[27] Sia consentito il rinvio a CALDERAZZI, *Le Linee Guida EBA sulla concessione e monitoraggio del credito*, in *Sistema produttivo e finanziario post COVID-19: dall'efficienza alla sostenibilità*. Voci dal diritto dell'economia, a cura di Malvagna e Sciarrone Alibrandi, Pisa 2021, p. 221.

concessione del credito in chiave ESG: individuare prodotti creditizi dedicati al finanziamento di investimenti ESG *compliant*[28]; differenziare il *pricing* dei prodotti creditizi rispetto ai *driver* ESG.

In altri termini gli intermediari, dopo aver definito l'approccio verso la sostenibilità, devono tradurre tali obiettivi nelle politiche di investimento, elaborando una strategia che sia coerente con il processo di pianificazione strategica e in grado di soddisfare le attese degli investitori.

Altro aspetto fondamentale riguarda i sistemi di gestione e monitoraggio delle tematiche ESG che richiedono un coinvolgimento, sempre più importante, dei *board* nella definizione delle strategie e degli obiettivi di intervento[29]: una volta ricompresi i rischi climatici ambientali nella strategia, occorre che essa venga attuata in maniera coerente attraverso una definizione del sistema organizzativo e dei processi operativi da attuarsi in modo coerente alle valutazioni sulla materialità dei rischi climatici ambientali.

Infine, secondo le Aspettative di Vigilanza, gli intermediari devono dotarsi di infrastrutture dati e processi per comunicare le modalità con cui integrano i *driver* di rischio e ambientale nella strategia aziendale, nella organizzazione interna e nei meccanismi di gestione del rischio.

4. Da quanto sin qui osservato il consapevole governo dei rischi, che passa attraverso l'esigenza di adottare una visione integrata dei fattori di sostenibilità nelle strategie aziendali, rappresenta elemento imprescindibile per la creazione di valore nel medio lungo periodo.

[28] Secondo quanto previsto dal Regolamento 2019/2088 è necessario distinguere i requisiti relativi ai prodotti finanziari che promuovono caratteristiche ambientali o sociali e i requisiti relativi ai prodotti finanziari che hanno come obiettivo quello di produrre effetti positivi per l'ambiente e la società (21° *considerando*).

[29] Un numero sempre maggiore di banche prevede un comitato endoconsiliare, il comitato sostenibilità, che definisce la strategia di sostenibilità attraverso *policy* o piani strutturati.

È, tuttavia, legittimo domandarsi quanto lo strumento imprenditoriale sia compatibile con il perseguimento di un'attività sostenibile, visto che l'impresa "è obbligata a perseguire obiettivi «altri» dal profitto"[30].

Per tali ragioni l'attenzione verso la sostenibilità dell'attività d'impresa ha rivitalizzato il dibattito sull'interesse sociale[31], non solo sotto il profilo della responsabilizzazione degli amministratori nel considerare i temi di sostenibilità come una componente strutturale delle strategie aziendali, con conseguente ampliamento dei loro doveri fiduciari[32], ma anche sulla protezione degli interessi diversi da quelli dei soci.

Non si intende in questa sede soffermarsi sul delicato rapporto della compatibilità dello scopo di lucro con le strategie di sostenibilità, né sulla crescente responsabilizzazione degli amministratori sugli obblighi di agire nell'interesse a lungo termine dell'impresa in prospettiva della tutela dei fattori ESG, anche perché l'ordinamento italiano, già in altre occasioni, ha anticipato forme di

[30] CERRATO, *Appunti per una via italiana all'ESG. L'impresa costituzionalmente solidale (anche alla luce dei nuovi artt. 9 e 41, comma 3, Cost.)*, cit., p. 67 e 83 esclude che gli amministratori di una società abbiano l'obbligo giuridico di perseguire gli obiettivi di benessere sociale o ambientale o di sostenibilità o etica o di responsabilità sociale o di perseguimento o contemperamento di interessi di terzi quale fine autonomo dell'esercizio dell'impresa, se non nelle forme organizzative che lo consentono, essendo il profitto dei soci l'unico scopo fine della società, per cui secondo l'autore lo scopo di lucro costituisce il vero impegno etico a cui è avvinto l'imprenditore.

[31] Sul tema v. M. MAUGERI, *Informazione non finanziaria e interesse sociale*, in Riv. soc., 2019, p. 1006; M. STELLA RICHTER JR, Long termism, cit., p. 16 e ss.; SACCO GINEVRI, *Divagazioni su* corporate governance *e sostenibilità,* in *Riv. trim. dir. ec.*, 2022 suppl. 3; DENOZZA, *Incertezza, azione collettiva, esternalità, problemi distributivi: come si forma lo* short termism *e come se ne può uscire con l'aiuto degli* stakeholders, in *Riv. soc*., 2021, p. 297 e ss. suggerisce il coinvolgimento degli *stakeholders* per riequilibrare l'eccessivo orientamento al breve periodo. CAPPIELLO, *Impresa società e mercato finanziario sostenibili: chi decide e sulla base di quali informazioni?*, cit., p. 470.

[32] Numerosi sono gli approfondimenti sui nuovi doveri fiduciari che incombono sugli amministratori: TOMBARI, Corporate purpose *e diritto societario: dalla "supremazia dell'interesse dei soci" alla libertà di scelta dello "scopo sociale"?,* in Riv. soc., 2021, p. 1e ss.; ID., *La Proposta di Direttiva sulla* Corporate Due Diligence *e sulla* Corporate Accountability: *prove (incerte) di un capitalismo sostenibile*, in *Riv. soc*., 2021, p. 375; C. AMATUCCI, *Responsabilità sociale dell'impresa e nuovi obblighi degli amministratori. La giusta via di alcuni legislatori*, in *Giur. comm*., 2022 p. 612 (con un approfondimento nel panorama internazionale); E. BARCELLONA, *La* sustainable corporate governance *nelle proposte di riforma del diritto europeo: a proposito dei limiti strutturali del c.d.* stakeholderism, in *Riv. soc*., 2022, p. 1.

responsabilizzazione dell'impresa verso interessi più ampi rispetto a quelli strettamente attinenti ai soci[33].

Ciò in quanto, con il presente saggio, si intendono elaborare alcune riflessioni sul perseguimento della sostenibilità da parte delle banche alla luce della normativa sin qui elaborata.

Nell'analisi della compatibilità dello strumento imprenditoriale con la sostenibilità, diventa importante richiamare gli articoli costituzionali 9 e 41, così come modificati dalla legge costituzionale n. 1/2022: l'art. 9 prevede che "La Repubblica tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni", mentre l'art. 41, dopo aver ribadito che l'iniziativa economica privata è libera, stabilisce, al secondo comma, che "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana", al terzo comma, che "la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubbliche privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali"[34]. La legge n. 1/2022 eleva a valori costituzionali l'ambiente, la biodiversità, gli ecosistemi e gli animali, anche nell'interesse delle future generazioni.

Dalla lettura congiunta degli articoli 9 e 41 emerge come l'attività economica pubblica o privata non possa svolgersi in contrasto non solo con i fini sociali, ma

[33] È il caso delle società *benefit*: sull'argomento cfr. M. STELLA RICHTER JR., *Società* benefit *e società* non benefit, in *Riv. dir. comm*., 2017, II, p. 271 e ss.; CATERINO, *Denominazione e* labeling *della società benefit, tra marketing reputazionale e alterazione delle dinamiche concorrenziali*, in *Giur. comm*., 2020, I, p. 787; DACCÒ, *Le società* benefit *tra interesse dei soci e interesse dei terzi: il ruolo degli amministratori e i profili di responsabilità in Italia e negli Stati Uniti*, in *Banca borsa e tit. cred*., 2021, I, p. 40; CODAZZI, *Società* benefit *(di capitali) e bilanciamento di interessi: alcune considerazioni sull'organizzazione interna*, in *ODC*, 2020, p. 589; S. CORSO, *Le società* benefit *nell'ordinamento italiano: una nuova "qualifica" tra* profit *e* non profit, in *Nuove leggi civ*., 2016, p. 995.

[34] Si domanda se con le modifiche introdotte dalla legge costituzionale n. 1/2022 agli articoli 9 e 41 i fattori ESG assurgano a norme costituzionali MONTALENTI, *Società mercati finanziari e fattori ESG: ultimi sviluppi*, in Corporate governance, 2022, p. 9.

anche con l'ambiente, con cui deve essere compatibile[35].

La lettura di queste norme costituzionali porta l'interprete a osservare come la tutela dell'ambiente, della dignità umana, dell'utilità sociale non solo non siano incompatibili con lo svolgimento dell'attività imprenditoriale ma, al contrario, costituiscono il limite oltre il quale l'attività economica non può più svolgersi liberamente.

Ciò significa che l'attività economica, svolta nel perimetro dei parametri fissati dall'art. 41, è libera, lecita e compatibile con l'esercizio dell'attività d'impresa.

Se questo rappresenta un dato sul quale non si può che essere d'accordo, conseguentemente anche i fattori ESG possono essere considerati compatibili con lo strumento societario: essi, infatti, consentono all'impresa di orientarsi e, conseguentemente, di rimanere nel perimetro costituzionale fissato dagli articoli 9 e 41, cioè l'impresa decide di tendere "non più ai soli profili economici dell'attività posta in essere, bensì alla creazione di un valore riconducibile al rispetto delle persone, dell'ambiente e del territorio nel quale è insediata. In questo caso, assume un ruolo guida il principio di sostenibilità, quale metro di valutazione per adeguare l'*agere* al conseguimento degli obiettivi avuti di mira"[36].

---

[35] CAPRIGLIONE, *Cultura delle responsabilità ed etica della finanza*, in AA.VV., *La responsabilità sociale dell'impresa*, a cura di G. Conte, Bari, 2008, p. 140 e ss. afferma che "l'impresa non rileva soltanto come fattore economico, ma anche come «istituzione sociale»"; ID, *Responsabilità sociale d'impresa e sviluppo sostenibile*, cit., p. 10, sottolinea che, in questa prospettiva, i risultati dell'attività imprenditoriale non devono misurarsi solo in base a un mero calcolo del valore aggiunto economico, ma anche con riferimento alla conservazione del patrimonio ambientale, attraverso una trasformazione della cultura aziendale e con una visione che riconduce l'etica tra le componenti del mercato; NATOLI, *Impresa e responsabilità nel prisma del Green New Deal europeo*, in *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, a cura di Passalacqua, *Studi dedicati a Mauro Giusti*, Milano 2021, p. 292, sottolinea come l'espresso riconoscimento costituzionale della tutela dell'ambiente implichi un profondo cambiamento della costituzione economica italiana in quanto la tutela dell'ambiente agisce come limite allo svolgimento della libera iniziativa economica privata.

[36] CAPRIGLIONE, *Responsabilità sociale d'impresa e sviluppo sostenibile*, cit., p. 5. CIAN, *Clausole statutarie per la sostenibilità dell'impresa: spazi limiti e implicazioni*, in *Riv. soc*., 2021, p. 490 e 504, sottolinea come la sostenibilità attenga per lo più alla gestione, cioè ai modi dell'attività, l'autonomia statutaria risulta beneficiaria di spazi di intervento non marginali nel perseguimento degli obiettivi di sostenibilità.

La sostenibilità diventa uno strumento attraverso il quale l'attività d'impresa viene orientata e mantenuta nel perimetro costituzionale.

Se applichiamo questi ragionamenti all'impresa bancaria diventa necessario ampliare ulteriormente l'indagine: qui la compatibilità dello strumento imprenditoriale con un'attività sostenibile assume contorni diversi, in ragione della circostanza che la banca non svolge una ordinaria attività d'impresa.

4.1. Le banche devono esercitare un'attività d'impresa sostenibile, al pari di tutte le altre tipologie di imprese, e devono perseguire la sostenibilità anche nell'erogazione del credito, privilegiando la creazione di prodotti finanziari e di consulenza verso investimenti verdi[37], cioè così come indicato dalle Aspettative di Vigilanza, fissando criteri che privilegiano le imprese *green* e scoraggiano quelle *brown*.

L'agenda europea, sempre più fitta e pervasiva, sui fattori ESG, insieme alla regolamentazione bancaria e finanziaria, porta le banche a considerare i fattori di sostenibilità rilevanti non più solo ai fini della *Corporate social responsability*, ma come elemento integrante della dimensione organizzativa dell'attività, cioè diventano punto di partenza e obiettivo finale con i quali indirizzare l'attività d'impresa.

L'impresa bancaria, espressione di iniziativa economica, integra la nozione di attività economica prevista dall'art. 41 Cost., quindi, al pari delle altre attività d'impresa, non potrà svolgere la propria attività in contrasto con l'utilità sociale, la salute, l'ambiente, la sicurezza, la libertà, la dignità umana.

Tuttavia, come già sottolineato in altra sede[38], nell'impresa bancaria, l'incrocio di una serie di pretese e prestazioni che la connotano impone l'applicazione del

[37] BROZZETTI, *profili evolutivi della finanza sostenibile: la sfida europea dell'emergenza climatica e ambientale*, cit., p. 223 e ss. evidenzia come la finanza rappresenti una cinghia di trasmissione dei valori ESG.

[38] Sia consentito il rinvio a CALDERAZZI, *La funzione organizzativa del capitale nell'impresa bancaria*, Torino 2020, p. 78 e ss.

principio di sana e prudente gestione che si atteggia in misura più forte rispetto al principio sistematico di corretto finanziamento delle società di diritto comune.

Nelle banche il perseguimento della sostenibilità deve conciliarsi con il principio della sana e prudente gestione che orienta lo svolgimento dell'attività in tutte le sue declinazioni, costituendo non soltanto una delle finalità dell'attività della Vigilanza, ma anche regola di condotta, un dover essere dei soggetti vigilati che devono ispirarsi a tale principio nell'esercizio della propria attività[39].

Se non che rispetto alle scelte di sostenibilità sorge il dubbio se l'esercizio dell'attività bancaria possa trovarsi in contrasto con tale principio, giacché una riorganizzazione della propria attività d'impresa, in modo sostenibile, potrebbe non garantire una gestione prudente, in considerazione degli elevati costi che la transizione impone, quanto meno in una logica di breve periodo.

In realtà, prescindendo dagli interventi europei sulla volontà di integrare i rischi ambientali nel quadro prudenziale di Pillar 1 che portano, evidentemente, a ritenere la gestione sana e prudente solo se rispettosa della sostenibilità, vi sono, sin d'ora, ragioni, di carattere sistematico, che portano ad affermare che la sana e prudente gestione contenga in sé la declinazione della sostenibilità finanziaria.

Innanzitutto la consapevolezza che il principio della sana e prudente gestione costituisca una regola di comportamento e giudizio nella gestione imprenditoriale della società bancaria[40] e trovi il suo significato nel collegamento con l'art. 47 Cost., nel senso che diventa funzionale alla tutela del risparmio[41].

---

[39] SEPE, *Sviluppo, sostenibilità e sana e prudente gestione in ambito finanziario*, in *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, a cura di Passalacqua, *Studi dedicati a Mauro Giusti*, Milano 2021, p. 72.

[40] ANGELICI, *Introduzione*, in *Società bancarie e società di diritto comune. Elasticità e permeabilità dei modelli. Incontro di studio del 23 giugno 2016*, in *Dir. banc. mer. fin*., 2016, p. 761; SARTORI, *Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale: il criterio della «sana e prudente gestione»*, in *Banca borsa e tit. cred*., 2017, p.131; SEPE, *Sviluppo, sostenibilità e sana e prudente gestione in ambito finanziario*, cit. p. 72.

[41] Il collegamento tra sana e prudente gestione e tutela del risparmio emerge anche dalla prassi giurisprudenziale (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 9 aprile 2010, n. 6185, in *Foro amm. TAR*, 2010, 4, p.

In secondo luogo la considerazione secondo la quale il principio della sana e prudente gestione è giustificato dalla presenza di una molteplicità di prestazioni e attività che connotano il servizio pubblico e dalla pluralità delle pretese che vantano i soggetti che gravitano intorno all'impresa bancaria[42].

Questi interessi, infatti, incidono sulla definizione dei criteri di gestione societaria e imprenditoriale, nel senso che la gestione non può prescindere dalla presenza di interessi ulteriori rispetto a quelli soltanto sociali.

Nelle banche le pretese dei singoli assumono valore collettivo nella misura in cui si manifestano verso dimensioni collettive e sociali, cioè ciascuna pretesa individuale contiene, strutturalmente, un segmento di interesse pubblico[43].

Ciò significa che la scelta di rispettare l'obiettivo della sostenibilità mira a soddisfare un interesse pubblico, cioè la massimizzazione del diritto della persona alla tutela della salute, dell'ambiente, della sicurezza, della libertà e della dignità umana. Sotto questo profilo, la gestione dell'attività d'impresa può definirsi sana e prudente e rispettosa del dettato costituzionale declinato nell'art. 47 Cost.

1313; T.A.R. Roma, sez. III, 10 marzo 2014, n. 2725 in *Foro amm.*, 2014, p. 936 ribadisce che lo specifico potere della Banca di accertare la ricorrenza delle condizioni di sana e prudente gestione ai sensi dell'art. 56 del Tub e, più in generale, l'esigenza di presidiare la stabilità finanziaria complessiva del mercato ai sensi dell'art. 5 del Tub, sono «in un nesso di stretta derivazione con la finalità di tutela del risparmio avente dignità primaria nell'ambito dei valori costituzionali (art. 47 Cost.)»; Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2019, n. 3228, Cons. Stato, sez. IV, 8 maggio 2015, n. 2328). In dottrina v. PERFETTI, *Art. 107 – Autorizzazione*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Capriglione, Padova 2018, p. 1595, nonché CLINI, *Sovranità della persona nelle determinanti di tutela del risparmio*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2017, p. 349.

[42] Sulla presenza, in capo all'azionista di una banca, di una pluralità di pretese cfr. ANGELICI, *Introduzione*, in *Società bancarie e società di diritto comune. Elasticità e permeabilità dei modelli. Incontro di studio del 23 giugno 2016*, in *Dir. banc. mer. fin.*, 2016, p. 761; G. FERRI JR, *La posizione dei soci di società bancaria*, in *Società bancarie e società di diritto comune. Elasticità e permeabilità dei modelli. Incontro di studio del 23 giugno 2016*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2016, p. 806; A. NIGRO, *Il nuovo ordinamento bancario e finanziario europeo: aspetti generali*, in *La banca nel nuovo ordinamento europeo: luci e ombre*, in *Quaderni giur. comm.*, a cura di P. Montalenti, M. Notari, 2018, p. 15 e ss., nonché in *Considerazioni conclusive*, in *Società bancarie e società di diritto comune. Elasticità e permeabilità dei modelli. Incontro di studio del 23 giugno 2016*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2016, p. 836.

[43] CALDERAZZI, *La funzione organizzativa del capitale nell'impresa bancaria*, cit. p. 123.

Per le stesse ragioni l'obiettivo della sostenibilità incide sulla adeguatezza organizzativa dell'impresa bancaria, esso diventa strumentale alla tutela dell'interesse pubblico che l'impresa bancaria persegue; il suo perseguimento diventa punto di partenza per ripensare la struttura organizzativa attraverso la predisposizione di una serie di regole che trovano la loro giustificazione negli obiettivi di sostenibilità.

L'organizzazione nasce funzionalmente ad uno scopo[44], cioè è dettata dai suoi fini, nel senso che in considerazione dell'interesse che una determinata attività di impresa tutela vengono definite le regole organizzative che si legittimano per la soddisfazione della tutela di quegli interessi: per tali ragioni l'esigenza di tutelare la sostenibilità fa scaturire l'applicazione di determinate regole organizzative che diventano funzionali alla protezione di quei diritti che, attraverso il rispetto della sostenibilità, si intendono tutelare.

Pertanto, se ci si concentra sul ruolo della banca come servizio pubblico volto alla tutela del risparmio, cioè alla protezione del risparmiatore e dei diritti fondamentali e sul ruolo che la clausola di sana e prudente gestione assume nell'esercizio dell'attività bancaria, cioè quella di essere funzionale al conseguimento degli scopi che l'art. 47 Cost. si prefigge, anche il perseguimento della sostenibilità, nella dimensione organizzativa dell'impresa bancaria e nell'erogazione del credito, diventa coerente, perché sano e prudente nella prospettiva della tutela della persona e dei suoi diritti fondamentali.

4.2. Tutte le direttrici, ambientale sociale e di *governance*, diventano pilastri sui quali costruire l'attività imprenditoriale.

[44] PERFETTI, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2019, p. 23. Per un dibattito sull'organizzazione cfr. i fascicoli 2019 n. 1 e 2020 n. 1 e 2 della rivista *P.A. Persona e Amministrazione*.

La finanza sostenibile individua tutte le strategie di investimento che hanno l'obiettivo di realizzare un rendimento socialmente condiviso insieme al ritorno economico atteso dall'investimento[45]: essa diventa uno strumento in grado di favorire il processo di transizione.

In tal contesto le banche guidano il cambiamento climatico in considerazione del ruolo che assolvono nello svolgimento del finanziamento delle imprese e delle famiglie[46].

L'obiettivo della sostenibilità orienta il modello di *business* bancario, ma la scelta verso obiettivi sostenibili può creare fenomeni di discriminazione verso quel tipo di clientela che non riesce o non intende realizzare gli obiettivi di transizione ecologica, quindi costringe la banca ad esacerbare fenomeni di disuguaglianze e a disattendere la tutela del risparmio verso questo tipo di soggetti (le piccole e medie imprese, in particolare, in considerazione delle ancora residuali informazioni ESG, del ritardo nei criteri di misurazione, della scarsa capitalizzazione con la quale si trovano a dover operare), relegandoli a posizione di svantaggio.

Come si è visto, in ottemperanza a quanto richiesto da Banca d'Italia, si dovrà applicare una differenziazione nel *pricing* dei prodotti creditizi rispetto ai *driver* ESG ed effettuare una valutazione del merito creditizio che tenga conto di tutti i fattori di rischio, compresi quelli ESG: da quanto sin qui argomentato, è del tutto evidente che gli intermediari debbano indirizzare le risorse finanziarie verso le aziende più meritevoli, non solo dal punto di vista finanziario, ma anche ambientale.

D'altro canto per le imprese che intendono beneficiare del credito bancario la sostenibilità diventa una scelta strategica ineludibile, in modo da superare le difficoltà

[45] A. DEL GIUDICE, *La finanza sostenibile*, Torino, 2019, p.1; ROSSANO, *La finanza alternativa nella* Capital Markets Union, in *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, a cura di Passalacqua, *Studi dedicati a Mauro Giusti*, Milano 2021, p. 427.

[46] BEVIVINO, *L'attività ESG delle banche e la prospettiva di riforma della regolazione prudenziale delle informazioni*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2022, p. 484, evidenzia i vantaggi che derivano, per le banche, dall'offerta di prodotti che rispondono a profili ESG.

di ottenimento e aumento del costo dei finanziamenti di attività e progetti *brown*[47].

In questa prospettiva emerge una disuguaglianza nei confronti di quella clientela che non riesce a inglobare nel proprio modello di *business* obiettivi sostenibili, in quanto quella clientela subirà l'aumento del costo del finanziamento applicato dalla banca, con un aggravamento della posizione di svantaggio: tutto ciò in contrasto con la tutela dell'accesso al credito che le banche devono perseguire.

Se non che una simile ricostruzione lascia l'interprete insoddisfatta in quanto non consente di dare coerenza al sistema e impone l'assunzione di una prospettiva diversa.

Gli elementi di criticità che derivano dalla incorporazione dei fattori ESG, all'interno dell'impresa bancaria, non possono non essere analizzati secondo la prospettiva della persona e dei suoi diritti fondamentali.

Concentrandosi sul rilievo giuridico dell'uguaglianza si riesce a dare coerenza al rispetto della sostenibilità nell'erogazione del credito.

Se è vero che essere sostenibile significa anticipare e gestire opportunità e rischi di carattere economico, sociale e ambientale, presenti e futuri, creando una leva imprescindibile per la creazione di valore nel lungo periodo e che tale cambiamento è in grado di creare un valore condiviso da tutti, allora dobbiamo sostenere che le modalità e le condizioni di finanziamento che le nuove regole impongono sono funzionali al pieno godimento dei diritti fondamentali della persona, rappresentano adempimento del dovere di rimuovere quegli ostacoli che impediscono il pieno dispiegarsi della sua personalità.

L'uguaglianza diventa la misura del compito, dell'insieme degli enti pubblici e privati, di rendere disponibili prestazioni necessarie al godimento dei diritti

[47] Sul tema cfr. SEMERARO, *Fattori di sostenibilità ambientale e politiche creditizie: rischio climatico e accesso al credito*, in *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, a cura di Passalacqua, *Studi dedicati a Mauro Giusti*, Milano 2021, p. 253.

fondamentali godimento dei diritti[48].

Conseguentemente, anche il regime dell'attività d'impresa e l'organizzazione della sua attività sono finalizzati a tale obiettivo, per cui l'attività economica di tutte le imprese non può svolgersi "in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana".

Se si ragiona in tal senso il compito coincide con la realizzazione di azioni che sono dirette a rimuovere gli ostacoli che limitano la libertà e l'uguaglianza impedendo il pieno sviluppo della persona umana, conseguentemente l'uguaglianza si misura sulla base dell'apprestamento delle condizioni per il pieno sviluppo della persona. Anche l'attività economica deve, quindi, essere regolata in funzione della uguaglianza[49].

Tali ragionamenti portano, dunque, a concludere che la scelta di privilegiare le attività di impresa che rispettino i fattori ESG rappresenta una opportunità per garantire diritti costituzionalmente protetti.

Rosa Calderazzi

Associato di Diritto dell'economia

nell'Università di Bari Aldo Moro

[48] PERFETTI, *Eguaglianza vs. disuguaglianze. L'eguaglianza come* «compito della Repubblica», *la fondazione dell'eguaglianza nei diritti e le contrastanti evoluzioni dell'ordinamento repubblicano*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2021, p. 14.

[49] PERFETTI, *Eguaglianza vs. disuguaglianze. L'eguaglianza come* «compito della Repubblica», *la fondazione dell'eguaglianza nei diritti e le contrastanti evoluzioni dell'ordinamento repubblicano*, cit. p. 20 ricorda che "è la persona umana che, nella sua complessità e dimensione normativa, pretende per precetto costituzionale l'eguaglianza sostanziale ed impone l'adempimento del dovere di rimuovere gli ostacoli al pieno dispiegarsi della sua personalità; è la persona umana il referente concettuale dell'eguaglianza ed il luogo – giuridico – di bilanciamento delle misure a sostegno dei diritti".

LA CONFORMAZIONE DELLA *CORPORATE GOVERNANCE* BANCARIA NEL CONTESTO DELLA TRANSIZIONE ECOLOGICA *

(*Shaping banking corporate governance in the context of the ecological transition*)

ABSTRACT: *The article analyses from a critical perspective some recent developments in the supervisory regulatory framework on bank's corporate governance. The aim is to show continuity and discontinuity profiles of regulatory intervention in the banking sector in order to highlight a significant change of course towards ecological transition.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Obiettivi di finanza sostenibile nel governo societario delle banche: note a margine di una recente modifica della Circolare n. 285/2013 di Banca d'Italia e delle Aspettative di Vigilanza sui rischi climatici e ambientali. – 3. Continuità e discontinuità nella conformazione della *corporate governance* bancaria. – 4. Conclusioni.

1. Come noto, l'interesse al tema della *corporate governance* delle società bancarie e finanziarie è notevolmente aumentato dopo la crisi finanziaria del 2007/2008[1]. Non a caso la cd. Relazione de Larosière[2] definiva la *governance* societaria delle banche e degli intermediari finanziari e come «*uno dei fallimenti più*

*Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio.
L'articolo è prodotto di una riflessione comune tra le Autrici anche all'interno della Ricerca PRIN – 2017: *Fintech: the influence of enabling technologies on the future of the financial markets*. I pff. 1 -3 e 7 sono da attribuire a L. Ammannati, e i pff. 4, 5 e 6 ad A. Canepa.

[1] Molti studi hanno infatti dimostrato, con ampiezza di evidenze, l'interconnessione tra la crisi e le carenze della *governance* societaria delle imprese lato sensu finanziarie: cfr. OECD, *Corporate Governance and the Financial Crisis: Key Findings and Main Messages*, giugno 2009; OECD, *Corporate Governance and the Financial Crisis - Conclusions and emerging good practices to enhance implementation of the Principles*, febbraio 2010, entrambi disponibili al sito: *www.oecd.org*.

[2] Come noto, si tratta della Relazione elaborata dal Gruppo ad alto livello sulla vigilanza finanziaria nell'UE (cosiddetto "Gruppo de Larosière") istituito dalla Commissione europea nell'ottobre 2008 al fine di formulare proposte in vista della creazione di un nuovo quadro europeo di vigilanza delle istituzioni finanziarie transnazionali, trasmessa alla medesima Commissione in data 25 febbraio 2009, e consultabile al sito: *www.esrb.europa.eu*.

palesi rivelati dalla crisi attuale», evidenziando come la scarsa preparazione dei *board* e i sistemi di remunerazione e incentivazione al tempo vigenti[3] avessero significativamente contribuito a che la crisi si propagasse all'interno degli Stati membri provocando ingenti danni all'economia reale e finanziaria dell'Unione Europea. Ed è altrettanto condivisa la considerazione secondo cui nel contesto storico-giuridico conseguente detta crisi è stato possibile riscontrare una significativa tendenza alla «*moltiplicazione ed ispessimento delle* regulations», da un lato, e al «*neointerventismo degli Stati*» dall'altro[4] – che hanno in effetti caratterizzato, specie la prima, anche l'intervento pubblico sul governo societario delle banche, con ciò probabilmente ridimensionando l'agognata «*riconsiderazione del rapporto tra strumenti del diritto pubblico e strumenti del diritto privato, a vantaggio di questi ultimi*» (enfaticamente sancita dalla stessa Banca d'Italia all'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 385/1993, cd. Testo Unico Bancario)[5].

Ora, prima di approfondire lo stato dell'arte al fine precipuo di evidenziarne i più recenti "mutamenti" nel contesto della transizione, pare preliminarmente opportuno interrogarsi sul concetto stesso di «*governance*» che, come noto, conosce

[3] Cfr. Relazione de Larosière: «*23) Gli errori di valutazione e di gestione dei rischi sono stati aggravati dal mancato funzionamento dei pesi e contrappesi della* governance *societaria. Molti consigli di amministrazione e alti dirigenti delle imprese finanziarie non hanno compreso le caratteristiche dei nuovi prodotti finanziari altamente complessi da essi trattati, né erano coscienti del livello aggregato delle esposizioni delle loro società, per cui hanno gravemente sottostimato i rischi che stavano correndo. Molti membri di consigli di amministrazione non hanno svolto la sorveglianza o il controllo dovuti dei dirigenti. Né l'hanno fatto i proprietari delle società: gli azionisti. 24) I regimi di remunerazione e di incentivo degli istituti finanziari hanno contribuito ad un'assunzione di rischio eccessiva, premiando l'espansione a breve termine del volume delle operazioni (rischiose) piuttosto che la redditività a lungo termine degli investimenti. Inoltre, la pressione degli azionisti sui dirigenti per spingerli a far crescere il prezzo delle azioni e l'importo dei dividendi a favore degli investitori ha fatto sì che il superamento dei risultati trimestrali attesi diventasse il criterio per giudicare delle prestazioni di molte società*».

[4] AMOROSINO, *Trasformazioni dei mercati, nuovi modelli regolatori e mission del diritto dell'economia*, in *Riv. Banc.*, fasc. 2, 2016, pp. 19 ss..

[5] BANCA D'ITALIA, *Relazione annuale per il 1993*, p. 284.

molte e assai diverse declinazioni concettuali[6]. Riprendendo la definizione contenuta nei *Principles of Corporate Governance* elaborati dall'OECD, la *corporate governance* indica, empiricamente, «*un insieme di relazioni fra i dirigenti di una società, il suo consiglio di amministrazione, i suoi azionisti e le altre parti interessate*»[7]. Sotto il profilo squisitamente giuridico, quindi, si tratta di individuare l'insieme di regole che dette relazioni ha ad oggetto, oppure, per utilizzare un'espressione ancor più confacente agli esiti della presente analisi, il complesso degli «*strumenti di riduzione e contenimento (incentivi e disincetivi) dei costi di agenzia e quindi di contemperamento dei diversi interessi di* shareholder *e* stakeholder; *strumenti che non sono* [necessariamente, *ndr*] *rappresentati da norme imperative ma che si sviluppano sul piano dell'autonomia statutaria, delle pratiche, dei codici di autodisciplina e quindi nel variegato mondo della* soft law»[8].

2. Ma al fine di comprendere se, e in che misura, la «transizione ecologica» abbia effettivamente riguardato anche la disciplina della *governance* bancaria nell'accezione sopra indicata, giova immediatamente puntualizzare la principale novità ravvisabile oggi nel *framework* regolamentare nazionale, rappresentato dalla

[6] L'espressione "*governance*" compare infatti in ambiti fra loro profondamente diversi, *da un lato*, nelle teorie dell'amministrazione e della regolazione – per cui si rinvia a OSBORNE (diretto da), *The new public governance? Emerging perspectives on the theory and practice of public governance*, Londra, 2010 –, *dall'altro*, nelle teorie dell'organizzazione di impresa (cfr. MONTALENTI-NOTARI (a cura di), *La banca nel nuovo ordinamento europeo: luci e ombre*, Milano, 2018, ove diffuse considerazioni sul tema della *corporate governance* bancaria).

[7] Cfr. OECD, *Principles of Corporate Governance*, 2004, disponibile al sito: *www.oecd.org*.

[8] STELLA RICHTER, *I sistemi di controllo delle banche tra ordinamento di settore e diritto comune. Notazioni preliminari*, in MONTALENTI-NOTARI (a cura di), *La banca nel nuovo ordinamento europeo: luci e ombre*, Milano, 2018, p. 150, ove l'ulteriore precisazione secondo cui: «*il termine governance è originariamente utilizzato in contrapposizione a* government*, per distinguere forme di "governo" non statuali proprie dell'era della globalizzazione e svincolate da un carattere necessariamente pubblicistico, dal principio di territorialità, da una struttura verticale e da un ordine gerarchico: in sostanza, la fortuna della* governance *è figlia della crisi dello Stato ed è per molti versi apparentata alla* soft law». Dall'analisi del complesso e variegato sistema delle fonti che caratterizza l'ordinamento bancario emerge peraltro un radicato e pervasivo ricorso alla *soft law* (in dottrina, v. BROZZETTI, *La legislazione bancaria europea. Le revisioni del 2019-2020*, Milano, 2021, ove numerosi riferimenti al tema).

Circolare n. 285 emanata da Banca di Italia in data 17 dicembre 2013 in attuazione del cd. "Codice bancario europeo"[9] (in prosieguo, la Circolare). In conseguenza dell'aggiornamento n. 35 del 30 giugno 2021, all'interno della Circolare pare infatti prefigurarsi in capo all'organo con funzione di supervisione strategica[10] un "nuovo" dovere di tenere in considerazione «*gli obiettivi di finanza sostenibile e, in particolare, l'integrazione dei fattori ambientali, sociali e di governance (ESG) nei processi relativi alle decisioni aziendali*» (cfr. Circolare, Parte Prima, Tit. IV, Cap. 1, Sez. III, par. 2.2, lett. f, punto "iv"). Dovere, fra l'altro, già inserito all'interno delle cd. linee applicative e non fra i principi generali, con una conseguente maggiore vincolatività del *dictum* medesimo[11]. Che si tratti di una disposizione imperativa è avvalorato non solo dalla

[9] L'espressione si deve a BROZZETTI, *La legislazione bancaria europea. Le revisioni del 2019-2020*, Milano, 2021, con riferimento, in particolare, alla Direttiva (UE) 2013/36 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento (CRD IV), recentemente novellata dalla Direttiva (UE) 2019/878 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019 (CRD V), e al Regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento, anch'esso di recente modificato per effetto del Regolamento (UE) 2019/876 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019 (CRR).

[10] Come definito all'interno della Circolare, ossia «*l'organo nel quale si concentrano le funzioni di indirizzo e/o di supervisione della gestione sociale (ad esempio, mediante esame e delibera in ordine ai piani industriali o finanziari ovvero alle operazioni strategiche della società)*». Trattasi di espressione mutuata dalla normativa di rango europeo in considerazione delle possibili diverse articolazioni della *corporate governance* nei vari Stati membri. Si v. sul punto il Considerando n. 56 della Direttiva CRD IV, secondo cui «*un organo di gestione dovrebbe essere inteso come un organo dotato di funzioni esecutive e di supervisione strategica. Le competenze e la struttura degli organi di gestione variano da uno Stato membro all'altro. Negli Stati membri in cui gli organi di gestione presentano una struttura monistica, un consiglio di amministrazione unico svolge solitamente compiti di gestione e di supervisione strategica. Negli Stati membri con sistema dualistico, la funzione di supervisione strategica è svolta da un consiglio di sorveglianza separato, che non ha funzioni esecutive, e la funzione esecutiva è svolta da un consiglio di gestione separato, che è responsabile della gestione quotidiana dell'impresa e ne risponde*». È chiaro che l'identificazione in concreto di tale organo dipende essenzialmente dal modello di amministrazione e controllo prescelto sulla base della disciplina di diritto societario applicabile. In Italia, quindi: (*i*) nei sistemi di amministrazione e controllo tradizionale e monistico, si farà riferimento al consiglio di amministrazione; (*ii*) nei sistemi di tipo dualistico, si farà invece riferimento al consiglio di sorveglianza. Con un certo grado di approssimazione (ma certamente confortati dalle evidenze statistiche), ci riferiremo d'ora in poi al consiglio di amministrazione.

[11] Il *corpus* regolamentare di cui trattasi è infatti strutturato secondo i noti archetipi della cd. *better regulation*, e quindi mediante enucleazione di principi generali e linee applicative, ossia prescrizioni

considerazione che precede, ma anche dall'assenza di indicazioni in contrario, come in effetti previsto altrove dalla stessa Circolare, ove il riferimento soltanto (ed esplicitamente) «eventuale» alla «*adozione di modelli imprenditoriali, applicazioni, processi o prodotti nuovi, anche con modalità di partnership o esternalizzazione, connessi all'offerta di servizi finanziari ad alta intensità tecnologica* (Fintech)» (*ibidem*, punto "ii").

Si noti sin d'ora che la Circolare non offre né una definizione di finanza sostenibile, né di «fattori ESG», su cui pare però potersi richiamare il «*Report on management and supervision of ESG risks for credit institutions and investment firms*» pubblicato da EBA lo scorso 23 giugno 2021[12], e le corrispondenti nozioni che verranno di seguito ulteriormente esplicitate. Con particolare riferimento alla componente *Environment*[13], Banca d'Italia è intervenuta ancora una volta – adeguandosi alle indicazioni di BCE[14] ed EBA[15] – lo scorso 8 aprile 2022 con la pubblicazione del documento recante «*Aspettative di vigilanza sui rischi climatici e*

più puntuali (ma non esaustive) di attuazione dei suddetti principi; ciò al fine di salvaguardare l'autonomia dei soggetti vigilati nell'individuazione delle soluzioni ritenute più opportune alla luce del caso concreto: v. Circolare, Parte I, Tit. IV, Cap. 1, Sez. 1, par. 1. In dottrina, cfr. GRECO, *Sub art. 5*, in PORZIO-BELLI-LOSAPPIO-RISPOLI-FARINA-SANTORO (a cura di), *Testo Unico Bancario. Commentario*, Milano, 2010, pp. 53 ss.; COSTI-VELLA (a cura di), *Banche, governo societario e funzioni di vigilanza*, in *Quaderni di ricerca giuridica* (n. 62), settembre 2008, disponibile al sito: *www.bancaditalia.it*; RIGANTI, *Sostenibilità non finanziaria, "sana e prudente gestione" e governo societario delle banche. "Arlecchino" nel C.d.a.? (Note a margine di un Convegno sull'isola di Capri)*, in questa *Rivista*, Supplemento al n. 1/2022, pp. 325 ss..

[12] Si fa riferimento a EBA, *EBA Report on management and supervision of ESG risks for credit institutions and investment firms*, pubblicato in data 23 giugno 2021, consultabile al sito: *www.eba.europa.eu*.

[13] Si conferma anche in quest'ambito, quindi, una sorta di "fuga in avanti" delle tematiche climatiche e ambientali rispetto agli altri cd. *Sustainable Development Goals SDGs* di cui all'Agenda 2030 delle Nazioni Unite per lo sviluppo sostenibile, evoluzione sicuramente stimolata dalla conclusione del cd. Accordo di Parigi (COP21) del 12 dicembre 2015 (v. *https://ec.europa.eu/clima/eu-action/international-action-climate-change/climate-negotiations/paris-agreement_it*). Si rinvia in proposito alle interessanti considerazioni relative al tema della cd. "primazia ecologica" espresse da CHITI, *La disciplina della transizione ecologica*, relazione al Convegno organizzato da ADDE su *L'ecosistema del mercato europeo tra diritto e innovazione*, Pisa, 24 giugno 2022.

[14] Si fa riferimento a BCE, *Guida sui rischi climatici e ambientali. Aspettative di vigilanza in materia di gestione dei rischi*, pubblicato in data 27 novembre 2020, consultabile al sito: *www.bankingsupervision.europa.eu*.

[15] Si v. la precedente nota n. 12.

ambientali» in merito alla integrazione di detti rischi[16], che possono a loro volta essere ricondotti a rischi finanziari "tradizionali" (di credito, di mercato, operativo e di liquidità[17]), nelle strategie aziendali e nei sistemi di governo e controllo, nonché nel *risk management framework* e nella *disclosure* degli intermediari. Da ultimo, nel mese di giugno 2022 anche il Comitato di Basilea ha pubblicato i propri *Principles for the effective management and supervision of climate-related financial risks*[18] ove, parimenti, non mancano importanti indicazioni in punto di *governance*[19]. Guardando in particolare al *framework* nazionale, nel formulare l'Aspettativa n. 1 (fra l'altro perfettamente coincidente con l'Aspettativa n. 3 di BCE ed EBA)[20] – secondo cui «*l'organo di amministrazione degli intermediari svolge un ruolo attivo di indirizzo e governo nell'integrare i rischi climatici e ambientali nella cultura e nella strategia aziendale nonché nel* risk appetite framework *aziendale (ove previsto) e nei limiti di rischio dei portafogli gestiti, declinando in modo coerente le principali* policy *aziendali e l'adattamento dei sistemi organizzativi e gestionali*»[21] –, l'Autorità di Vigilanza ha

[16] Cfr. *amplius* PASSALACQUA, *Il ruolo della vigilanza prudenziale nella transizione*, relazione al Convegno organizzato da ADDE, *Law and Economics Yearly Review*, *Open Review of Management*, *Banking and Finance*, e Università degli Studi di Napoli Parthenope, su *La supervisione finanziaria dopo due crisi. Quali prospettive*, Capri, 17-18 giugno 2022; ID., Green Deal *e transizione digitale. Regolazione di adattamento a un'economia sostenibile*, in *Analisi giur. economia*, fasc. 1, 2022, pp. 55-59; RIGANTI, *Sostenibilità non finanziaria, "sana e prudente gestione" e governo societario delle banche. "Arlecchino" nel C.d.a.? (Note a margine di un Convegno sull'isola di Capri)*, in questa *Rivista*, Supplemento al n. 1/2022, pp. 325 ss..

[17] Su cui v. PASSALACQUA, *Diritto del rischio nei mercati finanziari: prevenzione, precauzione ed emergenza*, Padova, 2012, pp. 59 ss.; AMOROSINO, *Regolazione pubblica delle banche*, Padova, 2016, pp. 47 ss..

[18] Consultabile al sito *www.bis.org*.

[19] Si v. in particolare i *Principles* nn. 1, 2 e 3.

[20] Cfr.: «*l'organo di amministrazione dovrebbe tenere conto dei rischi climatici e ambientali nell'elaborazione della strategia aziendale complessiva dell'ente, dei suoi obiettivi di* business *e del sistema di gestione dei rischi e condurre una supervisione efficace sui rischi climatici e ambientali*» (BCE); «*the management body is expected to consider climate-related and environmental risks when developing the institution's overall business strategy, business objectives and risk management framework, and to exercise effective oversight of climate-related and environmental risks*» (EBA).

[21] Segue: «*Affinché l'organo di amministrazione corrisponda in maniera efficace alle presenti aspettative, gli intermediari dovrebbero prestare particolare attenzione ai seguenti aspetti: Competenze. Al fine di potere assumere decisioni consapevoli e robuste, l'organo di amministrazione dispone di competenze atte a comprendere e valutare le implicazioni dei rischi climatici e ambientali*

espressamente fatto rinvio (v. nota n. 8) al "nuovo" dovere di cui sopra, con ciò evidentemente esplicitando la funzione sua propria di integrazione della regolamentazione "*hard*" (pur essendo dette Aspettative "*soft*" in quanto dichiaratamente non immediatamente e generalmente vincolanti).

A corredo dell'Aspettativa n. 1, Banca d'Italia ha altresì evidenziato l'esigenza di un intervento sul governo societario volto a garantire: (*i*) che l'organo di amministrazione disponga delle competenze necessarie a comprendere e valutare le implicazioni dei rischi climatici e ambientali sul modello di *business* e sulla strategia; (*ii*) l'assegnazione esplicita di ruoli e responsabilità in materia di rischi climatici e ambientali; e (*iii*) adeguati flussi informativi. Una volta che i rischi climatici e ambientali siano stati ricompresi nella strategia aziendale, l'organo di amministrazione dovrebbe poi assicurarne la corretta attuazione modulando i diversi interventi sull'organizzazione e sui processi operativi (cfr. Aspettativa Banca d'Italia n. 3), e quindi individuando una o più strutture deputate alla gestione della tematica della sostenibilità[22] mediante una decisione che inevitabilmente si rifletterà

sul modello di business e sulla strategia. Al riguardo vanno valutate anche specifiche iniziative nell'ambito dei programmi di formazione. Ruoli e responsabilità. L'organo di amministrazione assegna esplicitamente ruoli e responsabilità in materia di rischi climatici e ambientali ai propri membri e/o ai comitati endoconsiliari già esistenti; in alternativa, gli intermediari possono valutare di istituire un comitato apposito. Tale assegnazione/istituzione dovrà essere oggetto di specifica formalizzazione. Flussi informativi. Per un robusto e affidabile processo decisionale i membri dell'organo di amministrazione devono disporre di adeguate informazioni. L'organo di amministrazione quindi definisce un sistema di reporting *sui rischi climatici e ambientali con* focus *sull'*outlook *di medio lungo periodo, specificando contenuto minimo e frequenza delle informazioni. L'organo di amministrazione è incoraggiato a fissare indicatori fondamentali di prestazione (*key performance indicators*, KPI) e indicatori fondamentali di rischio (*key risk indicator*, KRI) misurabili e quantificabili, che tengano conto dei rischi climatici e ambientali, attraverso i quali monitorare e analizzare gli obiettivi prefissati. In assenza di metriche quantitative robuste e coerenti, la reportistica si avvale di informazioni qualitative interne ed esterne allo scopo di assicurare comunque un'adeguata rappresentazione dei rischi climatici e ambientali all'organo di amministrazione*»: per un'analisi più approfondita di ciascun aspetto, si v. RIGANTI, *Sostenibilità non finanziaria, "sana e prudente gestione" e governo societario delle banche. "Arlecchino" nel C.d.a.? (Note a margine di un Convegno sull'isola di Capri)*, in questa *Rivista*, Supplemento al n. 1/2022, pp. 325 ss..

[22] Nell'ambito degli interventi di rafforzamento della *governance*, Banca d'Italia evidenzia in particolare tre diversi possibili approcci: (*i*) accentrato, il quale prevede la costituzione di una struttura ad hoc; (*ii*) decentrato, ove la gestione della tematica della sostenibilità è "diffusa" tra le varie strutture

sull'articolazione degli assetti organizzativi della banca[23] i quali, nella prospettiva che qui ci occupa, si pongono come noto in endiadi con le dinamiche di *governance* in senso stretto. In relazione a quanto precede, si è ulteriormente specificato che l'organo di amministrazione dovrebbe assicurare l'adeguatezza, fra l'altro, dei sistemi informatici rispetto alla necessità di raccogliere e aggregare in modo sistematico i dati necessari per la valutazione dell'esposizione ai suddetti rischi climatici e ambientali.

3. Ora, alla luce di quanto precede, i presìdi di *governance* in concreto individuati da Banca d'Italia non parrebbero, perlomeno in prima battuta, porsi in immediata discontinuità con il *framework* preesistente, e ciò per le seguenti due principali ragioni. Da un lato, il riferimento alla necessità di una chiara ripartizione di ruoli e responsabilità in seno all'organo di amministrazione, che dovrebbe disporre delle competenze all'uopo necessarie, nonché il monito alla procedimentalizzazione di appositi flussi informativi in materia di sostenibilità, altro non parrebbero che una ulteriore specificazione dei principi già "codificati" in seno alla Circolare, a priori e a prescindere dalla suddetta «transizione», e precisamente in materia di compiti e

coinvolte; e (*iii*) ibrido, ove la gestione è ripartita come indicato *sub* "ii" ma con il coordinamento di una struttura dedicata.

[23] Si ricordi che l'art. 2086 c.c., ancorché novellato per effetto del cd. Codice della crisi e dell'insolvenza (d.lgs. n. 17/2019) e pur prevedendo che «*l'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale*», non offre una definizione di «assetti» (e così neanche il preesistente art. 2381, co. 3, c.c. previsto in materia di s.p.a.). Una definizione si rinviene però nelle Norme di comportamento del collegio sindacale elaborate dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili (CNDCEC) – e quindi nel substrato aziendalistico, piuttosto che prettamente giuridico – secondo cui esso identifica: «*il complesso delle direttive e delle procedure stabilite per garantire che il potere decisionale sia assegnato ed effettivamente esercitato a un appropriato livello di competenza e responsabilità*» nelle società quotate (v. Norma Q.3.4 CNDCEC 2018), e «*(i) il sistema di funzionigramma e di organigramma e, in particolare, il complesso delle direttive e delle procedure stabilite per garantire che il potere decisionale sia assegnato ed effettivamente esercitato a un appropriato livello di competenza e responsabilità*, [nonché] *(ii) il complesso procedurale di controllo*» nelle società non quotate (Norma 3.5 CNDCEC 2020).

poteri degli organi sociali[24], composizione e nomina dei medesimi[25], nonché di flussi informativi inter e intra-organi[26].

Dall'altro lato, i rischi ambientali e climatici, nella loro declinazione (anch'essa di derivazione europea[27]) di rischi «fisici»[28] e «di transizione»[29] parrebbero assumere rilievo solo *se* e *in quanto* collegati e riflessi nella tassonomia tradizionale dei rischi bancari cd. tipici[30] (se di una tassonomia «chiusa», oggi, è il caso di parlare[31]). Così

[24] Cfr. Circolare, Parte I, Tit. IV, Sez. III.
[25] Cfr. Circolare, Parte I, Tit. IV, Sez. IV.
[26] Cfr. Circolare, Parte I, Tit. IV, Sez. V.
[27] Riff. alle precedenti note 12 e 14.
[28] Con l'espressione «rischio fisico» si fa riferimento all'impatto economico derivante dall'atteso aumento di eventi naturali la cui manifestazione può essere definita "estrema" o "cronica"; si distingue poi ulteriormente tra rischi fisici "acuti" (che dipendono dal verificarsi di fenomeni ambientali estremi, es. alluvioni) e "cronici" (che si manifestano progressivamente, come il graduale innalzamento delle temperature e del livello del mare).
[29] Con l'espressione «rischio di transizione» si fa, invece, riferimento all'impatto economico derivante dall'adozione di normative atte a ridurre le emissioni di carbonio e a favorire lo sviluppo di energie rinnovabili, dagli sviluppi tecnologici nonché dal mutare delle preferenze dei consumatori e della fiducia dei mercati.
[30] Si vedano le Aspettative di Banca d'Italia nn. 4 (e in particolare la Tavola 1: «*Rischi climatici e ambientali quali driver di rischi prudenziali: alcuni esempi*»), 8 (rischio di credito), 9 (rischio di mercato), 10 (rischio operativo) e 11 (rischio di liquidità). Parrebbe esprimersi in questi termini anche il Direttore Generale della Banca d'Italia e Presidente dell'IVASS, SIGNORINI, *Transizione climatica, finanza e regole prudenziali*, Intervento XVII Convention AIFIRM (*Il trend inarrestabile dell'economia digitale e ESG: il pensiero dei banchieri, dei CRO e della Vigilanza*), 3 marzo 2022 (consultabile al sito *www.bancaditalia.it*), secondo cui: «*per le banche i rischi climatici possono avere effetti sulla qualità degli attivi. Il rischio fisico, legato alla maggiore frequenza e intensità di disastri naturali, può comportare un deterioramento della qualità dei prestiti a famiglie e imprese per effetto della distruzione o del danneggiamento di immobili e impianti nelle aree colpite, aumentando sia la probabilità di default delle controparti sia la perdita attesa in caso di default.* (…) *Vi è consenso che la regolamentazione debba rimanere ancorata al rischio. In generale, i rischi fisici e di transizione legati al clima si possono ricondurre a forme di rischio note (di credito, di mercato, operativo, di liquidità, di reputazione, strategico); il sistema di regole basato sui "tre pilastri" del Comitato di Basilea dovrebbe quindi, in linea di principio, essere in grado di gestirli adeguatamente, purché si tenga conto delle loro specifiche caratteristiche, per esempio la tendenza a manifestarsi su orizzonti temporali più lunghi di quelli tradizionalmente considerati*». Per alcune riflessioni critiche si rinvia a PASSALACQUA, *Il ruolo della vigilanza prudenziale nella transizione*, relazione al Convegno organizzato da ADDE, *Law and Economics Yearly Review*, *Open Review of Management, Banking and Finance*, e Università degli Studi di Napoli Parthenope, su *La supervisione finanziaria dopo due crisi. Quali prospettive*, Capri, 17-18 giugno 2022; ID., Green Deal *e transizione digitale. Regolazione di adattamento a un'economia sostenibile*, in *Analisi giur. economia*, fasc. 1, 2022, pp. 55-59.
[31] In chiave critica, si richiamano le considerazioni di DE POLI, *La* governance *nei mercati finanziari*, relazione al Convegno organizzato da ADDE su *L'ecosistema del mercato europeo tra diritto e innovazione*, Pisa, 24 giugno 2022.

pare esprimersi anche l'Autorità Bancaria Europea con il Report dello scorso 23 giugno 2021, ove si legge che, da un lato, «*ESG factors are environmental, social or governance matters that may have a positive or negative impact on the financial performance or solvency of an entity, sovereign or individual*», dall'altro, «*ESG risks are risks of any negative financial impact on the institution stemming from the current or prospective impacts of ESG factors on its counterparties or invested assets*».

Si cercherà, quindi, di contrapporre alle considerazioni che precedono altrettante riflessioni nel solco – all'opposto – della discontinuità, al fine di rimarcare le specificità della disciplina sopra descritta, e i conseguenti principali mutamenti "genetici" nel contesto della «transizione ecologica».

In primo luogo, passando in rassegna i principali interventi di *hard* e *soft law* susseguitisi in materia di *corporate governance* bancaria, non v'è chi non veda un nucleo comune di principi e obiettivi, in effetti puntualmente riflessi anche all'interno della Circolare, essenzialmente coincidenti con gli anzidetti strumenti di supporto alla «transizione» (ecologica, questa volta). Infatti, la regola aurea della «ripartizione chiara di ruoli e responsabilità» compare già all'interno delle Linee Guida pubblicate dal Comitato di Basilea nel settembre 1999 aventi a oggetto il «*Rafforzamento del governo societario nelle organizzazioni bancarie*»[32], così come i presidi in materia di composizione e nomina del consiglio di amministrazione[33] e il monito alla

[32] Consultabili al sito: *www.bis.org*. Si fa in particolare riferimento alla Prassi di «*fissare e porre in atto chiare linee di responsabilità e di competenze a tutti i livelli dell'organizzazione bancaria*» in base alla quale «*un consiglio di amministrazione che operi in maniera efficace definisce chiaramente poteri e responsabilità chiave per se stesso e per l'alta direzione. Esso riconosce inoltre che l'indeterminatezza o la ridondanza delle linee di competenza e responsabilità possono acuire un problema a causa di risposte tardive o frammentarie. Il compito di creare una gerarchia di competenze fra il personale spetta all'alta direzione, che tuttavia deve essere consapevole del suo ruolo di responsabile ultima della performance della banca nei confronti del consiglio*» (cfr. Linee Guida, punto 15).

[33] Si v. l'ulteriore Prassi di «*assicurare che i membri del consiglio siano qualificati a rivestire le posizioni che occupano, abbiano una chiara cognizione del proprio ruolo nel governo societario e*

trasparenza[34], e nuovamente nell'aggiornamento delle medesime Linee Guida al febbraio 2006[35]. Parimenti, nel contesto dell'Unione Europea, si ricordi la Direttiva 2006/48/CE ove già il riferimento esplicito a dispositivi di governo societario «solidi»[36], e nell'ordinamento italiano il Decreto del Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio del 5 agosto 2004 ove taluni principi affatto desueti in materia di *corporate governance*[37]. Si noti che tutti tali riferimenti sono ampiamente precedenti la crisi finanziaria e pur tuttavia perfettamente coincidenti con gli interventi successivi, culminati con l'emanazione del cd. Codice bancario europeo, costituito in particolare dalla Direttiva n. 36/2013 ("CRD IV") e dal Regolamento n.

non siano indebitamente influenzati dalla direzione o da considerazioni di ordine esterno» (cfr. Linee Guida Basilea 1999, punti 16 ss.).

[34] Cfr. Linee Guida Basilea 1999, punti 26 e 27.

[35] Anch'esso consultabile al sito: *www.bis.org*. Per quanto interessa, si v. in particolare i Principi nn. 1 («*I membri del consiglio di amministrazione sono qualificati a rivestire le posizioni che occupano, hanno una chiara cognizione del proprio ruolo nel governo societario e sono in grado di esercitare un giudizio critico in merito agli affari della banca*»), 3 («*Il consiglio di amministrazione stabilisce e fa rispettare chiare linee di responsabilità e di competenza a tutti i livelli dell'organizzazione bancaria*») e 7 («*La banca è amministrata in maniera trasparente*»).

[36] Cfr. art. 22(1) della Direttiva 2006/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2006, relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio, secondo cui: «*le autorità competenti dello Stato membro d'origine* esigono [enfasi aggiunta, *ndr*] *che ciascun ente creditizio sia dotato di solidi dispositivi di governo societario, ivi compresa una chiara struttura organizzativa con linee di responsabilità ben definite, trasparenti e coerenti, di processi efficaci per l'identificazione, la gestione, la sorveglianza e la segnalazione dei rischi ai quali è o potrebbe essere esposto e di adeguati meccanismi di controllo interno, ivi comprese valide procedure amministrative e contabili*». Si noti che il testo del richiamato art. 22 è perfettamente coerente con l'art. 74(1) della successiva Direttiva CRD IV del 2013 (cfr.: «*gli enti sono dotati di solidi dispositivi di* governance, *ivi compresa una chiara struttura dell'organizzazione con linee di responsabilità ben definite, trasparenti e coerenti, di processi efficaci per l'identificazione, la gestione, la sorveglianza e la segnalazione dei rischi ai quali sono o potrebbero essere esposti, e di adeguati meccanismi di controllo interno, ivi comprese valide procedure amministrative e contabili nonché politiche e prassi di remunerazione che riflettano e promuovano una sana ed efficace gestione del rischio*»).

[37] Quali, *inter alia*: (*i*) l'esigenza che il modello di amministrazione e controllo prescelto sia confacente a garantire l'efficienza della gestione e l'efficacia dei controlli; (*ii*) l'importanza della dialettica interna e dei flussi informativi, anche a livello di gruppo; (*iii*) la gestione consapevole dei rischi; (*iv*) una allocazione di poteri e responsabilità chiaramente definita ad ogni livello decisionale; (*v*) la coerenza dei sistemi di remunerazione con le strategie di lungo periodo dell'ente; (*vi*) una adeguata composizione quali-quantitativa degli organi sociali. Sotto questo profilo, mentre molti altri Paesi europei sono intervenuti in materia soltanto in conseguenza della crisi finanziaria, l'Italia è stata considerata un "precursore" per l'attenzione riservata al tema: in dottrina v. CLEMENTE-LA ROCCA, *Sub art. 53*, in CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2018, p. 618.

575/2013 ("CRR"), e ss.mm.ii., che in effetti si distinguono dai primi non solo (e non tanto) per un più marcato grado di specificazione e articolazione dei summenzionati principi, quanto piuttosto (ed è evidente) per un diverso *quid* di vincolatività e cogenza, con un definitivo passaggio della materia dal prisma delle *best pratices* all'area della cd. *hard law*[38]. Se da un lato, quindi, l'intervento *lato sensu* pubblico in materia parrebbe svilupparsi e traghettarsi sino ai giorni nostri in modo sostanzialmente uniforme, a partire dai presìdi di buon governo societario sopra descritti, profondamente diverso è il contesto e il fine che il medesimo intervento pubblico si è posto. La *ratio* sottesa al Codice bancario europeo, ossia riconoscere e "gestire" il problema della rilevanza potenzialmente sistemica della *corporate governance* (e in special modo dei suoi fallimenti), è infatti frutto di riflessioni tutto sommato recenti perché strettamente dipendenti dalla crisi finanziaria[39]. È chiarissimo in tal senso il Considerando n. 53 della sopra citata Direttiva CRD IV, ove la prospettiva per l'appunto "sistemica" è assai enfatizzata[40], e ciò evidentemente nel solco di un complessivo ripensamento a monte della funzione di vigilanza stessa. Non pare dubbio, a questo proposito, che la crisi abbia segnato il passaggio da una concezione di vigilanza preponderatamene micro-prudenziale, avente cioè come obiettivo principale quello di «*vigilare e limitare le difficoltà dei singoli istituti*

[38] Cfr. Considerando n. 53 della Direttiva CRD IV, ove si assume a razionale dei più puntuali interventi sul governo societario portati dalla medesima Direttiva l'esigenza di pervenire alla «*attuazione efficace di prassi solide in materia di governo societario da parte degli enti*» vista, all'epoca, «*la natura non vincolante di una parte consistente del quadro sul governo societario, basato essenzialmente su codici di condotta volontari*».

[39] Si v. le precedenti note nn. 1 e 2.

[40] «*Le carenze del governo societario in una serie di enti hanno contribuito ad un'assunzione di rischio eccessiva e imprudente nel settore bancario che ha portato al fallimento di singoli enti e a problemi sistemici negli Stati membri e a livello mondiale*»; si segnala anche il successivo Considerando n. 54, secondo cui: «*per far fronte all'effetto dannoso che dispositivi di governo societario mal concepiti possono avere su una gestione del rischio sana, è opportuno che gli Stati membri introducano principi e norme volti ad assicurare una sorveglianza efficace da parte dell'organo di gestione, a promuovere una cultura del rischio sana a tutti i livelli degli enti creditizi e delle imprese di investimento e a consentire alle autorità competenti di monitorare l'adeguatezza dei dispositivi interni di* governance».

finanziari», a quella cd. macro-prudenziale, finalizzata piuttosto «*a limitare le difficoltà del sistema finanziario nel suo complesso per tutelare l'economia in generale contro perdite significative in termini di prodotto reale*»[41] (ancorché sempre sul presupposto essenziale che la gestione dei rischi sia in primo luogo compito delle banche stesse[42]).

Ci sembra che quanto precede valga quindi ad evidenziare un potenziale disallineamento tra il contenuto e il fine della regolamentazione in materia, tale per cui il secondo ben può retroagire al primo, anche preservandone certe caratteristiche "strutturali" e pur tuttavia attribuendovi significati nuovi e ulteriori sotto il profilo teleologico[43]. Si tratta allora di individuare il principale referente "ideologico" e funzionale dell'attuale *framework* regolamentare, che pare potersi scorgere – in considerazione del richiamo esplicito alla cd. finanza sostenibile – all'interno del Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile della Commissione europea[44], il

[41] Così testualmente la Relazione De Larosière, a p. 41; cfr. BARBAGALLO, *La vigilanza bancaria tra presente e futuro*, intervento al seminario su *Vigilanza bancaria e correttezza nelle relazioni con la clientela* tenutosi presso l'Università Luiss Guido Carli di Roma, in data 23 gennaio 2014: «*la vigilanza non è più solo micro ma anche macro-prudenziale, volta a presidiare i rischi di natura sistemica, l'interconnessione tra intermediari, l'esposizione a fattori comuni di rischio. Le regole e i controlli non sono più attenti solo ai profili che attengono direttamente alla sana e prudente gestione delle banche, ma anche ai temi dell'integrità dell'attività bancaria e della trasparenza e correttezza delle relazioni con i clienti, presupposti imprescindibili – come ha anche dimostrato la crisi finanziaria – per garantire la stabilità e la fiducia nel sistema finanziario. Lo stesso concetto di "sana e prudente gestione delle banche" viene ora, più che in passato, preso in considerazione sotto molteplici profili, prevedendo - accanto a regole su patrimonio, rischi, liquidità - presidi più incisivi su* governance, *organizzazione e controlli interni, remunerazioni*».

[42] Cfr. PASSALACQUA, *Diritto del rischio nei mercati finanziari: prevenzione, precauzione ed emergenza*, Padova, 2012; CAPRIGLIONE, *Sub art. 5*, in ID. (diretto da), *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2018, pp. 45 ss..

[43] In termini (astrattamente) non dissimili, v. PASSALACQUA, Green Deal *e transizione digitale verso un diritto eventuale*, in ID. (a cura di), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale. Studi dedicati a Mauro Giusti*, Padova, 2021, p. 8; ID., *Programmazioni pubbliche per il mercato*, relazione al Convegno organizzato da ADDE su *L'ecosistema del mercato europeo tra diritto e innovazione*, Pisa, 24 giugno 2022, nonché ID., *Il ruolo della vigilanza prudenziale nella transizione*, relazione al Convegno organizzato da ADDE, *Law and Economics Yearly Review*, *Open Review of Management, Banking and Finance*, e Università degli Studi di Napoli Parthenope, su *La supervisione finanziaria dopo due crisi. Quali prospettive*, Capri, 17-18 giugno 2022.

[44] Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, al Consiglio, alla Banca Centrale Europea, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni in

quale si sviluppa – come noto – su tre plinti/obiettivi, ossia: (*i*) riorientare i flussi di capitali verso investimenti sostenibili[45]; (*ii*) gestire i rischi finanziari derivati dai cambiamenti climatici, l'esaurimento delle risorse, il degrado ambientale e le questioni sociali, nonché (*iii*) promuovere la trasparenza e la visione a lungo termine nelle attività economico-finanziarie. Se da un lato, il punto "ii" che precede parrebbe anch'esso in continuità con la considerazione sopra accennata, secondo cui i "nuovi" rischi ambientali e sociali assumerebbero rilievo solo *se* e *in quanto* "involuti" in altrettanti rischi di liquidità, legali, etc., dall'altro lato, dal complessivo tenore del Piano (e conseguenti Azioni[46]) pare piuttosto emergere un quadro composito, nel quale la tematica si lega indissolubilmente ad un possibile ripensamento a monte dello scopo d'impresa e dei conseguenti doveri gestori al fine della sostenibilità[47].

---

data 8.3.2018 (COM(2018) 97). Per finanza sostenibile, ai sensi del medesimo Piano, si intende «*generalmente il processo di tenere in debita considerazione, nell'adozione di decisioni di investimento, i fattori ambientali e sociali, per ottenere maggiori investimenti in attività sostenibili di più lungo termine*».

[45] Proprio in quest'ottica si inscrive il Regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 18 giugno 2020, relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili (meglio noto come Regolamento Tassonomia), il quale, coerentemente con l'Azione n. 1 del Piano, ha introdotto un sistema unificato a livello UE in merito alle attività che possono essere definite «sostenibili» in quanto contribuiscono all'attenuazione e all'adattamento ai cambiamenti climatici nonché agli obiettivi ambientali e sociali.

[46] Cfr. Azioni nn. 9 («*rafforzare la comunicazione in materia di sostenibilità e la regolamentazione contabile*») e 10 («*promuovere un governo societario sostenibile e attenuare la visione a breve termine nei mercati dei capitali*»).

[47] L'esperienza di taluni ordinamenti esteri dimostra fra l'altro che a questi due poli – interesse sociale e doveri gestori – possono anche corrispondere due diverse strategie di intervento sul piano giuridico. In Francia, ad esempio, con la *Loi* n. 486 del 22 maggio 2019 il legislatore è intervenuto (anche) sulla definizione di oggetto sociale di cui all'art. 1833 del *Code Civil* che, per come novellato, recita oggi: «*Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés. La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité*» (in dottrina, sull'esperienza francese, v. CERRATO, *Appunti per una via italiana all'ESG. L'impresa costituzionalmente solidale (anche alla luce dei nuovi artt. 9 e 41, comma 3, Cost.)*, in *Analisi giur. economia*, fasc. 1, 2022, pp. 87-93, e la bibliografia ivi citata). Diversamente, nel diritto inglese, con l'emanazione del *Companies Act* nel 2006, si è inteso intervenire soltanto sul terreno dei doveri gestori, con una ulteriore specificazione a proposito del cd. «*Duty to promote the success of the company*» di cui all'art. 172(1) e (2), secondo cui: «*The duty requires a director to act in the way he or she considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole and, in doing so, have regard to the factors listed* (…) *This list is not exhaustive, but highlights areas of particular importance which reflect wider expectations of responsible business behaviour, such as the interests of*

Rinviando alla copiosa e autorevolissima letteratura sul tema[48], basti qui dare atto della tendenza – non solo *de iure condendo* ma anche *de iure condito* – ad enfatizzare in modo crescente le prospettive di lungo periodo dell'impresa[49] (tanto

the company's employees and the impact of the company's operations on the community and the environment». Si v., *amplius*, CALANDRA BUONAURA, *Responsabilità sociale dell'impresa e doveri degli amministratori*, in DI CATALDO-SANFILIPPO (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa. In ricordo di Giuseppe Auletta*, Torino, 2013, pp. 91 ss.. In particolare, sulla perimetrazione dei doveri fiduciari degli amministratori di società nel contesto della "transizione", v. PASSALACQUA, Green Deal *e transizione digitale. Regolazione di adattamento a un'economia sostenibile*, in *Analisi giur. economia*, fasc. 1, 2022, pp. 55-59.

[48] *Ex multis*, si rinvia a FERRARINI, *Corporate purpose and sustainability*, in *ECGI Working Paper Series in Law*, n. 559, 2020, disponibile al sito: *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3753594*.

[49] Si v. ad esempio il quadro in materia di remunerazioni degli amministratori di società quotate, e segnatamente la Direttiva (UE) 2017/828 del 17 maggio 2017 (c.d. *Shareholders' Rights II*), recepita nell'ordinamento italiano con il d.lgs. 49/2019, e successiva delibera CONSOB n. 21623 del 10 dicembre 2020, con la quale l'Autorità ha introdotto rilevanti modifiche al cd. Regolamento Emittenti (Regolamento Consob adottato con delibera n. 11971 del 14 maggio 1999): dalle fonti appena richiamate emerge ben chiara la necessità di tenere in considerazione il perseguimento degli interessi di lungo termine e della sostenibilità della società nella definizione della politica di remunerazione degli amministratori (in particolari di quelli esecutivi). Sul punto si v. anche l'art. 5, Principio XV del Codice di *Corporate Governance* nella versione vigente, adottato dal relativo Comitato (costituito, nell'attuale configurazione, ad opera di ABI, ANIA, Assonime, Confindustria, Borsa Italiana S.p.A. e Assogestioni nel giugno del 2011) con efficacia a partire dal 31 gennaio 2020 (secondo cui: «*la politica per la remunerazione degli amministratori, dei componenti dell'organo di controllo e del* top management *è funzionale al perseguimento del successo sostenibile della società e tiene conto della necessità di disporre, trattenere e motivare persone dotate della competenza e della professionalità richieste dal ruolo ricoperto nella società*»), e, ancor più rilevante, l'art. 1, Principio I (secondo cui: «*L'organo di amministrazione guida la società perseguendone il successo sostenibile*»), in correlazione con la definizione di «successo sostenibile» offerta dal medesimo Codice di *Corporate Governance*, intendendosi per tale un «*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* stakeholder *rilevanti per la società*». Una possibile definizione di «*long-term*» si rinviene in EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR JUSTICE AND CONSUMERS, *Study on directors' duties and sustainable corporate governance: final report*, 2020 (disponibile al sito: *https://data.europa.eu/doi/10.2838/472901*) ove il riferimento a un orizzonte temporale compreso fra 5 e 10 anni. *De iure condendo*, si fa inoltre riferimento alla recentissima proposta di Direttiva europea in materia di *Corporate Sustainability Due Diligence* pubblicata dalla Commissione europea in data 23 febbraio 2022 (preceduta dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2021 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti la dovuta diligenza e la responsabilità delle imprese), recante una serie di obblighi per le società, le proprie controllate e i relativi *partner* d'affari lungo la catena del valore, volti a incrementare la tutela di finalità ambientali, sociali e di buon governo, e che, con riferimento al «*duty of care*» degli amministratori di società, impone agli Stati membri di provvedere a che essi «*tengano conto, nell'adempiere al loro dovere di agire nell'interesse superiore della società, delle conseguenze in termini di sostenibilità, a breve, medio e lungo termine, delle decisioni che assumono, comprese, se del caso, le conseguenze per i diritti umani, i cambiamenti climatici e l'ambiente*». Sul tema si v. in dottrina, *ex multis*, v. MOSCO-

più se di natura *lato sensu* finanziaria) e le esigenze di tutela dei cd. *stakeholders*[50] (*e.g*. creditori, clienti, fornitori, comunità locali, comunità globale e, infine, la società civile nel suo insieme[51]), nonché ad implementare la cd. informativa di carattere non finanziario[52]. Trattasi di un diritto ancora tutto eventuale[53] della cui tenuta

---

FELICETTI, *Prime riflessioni sulla proposta di direttiva UE in materia di* Corporate Sustainability Due Diligence, in *Analisi giur. economia*, fasc. 1, 2022, pp. 185 ss.; ENRIQUES, *The European Parliament Draft Directive on Corporate Due Diligence and Accountability: Stakeholder-Oriented Governance on Steroids*, in *Riv. Soc*., fasc. 2/3, 2021, p. 319 ss.; ECLE GROUP, *The European Parliament's Draft Directive on Corporate Due Diligence and Corporate Accountability*, in *Riv. Soc*., fasc. 2/3, 2021, p. 276 ss.; LIBERTINI, *Sulla proposta di Direttiva UE su "Dovere di diligenza e responsabilità delle imprese"*, in *Riv. Soc*., fasc. 2/3, 2021, p. 325 ss., nonché gli altri contributi tematici pubblicati nel medesimo fascicolo 2/3 della *Rivista delle Società*, 2021.

[50] Il che, preme osservare, è in linea di principio più agevole nell'ambito della regolazione della *governance* bancaria proprio perché essa è necessariamente, anche ai fini di cui all'art. 47 Cost., orientata ad un fisiologico "strabismo" fra esigenze degli *shareholders* e quelle degli *stakeholders* intesi, tradizionalmente, come i depositanti (cfr. CAPRIGLIONE, *La governance bancaria tra interessi di impresa e regole prudenziali*, in questa *Rivista*, fasc. 2, 2014, pp. 72 ss.; ID.-MASERA, *La* corporate governance *delle banche: per un paradigma diverso*, in questa *Rivista*, fasc. 4, 2016, pp. 296 ss.). Ancora una volta, poi, sia consentito valorizzare l'*acquis* della *soft law*, rinviando ai *Principles for enhancing corporate governance* pubblicati dal Comitato di Basilea in data 13 febbraio 2006 (ove si legge che: «*le autorità di vigilanza dovrebbero considerare il governo societario come una componente della tutela dei depositanti. Un buon governo societario non tiene conto soltanto degli interessi degli azionisti, ma anche di quelli dei depositanti*»), ma anche ai *Principles of Corporate Governance* pubblicati dall'OECD nel 1999 con riferimento alle imprese societarie in genere, e non soltanto bancarie (ove: «*The corporate governance framework should recognise the rights of stakeholders as established by law and encourage active co-operation between corporations and stakeholders in creating wealth, jobs, and the sustainability of financially sound enterprises*». Oggi, si v. in tal senso anche l'art. 1, Principio IV («*L'organo di amministrazione promuove, nelle forme più opportune, il dialogo con gli azionisti e gli altri stakeholder rilevanti per la società*»), del Codice di *Corporate Governance* vigente. *De iure condendo*, si richiamano anche le considerazioni sul cd. "scopo di lucro edulcorato" (e i potenziali effetti collaterali dello *stakeholderism*) svolte da SACCO GINEVRI, *Responsabilità sociale d'impresa e assetti organizzativi*, relazione al Convegno organizzato da ADDE su *L'ecosistema del mercato europeo tra diritto e innovazione*, Pisa, 24 giugno 2022.

[51] L'elencazione (esemplificativa) è tratta da BARCELLONA, *La* sustainable corporate governance *nelle proposte di riforma del diritto europeo: a proposito dei limiti strutturali del c.d.* stakeholderism, in *Riv. Soc*., fasc. 1, 2022, p. 3 ss., ove ampie considerazioni sul cd. *stakeholderism*.

[52] Si fa riferimento in particolare alla Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio dello scorso 21 aprile 2021, modificativa della Direttiva (UE) 2014/95 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2014 per quanto riguarda la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità da parte di talune imprese e di taluni gruppi di grandi dimensioni, e al corrispondente plesso normativo nazionale di cui al d.lgs. n. 254/2016; per più approfondite considerazioni sul tema si rinvia, *ex multis*, a STRAMPELLI, *L'informazione non finanziaria tra sostenibilità e profitto*, in *Analisi giur. economia*, fasc. 1, 2022, pp. 145 ss.; FORTUNATO, *L'informazione non finanziaria nell'impresa socialmente responsabile*, in *Giur. Comm*., fasc. 3, 2019, pp. 415-428.

costituzionale, però, sia a livello europeo[54] che nazionale (tanto alla luce dell'art. 41 Cost.[55] come da ultimo modificato con l. cost. 11 febbraio 2022 n. 1[56], quanto dell'art. 47 Cost.[57]) non pare potersi dubitare.

Ci sembra che quanto precede valga quindi a dare atto della significativa pregnanza sociale dei suddetti rischi ESG, i quali, non foss'altro per la loro intrinseca rilevanza trasversale al crocevia fra impresa (*tout court*) e mercato nel siffatto contesto di «transizione»[58], parrebbero quindi distinguersi dai tradizionali rischi bancari conquistando una dignità loro propria[59], che certamente confluisce nel principio di sana e prudente gestione – anch'esso in divenire[60] – ma, forse, non si esaurisce in esso. Una conferma di ciò pare potersi ulteriormente desumere sul piano dell'*enforcement* del "nuovo" dovere di prendere in considerazione «*gli obiettivi di finanza sostenibile e, in particolare, l'integrazione dei fattori ambientali, sociali e di*

[53] Nel senso attribuito da PASSALACQUA, Green Deal *e transizione digitale verso un diritto eventuale*, in ID. (a cura di), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale. Studi dedicati a Mauro Giusti*, Padova, 2021, 29-30; ID., Green Deal *e transizione digitale. Regolazione di adattamento a un'economia sostenibile*, in *Analisi giur. economia*, fasc. 1, 2022, pp. 27 ss..

[54] Cfr. LIBERTINI, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, in DI CATALDO-SANFILIPPO (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa. In ricordo di Giuseppe Auletta*, Torino, 2013, 36-47.

[55] CAPRIGLIONE, *Responsabilità sociale d'impresa e sviluppo sostenibile*, in questa *Rivista*, fasc. 1, 2022, 1-26; PASSALACQUA, Green Deal *e transizione digitale. Regolazione di adattamento a un'economia sostenibile*, in *Analisi giur. economia*, fasc. 1, 2022, p. 56.

[56] Sulla quale v. BIFULCO, *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive*, in *Analisi giur. economia*, fasc. 1, 2022, pp. 7 ss.

[57] Cfr. PASSALACQUA, *Per una regolazione bancaria che «incoraggia e tutela il risparmio»*, in questa *Rivista*, fasc. 4, 2021, 542-543.

[58] Cfr. PASSALACQUA, *Programmazioni pubbliche per il mercato*, relazione al Convegno organizzato da ADDE su *L'ecosistema del mercato europeo tra diritto e innovazione*, Pisa, 24 giugno 2022.

[59] Si richiamano in proposito le considerazioni formulate da PASSALACQUA, *Il ruolo della vigilanza prudenziale nella transizione*, relazione al Convegno organizzato da ADDE, *Law and Economics Yearly Review*, *Open Review of Management, Banking and Finance*, e Università degli Studi di Napoli Parthenope, su *La supervisione finanziaria dopo due crisi. Quali prospettive*, Capri, 17-18 giugno 2022.

[60] Su cui v. SEPE, *Sviluppo, sostenibilità e sana e prudente gestione in ambito finanziario*, in PASSALACQUA (a cura di), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale. Studi dedicati a Mauro Giusti*, Padova, 2021, pp. 63 ss.; RIGANTI, *Sostenibilità non finanziaria, "sana e prudente gestione" e governo societario delle banche. "Arlecchino" nel C.d.a.? (Note a margine di un Convegno sull'isola di Capri)*, in questa *Rivista*, Supplemento al n. 1/2022, pp. 325 ss..

governance *(ESG) nei processi relativi alle decisioni aziendali*», per come irrobustito (in concreto) dalle Aspettative adottate dall'Autorità di Vigilanza. Avendo infatti a mente che il nostro ordinamento non pare aver accolto la distinzione[61], meglio nota altrove e in particolare negli Stati Uniti, fra *regulatory duties* (aventi cioè rilevanza meramente "interna" ai rapporti con l'Autorità di Vigilanza, poiché posti nell'interesse generale) e l'ordinario *duty of care* che sta a fondamento del rapporto gestorio di diritto privato, e proprio in assenza di siffatta netta separazione, non sembra possibile escludere in radice e a priori che si crei una sorta di *continuum* tra la sfera prettamente regolatoria, presidiata dalle relative sanzioni amministrative[62], e quella civilistica, ciò in ragione di una interpretazione "armonica" della sopracitata Circolare con le previsioni di cui agli artt. 2381 e 2392 cod. civ., peraltro già avallata dalla giurisprudenza che si è occupata dei doveri (e conseguenti responsabilità) degli amministratori non esecutivi di banca[63].

---

[61] Su cui v. PETROBONI, *I caratteri speciali dell'amministrazione di banche negli Stati Uniti. La discussione delle ragioni, la ricerca degli strumenti*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, fasc. 6, 2020, p. 850 ss..

[62] Come noto, il potere "normativo" di Banca d'Italia *in subiecta materia* promana dalla legge, e segnatamente dall'art. 53 del d.lgs. n. 385/1993 (TUB), ai sensi del quale «*la Banca d'Italia emana disposizioni di carattere generale aventi a oggetto (…) d) governo societario, l'organizzazione amministrativa e contabile, nonché i controlli interni e i sistemi di remunerazione e di incentivazione*»; al successivo art. 144 TUB si prevede quindi l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria (fino al 10 per cento del fatturato), *inter alia*, per l'inosservanza dell'art. 53 TUB «*o delle relative disposizioni generali o particolari impartite dalle autorità creditizie* [fra cui la Circolare, *ndr*]» (cfr. art. 144, co. 1, lett. a)). Ai sensi dell'art. 144-*ter* TUB, alla medesima violazione consegue *anche* l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino a 5 milioni di euro nei confronti dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione o controllo, nonché del personale, quando «*l'inosservanza è conseguenza della violazione di doveri propri*» e «*la condotta ha inciso in modo rilevante sulla complessiva organizzazione o sui profili di rischio aziendali*».

[63] Cfr. da ultimo Cass. civ., Sez. II, Ord., 6.6.2022, n. 18031, in *OneLegale*: «*non può ritenersi che le previsioni di cui alla circolare n. 285/2013 della Banca d'Italia abbiano travolto gli assetti ed i rapporti societari quali dettati da norme di rango primario, quale in primo luogo l'art. 2381 c.c. In tal senso rileva il fatto che si tratta, per quelle regolamentari, di disposizioni volte a rafforzare proprio l'assetto delineato dal codice civile, con la individuazione di regole più specifiche per il settore bancario, e nel rispetto delle fonti di derivazione comunitaria (in particolare la direttiva 2013/36/UE CDR IV), ma sempre in vista di un armonico coordinamento tra la disciplina societaria di carattere generale e quella settoriale bancaria, ed il tutto in correlazione con il Regolamento UE n. 575/2013, con il quale va a comporre il quadro normativo di disciplina delle attività bancarie, il quadro di vigilanza e le norme prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento*» (soltanto fra le

4. Alla luce di quanto precede, ci si chiede quindi se non ci si trovi al cospetto di una sorta di rivoluzione di velluto nella regolazione della *corporate governance* bancaria, tutt'ora in essere. Superato cioè l'ostacolo di tipo letterale-strutturale, avendo dimostrato che la continuità del mezzo non vale a dimostrare *ex se* la continuità dei fini, e ammettendo che il referente "ideologico" del dovere dell'organo con funzione di supervisione strategica di tenere in considerazione «*gli obiettivi di finanza sostenibile e, in particolare, l'integrazione dei fattori ambientali, sociali e di* governance *(ESG) nei processi relativi alle decisioni aziendali*» non sia da rinvenire sul terreno della vigilanza *stricto sensu*, bensì al crocevia sistemico della «transizione ecologica», ci si chiede allora se non si prefiguri una mutazione genetica del fine, che potrebbe a sua volta dischiudere a inediti e assai significativi sviluppi, questa volta anche eminentemente strutturali, seppur con un attento dosaggio (si spera) di *governance* e *government*.

Valeriana Forlenza

Dottoranda in Diritto dell'economia

nell'Università di Pisa

decisioni pubblicate nel corso del 2022 si segnalano anche: Cass. civ., Sez. II, Ord. 30.5.2022, n. 17394; Cass. civ., Sez. II, Ord., 18.5.2022, n. 15927; Cass. civ., Sez. II, Ord., 18.2.2022, n. 5362; Cass. civ., Sez. II, Ord., 16.5.2022, n. 15585, tutte disponibili in *OneLegale*).

FATTORI *ESG* E *GOVERNANCE* BANCARIA *

(*ESG factors and banking governance)*

ABSTRACT: *The article aims to analyse the changes in banking governance caused by the ecological transition. In particular, the purpose of the is to understand the impact deriving from the environmental, social and governance criteria (so-called "ESG") on the organizational structures of banking companies. In particular, the articole intends to explore the changes regarding the composition of the board in the light of the fact that the directors should have expertise in the field of ESG criteria. It also focuses on the relationship between sustainability and profit in the banking company.*

SOMMARIO: 1. Alla ricerca di un equilibrio tra sostenibilità e profitto. – 2. L'integrazione dei fattori *ESG* nell'attività e nella *governance* bancaria. – 3. Esponenti aziendali e fattori *ESG*. – 4. Quali cambiamenti per gli esponenti aziendali.

1. Il presente lavoro persegue lo scopo di analizzare se ed in quale misura la transizione ecologica stia determinando dei cambiamenti per la *governance* bancaria. In particolare, il proposito dell'indagine è di comprendere se ed in che modo – alla luce del quadro legislativo vigente[1]- l'applicazione dei criteri ambientali, sociali e di

*Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio.
L'articolo è prodotto di una riflessione comune tra le Autrici anche all'interno della Ricerca PRIN – 2017: *Fintech: the influence of enabling technologies on the future of the financial markets*. I pff. 1 -3 e 7 sono da attribuire a L. Ammannati, e i pff. 4, 5 e 6 ad A. Canepa.

[1] Ci si riferisce in particolare: ai principi del Patto mondiale delle Nazioni Unite (United Nations Global Compact); agli Obiettivi di sviluppo sostenibile dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite; all'Accordo di Parigi sul clima del 2015; alla Comunicazione della Commissione del 22 novembre 2016, *Il futuro sostenibile dell'Europa: prossime tappe. L'azione europea a favore della sostenibilità*, COM/2016/739 final; alla Comunicazione della Commissione dell'8 marzo 2018, *Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile*, COM/2018/097 final; alla Comunicazione della Commissione del 6 luglio 2021 con la quale annuncia al pubblico una nuova strategia per il finanziamento della transizione verso un'economia sostenibile; al Regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2020 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili; al Regolamento (UE) 2019/2088 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 relativo all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari.

governance (c.d. "ESG" - *enviromental, social and governance*) da parte degli istituti di credito abbia inciso sugli assetti organizzativi delle imprese bancarie e, in particolare, sulla composizione del *board* delle stesse.

Al fine di svolgere tale analisi occorre partire da una considerazione di base: il legislatore e le Autorità europee[2], ma anche i mercati e gli *stakeholders*[3]*,* impongono agli intermediari finanziari (dunque anche agli enti creditizi) di procedere celermente ad una revisione delle strategie nonché dei processi produttivi e gestionali al fine di integrare la ricerca dell'efficienza e dell'efficacia economico-finanziaria con le esigenze legate al miglioramento dell'impatto della propria attività sull'ambiente, sulle comunità e sui territori[4].

La sostenibilità ha assunto un ruolo talmente rilevante da diventare il nuovo "co-obiettivo" dell'impresa bancaria per raggiungere il quale è necessario ripensare l'organizzazione della stessa al fine di tenere in considerazione i *nuovi* rischi (ambientali) e i relativi costi ma anche le *nuove* opportunità che si presentano nonché di garantire un rapporto equilibrato tra essa e il conseguimento profitto[5].

---

[2] Con riguardo ai provvedimenti legislativi, si rinvia alla nota precedente; relativamente alle indicazioni della Autorità europee ci si riferisce in particolare a: EBA, *Report on management and supervision of ESG risks per credit institutions and investement firms*, 2021, consultabile al seguente *link https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/Publica-tions/Reports/2021/1015656/EBA%20Report%20on%20ESG%20risks%20management%20and%20supervision.pdf*; Cfr. BCE, *Guida sui rischi climatici e ambientali. Aspettative di vigilanza in materia di gestione dei rischi e informativa*, novembre 2020, consultabile al seguente *link https://www.bankingsupervision .europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.202011finalguideonclimaterelatedandenvironmentalrisks~58213f6564.it.p df*. Inoltre, in termini più generali, si rinvia alle raccomandazioni del *Network for Greening the Financial System*.

[3] Cfr. ELDERSON, Towards an immersive supervisory approach to the management of climate-related and environmental risks in the banking sector, 18 febbraio 2022, consultabile al seguente *link https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/speeches/date/2022/html/ssm.sp220218~57944d77c0 .en.html*.

[4] Per un'ampia e approfondita disamina sul tema cfr. AA. VV., *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale. Studi dedicati a Mauro Giusti*, (a cura di) PASSALACQUA, Milano, 2022, *passim.*

[5] Cfr. GIRELLA, ZAMBON, ROSSI, Reporting on sustainable development: A comparison of three Italian small and medium-sized enterprises, in Corporate social-responsibility and environmental management, *https://dx.doi.org/10.1002/csr.1738*, 2019, 981 ss. Il dibattito europeo in materia ha origini ventennali, dal momento che tali questioni sono entrate a far parte del vocabolario UE insieme

A proposito di detto ultimo aspetto, si consideri che la necessità di promuovere attività economiche *produttive* trova la sua ragion d'essere nelle fondamenta del diritto d'impresa e, anzi, si potrebbe affermare che essa è immanente al sistema stesso[6].

Quanto sin qui indicato rappresenta l'orizzonte di riferimento per qualsiasi impresa che può essere così sintetizzato: bisogna ottenere dei profitti senza che ciò cagioni un danno all'ambiente.

Nel delineato contesto il ruolo di primazia spetta, necessariamente, alla *politica* che deve guidare il mercato e gli operatori verso l'adozione di sistemi produttivi sostenibili; mentre alle imprese spetta il compito di applicare detti modelli e di riuscire a creare sviluppo[7].

---

ai temi legati alla *Corporate Social Reponsability*. Difatti, sul punto era già intervenuta la Commissione Europea con il *Libro Verde. Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese*, 18.7.2001, COM(2001) 366 definitivo, consultabile al seguente *link https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/deve/20020122/com(2001)366_it.pdf*. Cfr. CAPRIGLIONE, *Fare impresa tra profitto e responsabilità sociale*, in *Sole24h*, luglio 2022. A tal proposito, al fine di poter riflettere compiutamente sul tema, giova segnalare la posizione di FRIEDMAN, The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits, in New York Times, 13 settembre 1970, consultabile al seguente *link https://static1.squarespace.com/static/56b7a300356fb06478dcea5a/t/5fb99036957a3511df281e4a/1605996599044/A+Friedman+doctrine%E2%80%90+The+Social+Responsibility+Of+Business+Is+to+Increase+Its+Profits+-+The+New+York+Times.pdf* secondo il quale, coerentemente con le idee sviluppate dalla Scuola di Chicago, affermava che l'unica responsabilità sociale dell'impresa fosse quella di massimizzare i profitti. Difatti, il perseguimento di finalità ulteriori rispetto a quelle prescritte dalla legge era inteso da Friedman come un'imposizione che esorbitava i poteri dei vertici aziendali. Detta impostazione è piuttosto estremista e dalla lettura del testo sembra che le imprese siano delle monadi di Leibniz rispetto al contesto sociale di riferimento. Ad ogni modo, è altrettanto estremista la posizione secondo la quale l'impresa dovrebbe perseguire obiettivi sostenibili a discapito del profitto.

[6] Ci riferisce al c.d. "scopo fine" cui deve tendere la società, ai sensi di quanto previsto dall'art. 2247 cod. civ., a norma del quale l'obiettivo da perseguire è la divisione degli utili. In termini più generali, si può affermare che la realizzazione del profitto è un principio immanente al diritto societario poiché connota l'attività economica svolta. O meglio, caratterizza l'attività svolta dalle società lucrative. Cfr. CIAN, *La nozione di società e i principi generali*, in *Diritto Commerciale*, (a cura di) CIAN, Torino, 2014, vol. II, 17 ss. in part. 46 s.

[7] Non pare adeguata la scelta del legislatore– per il momento ancora in una fase embrionale dal momento che è prevista in alcuni emendamenti– di imporre alle banche il divieto di finanziare investimenti in attività di deforestazione. La citata proposta di Regolamento - n. 14151/2021 ed è consultabile al seguente *link https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14151-2021-INIT/it/pdf* - intende vietare l'introduzione nel mercato europeo di prodotti che abbiano causato la deforestazione; la proposta si riferisce in particolare alla produzione di prodotti agricoli come l'olio di

2. L'integrazione dei fattori *ESG* è un tema di cui da tempo si discute in ambito bancario. Tali criteri non rappresentano una novità né per il legislatore[8] né per gli operatori del mercato. La differenza rispetto al passato è da ricercare nel ruolo prioritario che dette tematiche hanno assunto nel dibattito politico globale e ciò ha imposto ai legislatori di tradurre i principi in regole cogenti[9].

Anche le Autorità si sono adeguate e, pertanto, proprio al fine di comprendere la portata del tema dei rischi *ESG* nel delineato contesto, occorre tenere in debita considerazione il contenuto delle linee guida della BCE[10] in materia di *climate and*

palma, il caffè, la carne bovina etc. Se questo emendamento venisse approvato, agli istituti di credito verrebbe, di fatto, attribuito un ruolo che, in realtà, spetterebbe alle istituzioni, cfr. SABATINI, *Rischi ambientali, regole prudenziali e ruolo delle banche*, in Sole24h, 1° set-tembre 2022. Il richiamo a detta circostanza è utile per comprendere quale sia la differenza tra le politiche di sostenibilità, declinate dal potere pubblico, e le prassi di sostenibilità, che devono essere realizzate dagli operatori privati.

[8] Ci si riferisce, ad esempio, a COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde "Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese"*, Bruxelles, 18.7.2001, 2.21.

[9] Può essere utile redigere una sommaria rassegna normativa in materia. Per farlo occorre preliminarmente tener conto della recente revisione dell'art. 41, comma 3, della Costituzione italiana che nella versione vigente attribuisce particolare rilievo all'esigenza che l'attività economica pubblica e privata sia indirizzata a fini sociali e ambientali. Di poi, occorre analizzare il *corpus* normativo di rango europeo e gli accordi internazionali. Significativo, al riguardo, è: il Protocollo di Kyoto sottoscritto nel 1997, la c.d. Agenda ONU 2030, gli Accordi di Parigi del 2016 e la Conferenza sui cambiamenti climatici tenutasi a Glasgow nel 2021. L'Unione europea ha un ruolo fondamentale nella definizione della strategia ambientale globale. Anzitutto, con la Comunicazione del 14 settembre 2016 la Commissione ha inteso definire le modalità di attuazione degli impegni assunti aderendo alla citata Agenda ONU 2030. Inoltre, la transizione ecologica dell'UE passa anche attraverso l'*Action plan package* che intende realizzare l'Unione dei mercati di capitali (c.d. CMU o *Capital Markets Union*) e che ha indotto la Commissione ad istituire *l'High-Level Expert Group on Sustainable Finance*. Nel 2017, nel corso della prima edizione del *Paris One Planet Summit*, è stato realizzato il *Network of central banks and supervisors for greening the financial system* (c.d. NGFS) che ha individuato le *best practices* con la precipua finalità di far sì che il sistema bancario assumesse un ruolo attivo nello sviluppo sostenibile. Si consideri poi l'adozione dell'*Action Plan on financing sustainable growth;* per il tramite di tale Piano d'Azione l'UE ha impresso, infatti, un nuovo senso di marcia allo sviluppo europeo: i mercanti e i mercati non possono non uniformarsi al principio generale di sostenibilità. Nel Piano sono stati individuati dieci percorsi chiave sulla base dei quali sono state elaborate alcune proposte normative per il settore finanziario. Per un'analisi dettagliata della normativa di riferimento cfr. BROZZETTI, *Profili evolutivi della finanza sostenibile*, in *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, *op. cit*., 197 ss.

[10] Cfr. BCE, *Guida sui rischi climatici e ambientali. Aspettative di vigilanza in materia di gestione dei rischi e informativa*, novembre 2020, *op. cit*.

enviromental risks e del Rapporto EBA[11].

Nel Rapporto sono stati definiti i rischi *ESG* e sono stati individuati gli strumenti per provvedere alla loro cauterizzazione. Nelle linee guida[12], invece, la BCE ha fornito alcune indicazioni alle banche *significant* in merito alle scelte da adottare per essere *compliant* ai rischi *ESG*. In seguito, la Banca Centrale Europea ha chiesto agli istituti di credito coinvolti di effettuare un'autovalutazione al fine di verificare la conformità alle tredici c.d. aspettative[13] individuate proprio nelle (citate) linee guida. I risultati emersi a seguito dell'analisi delle risposte ai questionari sono stati definiti deludenti dalla BCE[14].

3. Orbene, come si diceva in conclusione del precedente paragrafo, gli istituti di credito interpellati dalla BCE non hanno ancora pienamente adeguato i propri criteri operativi alle indicazioni contenute nelle (citate) linee guida. Quella attuale è una fase (ancora) embrionale durante la quale la corretta declinazione dei criteri *ESG* in ambito bancario è in corso di definizione.

In tale fase, diversi istituti di credito stanno attuando delle modifiche per rendere strutturale l'integrazione dei fattori *ESG* prevedendo esplicite responsabilità

[11] Cfr. EBA, Report on management and supervision of ESG risks per credit institutions and investement firms, 2021, *op. cit*.

[12] Cfr. BCE, *Guida sui rischi climatici e ambientali. Aspettative di vigilanza in materia di gestione dei rischi e informativa*, novembre 2020, *op. cit*.

[13] La guida è strutturata in 13 punti chiave che la BCE, nella traduzione italiana delle *guide lines*, denomina come "aspettative", traducendo in maniera piuttosto letterale il vocabolo utilizzato nella versione originale redatta in lingua inglese "*espectations*".

[14] Cfr. BCE, Supervisory assessment of institutions' climate related and environmental risks disclosures. ECB report on banks' progress towards transparent disclosure of their climate-related and environmental risk profiles, marzo 2022, consultabile al seguente *link https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.ECB_Report_on_climate_and_environmental_disclosures_202203~4ae33f2a70.en.pdf.*, ove la Banca Centrale Europea si sofferma in particolare sulle modalità con cui sono considerati i rischi nel processo di diffusione delle informazioni; ID, The state of climate and environmental risk management in the banking sector. Report on the supervisory review of banks' approaches to manage climate and environmental risks, novembre 2021, consultabile al seguente *link https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.202111guideonclimate-relatedandenvironmentalrisks~4b25454055.en.pdf*, ove la Banca Centrale Europea si concentra in particolare sulle modalità con cui sono considerati i rischi nelle pratiche manageriali.

in capo ai vertici aziendali. Non a caso, dall'analisi della disciplina di riferimento[15] emerge chiaramente che la definizione di un modello di *business* sostenibile rientra tra i compiti assegnati al *board* e al *top management* dell'impresa bancaria. Questi, per definire una strategia adeguata e profittevole, devono valutare il contesto di riferimento e la portata dei rischi di tipo ambientale e sociale. Ciò dipende anche dal fatto che l'integrazione dei fattori ambientali, sociali e di *governance* può influire sulla reputazione e sulla redditività dell'impresa nel lungo termine[16].

Pertanto, al fine di perseguire gli obiettivi sopra citati, diverse banche di recente hanno: nominato un *Chief Sunstainability Officer* e/o hanno istituito un Comitato endoconsiliare dedicato alla Sostenibilità al fine di supportare il CdA nell'integrazione dei canoni *ESG*[17]. Con riguardo a detto Comitato, giova precisare che esso ha, di regola, una funzione propositiva e consuntiva nei confronti del CdA in merito: al monitoraggio dei rischi *ESG*; all'esame e alla valutazione delle politiche di sostenibilità; alla definizione ed al monitoraggio delle politiche di sostenibilità; etc.[18].

Sul punto giova segnalare che, stando all'ultima rilevazione effettuata, ben il 62,5% delle aziende italiane quotate inserite nell'indice FTSE MIB della Borsa Italiana ha indicato il raggiungimento di almeno un obiettivo *ESG* nella componente variabile

[15] Cfr. Comunicazione della Commissione dell'8 marzo 2018, *Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile*, COM/2018/097 final. In termini più generali, si richiamano anche le indicazioni *dell'High-Level Expert Group on Sustainable Finance* e, ovviamente, BCE, *Guida sui rischi climatici e ambientali. Aspettative di vigilanza in materia di gestione dei rischi e informativa*, novembre 2020, *op. cit.*

[16] Cfr. EBA, Report on management and supervision of ESG risks per credit institutions and investement firms, 2021, *op. cit.*

[17] Cfr. MANGO, *L'origine dei modelli di control governance nelle diverse realtà aziendali: l'integrazione dei fattori ESG*, in *La compliance in Banca. Tra soluzioni RegTech e l'integrazione dei fattori ESG*, (a cura di) MURÈ, Milano, 2022, 33 ss.

[18] Sul punto è utile analizzare le scelte compiute da alcuni istituti di credito: Unicredit ha istituito il Comitato ESG e, inoltre, è stato costituito anche il sottogruppo *ESG Strategy Council* in seno al *Group Executive Committee*; Intesa San Paolo ha un organigramma ancor più articolato poiché ha istituito al suo interno la Cabina di regia ESG e, all'interno dell'Area di Governo *Chief Financial Officer*, ha costituito la *ESG & Sustainability*. Intesa San Paolo e Unicredit hanno anche individuato, rispettivamente, un *Head of ESG & Sustainability* e un *Head of Group ESG Strategy & Impact Banking*.

della remunerazione dei vertici aziendali[19].

Come è noto, attribuire tale responsabilità al più alto livello gerarchico è una prassi in uso ma essa rappresenta la scelta più adeguata - o l'unica possibile- per garantire il perseguimento degli obiettivi di sostenibilità da parte dell'intermediario?

Di poi, quali devono essere le competenze concretamente possedute dai componenti del *board*?[20]

L'ambizione di codesto contributo non è certamente quella di fornire una risposta risolutiva a detti quesiti, l'intento è, più che altro, di provare a elaborare qualche considerazione di sorta utile ai fini del dibattito in materia.

Orbene, come è noto, il DM n. 169/2020 regola gli aspetti legati ai requisiti e ai criteri di idoneità che devono essere posseduti dagli esponenti aziendali degli istituti di credito. Il citato Decreto non dispone che gli esponenti debbano possedere specifiche conoscenze nelle tematiche legate alla sostenibilità però, pur in assenza di un intervento integrativo al decreto, un'interpretazione estensiva dei punti 1 e 5 del co. 2 art. 10 del DM n. 169/2020 potrebbe includere anche dette competenze[21].

Non a caso, gli istituti di credito, in sede di rinnovo dei propri consessi, già annoverano tra i criteri di selezione dei Consiglieri le conoscenze e le competenze in

[19] Cfr. MANCIULLO, ZACCONE, PEDRINI, *La governance della sostenibilità. Esperienze e sfide in atto*, Milano, 2022, 54 s., consultabile al seguente *link https://www.sustainability-makers.it/wp-content/uploads/2022/07/ebook-SM-La-governance-della-sostenibilita.Esperienze-e-Sfide-in-atto.pdf.* Tale dato è in crescita rispetto alle rilevazioni precedenti, che avevano evidenziato la presenza di tali obiettivi nel 37,5% delle aziende nel 2016 e nel 40% nel 2017.
Giova, inoltre, aggiungere che nel 2021 il 68% dei CEO ha espresso preoccupazione per i cambiamenti climatici; l'86% dei dipendenti preferiscono lavorare per società attente agli aspetti ESG; il 43% degli azionisti intende confrontarsi con il *board* in merito all'integrazione dei fattori ESG, cfr. 24° Annual Global & Italian CEO Survey 2021; PwC, Consumer Intelligence Series Survey on ESG, 2021; PwC USA, Annual Corporate Directors Survey, 2021.

[20] Ci si riferisce a: studi pregressi; titoli universitari, pubblicazioni in materia. Vale a dire, come si fa a verificare se l'amministratore conosce la materia? Quali sono i parametri cui deve conformarsi?

[21] Ci si riferisce all'art. 10 del DM n. 169/2020 a norma del quale al fine di verificare il rispetto dei criteri di competenza degli esponenti occorre prendere in considerazione la conoscenza teorica e l'esperienza pratica posseduta in materia di: regolamentazione del settore bancario e finanziario (n. 2); gestione dei rischi (n. 5). Si veda l'aggiornamento delle Disposizioni di vigilanza sul governo societario delle banche (Circolare n. 285/2013) adottato dalla Banca d'Italia nel giugno del 2021.

ambito *ESG*[22].

Affermare che ai fini della corretta gestione aziendale sia necessario possedere la necessaria esperienza in un dato ambito non ha certo il carattere della novità. Difatti in tal caso non si contesta il metodo, bensì il merito della questione poiché perdura un certo grado di indeterminatezza in merito alle competenze in materia di sostenibilità di cui devono essere dotati gli amministratori per gestire un'impresa bancaria. Inoltre, occorrerebbe indagare di quali conoscenze sul tema siano attualmente in possesso gli esponenti aziendali degli istituti di credito e se esse siano da considerarsi sufficienti o se debbano essere potenziate[23].

In aggiunta occorre sottolineare il fatto che una certa dimestichezza con gli argomenti legati alla sostenibilità debba essere posseduta anche dal livello manageriale, al fine di garantire la corretta declinazione delle indicazioni provenienti dal Consiglio di Amministrazione.

4. La complessità del contesto nel quale operano le banche è indubbia. Pertanto, le sfide che devono essere affrontate dagli esponenti bancari sono molteplici e l'ennesima -forse la più importante[24] – è quella legata all'integrazione dei fattori *ESG* nelle politiche di *governance* e, più in generale, nella definizione della

[22] Di seguito si riporta una selezione di documenti predisposti da diversi istituti di credito relativi alla composizione qualitativa e quantitativa dei Consigli di Amministrazione. Ciascuno di essi individua tra i criteri di selezione anche la conoscenza delle tematiche ambientali e sociali. Cfr. *ex multis* Unicredit *https://www.unicreditgroup.eu/content/dam/unicreditgroup-eu/documents/it/governance/ assemblea/archivio/2021/assemblea-15-aprile-2021/2021-Composizione-qualitativa-e-quantitativa-del-Consiglio-di-Amministrazione.pdf.;* Banca Ifis *https://www.bancaifis.it/app/uploads/2022/03/Composizione-quali-quantitativa-ritenuta-ottimale-CdA.pdf.*;BPER*file:///C:/Users/utente/Downloads/Orientamenti%20agli%20Azionisti%20sulla%20composizione%20quali-quantitativa%20del%20Collegio%20Sindacale.pdf.*; in materia composizione del Collegio Sindacale Fineco Banca *https://images.finecobank.com/common/pub/pdf/corporate/governance/2021/it/composizione-qualitativa-quantitativa-cda.pdf.*

[23] Cfr. MINCIULLO, PEDRINI, ZACCONE, *L'integrazione della sostenibilità nella governance: quando la forma diventa sostanza?*, Milano, 2021, *passim*

[24] In termini idealistici, se non altro, dal momento che dalla corretta applicazione delle politiche tese a scongiurare i cambiamenti climatici, etc., dipendono le sorti dell'intero globo terrestre.

strategia aziendale.

Ciò detto, è probabile che, a fronte dell'attuale "vaghezza", nel prossimo futuro tali competenze verranno declinate in maniera più definita. In ogni caso bisognerà tener conto del contesto operativo della banca, dunque della sua *mission*, evitando così di porre sullo stesso piano le conoscenze bancarie, finanziarie, etc. e quelle in materia dei criteri *ESG.* Vero è che ci deve essere ampia e diffusa consapevolezza tra i membri del *board* in materia, ma non è necessario che ciascuno di essi possegga particolari competenze tecniche nelle tematiche ambientali e sociali[25].

Si corre altrimenti il rischio di doversi rivolgere a esponenti in possesso di poteri *sovrumani*[26] per poter comporre il Consiglio di Amministrazione di un istituto di credito. Tali considerazioni valgono anche per le imprese di assicurazione a seguito dell'emanazione del DM del 2 maggio 2022, n. 88 dal momento che tale decreto ricalca la formulazione del DM del 23 novembre 2020, n. 169[27].

Ma anche al netto di tale provocazione, occorre tener conto del fatto che la combinazione tra il divieto di *interlocking* ed i criteri sempre più stringenti per la scelta dei componenti del *board* rendono la platea dei potenziali membri del Consiglio molto ristretta e ciò non può essere considerata come una soluzione

[25] Indubbiamente, la qualità del capitale umano è un *asset* strategico molto rilevante per le imprese vigilate e sul punto non vi sono dubbi. Occorre, però, rammentare che il *trade off* derivante dalla richiesta di qualifiche sempre più specialistiche è quello di assottigliare le fila degli amministratori disponibili ad assolvere l'incarico.

[26] Molto acuta la provocazione del Prof. Diego Rossano durante il suo intervento dedicato ai *Requisiti e criteri di idoneità allo svolgimento dell'incarico degli esponenti aziendali e di coloro che svolgono funzioni fondamentali nelle imprese di assicurazione e di riassicurazione* svolto al *webinar* dal titolo "*Nuovi requisiti e criteri di idoneità degli esponenti delle assicurazioni e riassicurazioni*" del 6 ottobre 2022. Il Prof. Rossano ha, inoltre, richiamato degli studi in materia di organizzazione aziendale secondo cui l'efficacia della *governance* non dipende solo dalle caratteristiche possedute dai singoli membri del *board*, ma soprattutto dalle modalità con cui si addiviene ad una decisione condivisa.

[27] Non a caso, le considerazioni riportate nella nota precedente sono state espresse proprio a commento del decreto n. 88/2022.

sostenibile né per la banca, né per il mercato né tantomeno per la collettività[28].

Bisognerebbe perseguire una *sostenibilità sostenibile*[29]: che favorisca la compresenza del profitto e delle istanze sociali e ambientali; che renda possibile la composizione di un *board* adeguato allo scopo perseguito dall'istituto di credito.

Anna Maria Pancallo

Ricercatore di Diritto dell'economia

nell'Università degli Studi di Napoli "Parthenope"

[28] Cfr. CAPRIGLIONE – SACCO GINEVRI, *Metamorfosi della governance bancaria*, Torino, 2019, 281 s.

[29] Cfr. COSTABILE, *Come costruire una sostenibilità sostenibile*, in *Sole24h*, 17 febbraio 2022, consultabile al seguente *link https://www.ilsole24ore.com/art/come-costruire-sostenibilita-sostenibile-AEx2wgEB?refresh_ce=1*

PER UN APPROCCIO SOSTANZIALE ALLA FINANZA SOSTENIBILE: IL *GREENWASHING* SOTTO LA LENTE DEL RISCHIO DI CONDOTTA *

(*The Need of a Substantial Approach to Sustainable Finance: Greenwashing Practices under the Lenses of Conduct Risk)*

ABSTRACT: *The European regulatory framework opened on ESG does not provide, at least to date, tools that guarantee a substantial and not merely formal approach to the transition towards sustainable financial markets. In fact, there are no remedies for reacting to the risks of apparent, simulated or in any case ineffective implementation of the regulatory requirements of sustainable disclosure or governance. The same legal qualification of such risks, generally known as greenwashing risks, also remains a controversial issue, despite some attempts to provide responses by the European supervisory authorities and the case law.*

Based on these premises, this note proposes the consideration of greenwashing risks under the lenses of the category of conduct risks. In light of a systemic reading of the regulatory framework on sustainable finance as new rules of conduct for financial institutions, the analysis suggests the relevance of the category of conduct risk as a tool for forecasting, preventing and correcting misconduct cases in the management of sustainability factors. As will be shown, far from having a purely theoretical significance, such a classification of greenwashing risks has a direct operational significance at the prudential level and on the duties of financial entities' directors. These practical findings support the thesis, here advanced, of the relevance of the category of conduct risk in guiding the transition towards a sustainable finance model from the level of procedural fairness to results of substantial fairness.

---

*Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio.

L'articolo è prodotto di una riflessione comune tra le Autrici anche all'interno della Ricerca PRIN – 2017: *Fintech: the influence of enabling technologies on the future of the financial markets*. I pff. 1 -3 e 7 sono da attribuire a L. Ammannati, e i pff. 4, 5 e 6 ad A. Canepa.

SOMMARIO: 1. Il quadro in materia di finanza sostenibile nella sfida tra correttezza procedurale e correttezza sostanziale. – 2. La finanza sostenibile nel quadro delle norme di condotta. – 2.1. Le regole in materia di finanza sostenibile quali regole di condotta "di ultima generazione". – 3. La matrice di condotta della finanza sostenibile tra regolazione, *nudging* e nuova cultura del rischio. – 3.1. I rischi ESG tra rischi legali e rischi di *misconduct.* – 4. I rischi di *greenwashing* lungo la catena del valore ESG. – 4.1. L'identificazione dei rischi ESG. – 4.2. La misurazione e la quantificazione dei rischi ESG. – 4.3. L'attuazione dei requisiti di governance dei rischi ESG. – 4.4. L'attuazione dei requisiti di reporting in materia ESG. – 5. Il quadro della finanza sostenibile sotto la lente del rischio di condotta. – 5.1 La funzione general-preventiva del rischio di condotta rispetto al *greenwashing*. – 6. *Greenwashing* e vigilanza prudenziale. – 7. *Greenwashing* e doveri degli amministratori.

1. Radicato nei più ampi obiettivi del Green Deal europeo[1], il Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile[2] ha posto, nel 2018, le basi politiche della transizione verso mercati finanziari europei sostenibili, ulteriormente consolidate, in una prospettiva più operativa, nella successiva Strategia per il finanziamento della transizione verso un'economia sostenibile[3].

Alle enunciazioni di principio è seguita l'apertura di un cantiere normativo sovranazionale in materia di finanza sostenibile, ad oggi incentrato su due principali traiettorie di riforma relative, rispettivamente, al reporting non finanziario e alla governance dei fattori ESG.

Sul primo versante, come noto, il regolamento relativo all'informativa sulla

[1] COMMISSIONE EUROPEA, *Un Green Deal europeo*, disponibile all'indirizzo *https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_it.*

[2] COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile*, 8 marzo 2018, COM (2018) 97 final.

[3] COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Strategy for Financing the Transition to a Sustainable Economy*, 6 luglio 2021, COM (2021) 390 final.

sostenibilità nel settore dei servizi finanziari (SFDR)[4], entrato in vigore nel marzo 2021, ha imposto agli operatori dei mercati finanziari specifici obblighi di comunicazione al mercato sulle politiche di sostenibilità adottate. La disciplina della SFDR sarà riformata con l'approvazione della proposta di direttiva in materia di *corporate sustainability reporting*[5], che intende allineare i requisiti di *disclosure* non finanziaria, anche delle istituzioni finanziarie, alla classificazione delle attività sostenibili sotto il profilo ambientale di cui al Regolamento Tassonomia[6].

I nuovi obblighi di informativa non finanziaria sono strettamente correlati a nuovi requisiti organizzativi e di governance volti a mitigare i rischi ESG.

A riguardo, la stessa SFDR, richiedendo la comunicazione di informazioni relative a politiche remunerative coerenti con l'integrazione dei rischi di sostenibilità[7], indica la materia della remunerazione quale strumento utile per indurre le istituzioni finanziarie (e gli amministratori di queste) alla considerazione di interessi di terze parti, diverse dagli azionisti. I numerosi atti delegati emanati dalla Commissione Europea nel 2021 stabiliscono ulteriori requisiti di governance per la gestione dei rischi di sostenibilità, in termini di istituzione di adeguati controlli interni[8]; di politiche relative ai conflitti di interesse[9]; di politiche di *governance* dei

[4] Regolamento UE 2019/2088 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 relativo all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziaria, 9 dicembre 2019, OJ L 317/1.

[5] COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, che modifica la direttiva 2013/34/UE, la direttiva 2004/109/CE, la direttiva 2006/43/CE e il regolamento (UE) n. 537/2014 per quanto riguarda la comunicazione societaria sulla sostenibilità*, 21 aprile 2021, COM (2021) 189final.

[6] *Ibidem*, relazione illustrativa p. 3. V. Regolamento UE 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2020 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088, 22 giugno 2020, OJ L 198/13.

[7] Art. 5 SFDR.

[8] V. Considerando 3 Regolamento delegato UE 2021/1255 della Commissione del 21 aprile 2021 che modifica il regolamento delegato (UE) n. 231/2013 per quanto riguarda i rischi di sostenibilità e i fattori di sostenibilità di cui i gestori di fondi di investimento alternativi debbono tenere conto, 2 agosto 2021, OJ L 277/11; v. Considerando 3 Direttiva delegata UE 2021/1270 della Commissione del 21 aprile 2021 che modifica la direttiva 2010/43/UE per quanto riguarda i rischi di sostenibilità e i fattori di sostenibilità di cui tenere conto per gli organismi d'investimento collettivo in valori

prodotti[10] e di valutazioni di idoneità sensibili ai rischi di sostenibilità[11].

Sulla scorta delle evoluzioni ricordate, appare come il progetto di finanza sostenibile stia ri-orientando la fisionomia delle scelte di *disclosure*, organizzazione e governance delle istituzioni finanziarie, demandando l'integrazione dei fattori ESG nei processi decisori delle stesse. Il risultato è quello dell'ampliamento del ventaglio degli interessi rilevanti ai fini dell'orientamento del flusso di capitali: se rimangono circoscritti i casi in cui i fattori ESG diventano obiettivo specifico e determinante di investimento, come è nel caso dei prodotti ex art. 9 SFDR[12] o dei *green bonds*[13], la considerazione di interessi terzi deve comunque permeare tutti i vari livelli operativi, dal "basso" del rapporto con il cliente, di cui devono essere conosciute le preferenze di sostenibilità, ai vertici della definizione delle strategie gestorie che si riflettono, a valle, nel contenuto delle dichiarazioni non finanziarie.

Come attestato dal *corpus* di norme richiamato, questo obiettivo di fondo è perseguito attraverso l'istituzione di regole uniformi volte a proceduralizzare e standardizzare la gestione dei rischi ESG in tutto il settore finanziario[14]. Le norme che ne derivano sono tuttavia solo il primo tassello di una più profonda transizione dei mercati finanziari europei auspicata dal Piano in materia di finanza sostenibile: il

---

mobiliari (OICVM), 2 agosto 2021, OJ L 277/141; v. Considerando 3 Regolamento delegato UE 2021/1253 della Commissione del 21 aprile 2021 che modifica il regolamento delegato (UE) 2017/565 per quanto riguarda l'integrazione dei fattori di sostenibilità, dei rischi di sostenibilità e delle preferenze di sostenibilità in taluni requisiti organizzativi e condizioni di esercizio delle attività delle imprese di investimento, 2 agosto 2021, OJ L 277/ 1.

[9] V. Considerando 4 del Regolamento delegato UE 2021/1253; Considerando 5 del Regolamento delegato UE 2021/1255.

[10] Direttiva delegata UE 2021/1269 della Commissione del 21 aprile 2021 che modifica la direttiva delegata (UE) 2017/593 per quanto riguarda l'integrazione dei fattori di sostenibilità negli obblighi di governance dei prodotti, 2 agosto 2021, OJ L 277/137.

[11] V. Considerando 5 del Regolamento delegato UE 2021/1253.

[12] L'art. 9 SFDR fa riferimento a prodotti che hanno "come obiettivo" investimenti sostenibili.

[13] COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulle obbligazioni verdi europee*, 6 luglio 2021, COM(2021) 391 final.

[14] Per una riflessione sulla necessità di interventi sistemici per il raggiungimento di obiettivi di etica finanziaria, v. OMAROVA, *Ethical Finance as a Systemic Challenge: Risk, Culture and Structure*, in *Cornell Journal of Law and Public Policy*, 2018, 27, 3, p. 797 ss.

rinnovato "codice" normativo dovrebbe infatti costituire il presupposto della penetrazione nelle logiche degli affari finanziari di un nuovo codice culturale[15] incentrato sull'attenzione ai rischi di sostenibilità, a partire dai rischi climatici[16].

Sennonché il passaggio dall'attuazione delle regole in materia di finanza sostenibile alla conformazione a standard comportamentali e culturali improntati alla sostenibilità non è immediato. Come attestato dalle recenti contestazioni di c.d. *greenwashing* rivolte a importanti banche europee[17], pur mirando alla minimizzazione dei rischi ESG, il quadro emergente in materia di finanza sostenibile sottende, tra le sue maglie, dei rischi di comportamenti non sostenibili, che seppur corretti sotto il profilo procedurale risultano, in concreto, contrari ai suoi precetti di fondo.

Come sarà dimostrato, i rischi di condotta insostenibile sono riconducibili da un lato allo stato ancora incompleto del quadro normativo in materia ESG, rispetto al quale sussistono ancora grandi incertezze sotto il profilo definitorio e che deve ancora essere corredato da discipline nevralgiche quali quelle in materia di *rating* ESG[18] e di *benchmark* di sostenibilità[19]; dall'altro all'assenza di linee di intervento

[15] Per più ampie riflessioni sulla relazione tra norme giuridiche e la cultura incidente sulla canalizzazione di risorse finanziarie, v. PISTOR, *The Code of Capital*, Princeton, 2019.

[16] COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile*, cit., 4: "La trasparenza delle imprese sulle questioni di sostenibilità costituisce un prerequisito che consente agli attori del mercato finanziario di valutare adeguatamente la creazione di valore a lungo termine da parte delle imprese nonché la relativa gestione dei rischi di sostenibilità".

[17] WALKER-MILLER, *German police raid DWS and Deutsche Bank over greenwashing allegations*, in *Financial Times*, 31 maggio 2022, disponibile online all'indirizzo *https://www.ft.com/content/ff27167d-5339-47b8-a261-6f25e1534942;* MORRIS, *HSBC faces greenwashing accusations from UK advertising watchdog*, in *Financial Times*, 29 April 2022, disponibile all'indirizzo *https://www.ft.com/content/6c08ae5f-214f-4a5f-801e-6c849a3e517d.*

[18] In materia di rating ESG la Commissione ha aperto una consultazione, svoltasi tra il 4 aprile 2022 e il 10 giugno 2022. Per i risultati V. COMMISSIONE EUROPEA, *Targeted consultation on the functioning of the ESG ratings market in the European Union and on the consideration of ESG factors in credit ratings*, disponibili all'indirizzo *https://finance.ec.europa.eu/regulation-and-supervision/consultations/finance-2022-esg-ratings_en.*

uniformi sul diverso fronte della cultura del rischio, che si pone quale precondizione *sine qua non* di una solida adesione delle istituzioni finanziarie al *framework* regolatorio sulla finanza sostenibile.

Queste lacune aprono il varco a condotte di "*greenwashing"* che non si sostanziano unicamente nel momento esterno della comunicazione di informazioni non finanziarie, ma attengono a tutto il processo di identificazione, misurazione e gestione dei rischi ESG.

Le regole poste in materia di sostenibilità non prevedono, almeno ad oggi, strumenti che garantiscano un approccio sostanziale e non meramente formale alla transizione in atto. Mancano, difatti, rimedi o strumenti di reazione ai rischi di attuazione apparente, simulata o comunque ineffettiva dei requisiti regolatori di *disclosure* o di governance sostenibile. A monte, anche la qualificazione di simili rischi, generalmente noti come rischi di *greenwashing*, rimane un tema controverso, malgrado vi siano stati alcuni tentativi di risposta da parte delle autorità di vigilanza europee[20] e della giurisprudenza, in particolare nazionale[21].

---

[19] Sul punto v. le posizioni di ESMA, *Opinion of the European Securities and Markets Authority of 29 April 2020 on appropriate supervisory and enforcement practices in respect of the new disclosure requirements in Regulation (EU) 2016/1011 of the European Parliament and of the Council relating to sustainability-related disclosures for benchmarks*, ESMA41-137-1300.

[20] Il riferimento è in particolare agli standard di *disclosure* ai sensi del pillar 3 proposti dall'ABE a gennaio. V. ABE, *Final Draft Implementing Technical Standards on Prudential Disclosures on ESG Risks in Accordance with Article 449a CRR*, 2 gennaio 2022, EBA/ITS/2022/0. Il tema del greenwashing è stato variamente preso in considerazione in vari report della stessa ABE v. ad esempio, ABE, *EBA Report on management and supervision of ESG risks for Credit Institutions and Investment Firms*, EBA/REP/2021/18, ad es. 149. Alcune indicazioni per la prevenzione del *greenwashing* sono contenute anche nello Studio commissionato dalla Commissione europea a Blackrock sull'integrazione dei rischi ESG entro il quadro prudenziale delle banche. V. COMMISSIONE EUROPEA, *Development of Tools and Mechanisms for the Integration of ESG Factors into the EU Banking Prudential Framework and into Banks' Business Strategies and Investment Policies*, maggio 2021, disponibile all'indirizzo *https://finance.ec.europa.eu/publications/final-study-development-tools-and-mechanisms-integration-esg-factors-eu-banking-prudential-framework_en*.

[21] V. Tribunale di Gorizia, ordinanza del 21 dicembre 2021, che ha ordinato, con provvedimento d'urgenza, ad un'impresa di rimuovere dal sito su cui erano pubblicate, "informazioni non verificabili ed ingannevoli" sul contenuto di materiale riciclato dei prodotti venduti. La pronuncia riconosce come "la sensibilità verso i problemi ambientali è oggi molto elevata e le virtù ecologiche

Sulla base di queste premesse, la presente nota propone l'interpretazione dei rischi di *greenwashing* alla stregua di rischi di condotta. Alla luce di una lettura sistemica delle norme sulla finanza sostenibile quali nuove norme di comportamento degli enti finanziari, l'analisi suggerisce la rilevanza della categoria del rischio di condotta quale strumento di previsione, prevenzione e correzione di fattispecie di *misconduct* nella gestione dei fattori di sostenibilità. Come sarà dimostrato, lungi da aver rilievo meramente teorico, un siffatto inquadramento dei rischi di *greenwashing* ha dirette ricadute operative sul piano prudenziale e dei doveri degli amministratori. Questi rilievi pratici rafforzano la tesi, qui avanzata, dell'utilità della categoria del rischio di condotta nel guidare la transizione verso un modello di finanza sostenibile dal piano della correttezza procedurale ad esiti di correttezza sostanziale.

2. Il problema delle condotte scorrette delle imprese finanziarie è emerso in particolare all'indomani della crisi finanziaria del 2008[22], che ha rivelato come gli effetti di un'impropria attuazione del quadro normativo in materia finanziaria trascendano la violazione (di per sé non trascurabile) degli interessi dei clienti, per toccare le corde sistemiche dell'integrità e della stabilità dei mercati[23]. La riflessione

decantate da un'impresa o da un prodotto possono influenzare le scelte di acquisto" per cui le "dichiarazioni ambientali verdi devono essere chiare, veritiere, accurate e non fuorvianti, basate su dati scientifici presentati in modo comprensibile".Si tratta di uno dei primi casi anche su scala europea di sentenza sul tema del *greenwashing*. Per la dottrina in materia di c.d. dichiarazioni di sostenibilità v. F. BERTELLI, *I* green claims *tra diritte del consumatore e tutela della concorrenza*, in *Contratto e impresa*, 1/2021, p. 286 ss.

[22] CARLETTI, *Fines for Misconduct in the Banking Sector- What is the Situation in the EU?- Study for the European Parliament*, marzo 2017, disponibile all'indirizzo *https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/587402/IPOL_IDA(2017)587402_EN.pdf*.

[23] EUROPEAN SYSTEMIC RISK BOARD (ESRB), *Report on Misconduct Risk in the Banking Sector*, giugno 2015, disponibile all'indirizzo *https://www.esrb.europa.eu/pub/pdf/other/150625_report_misconduct_risk.en.pdf*. Per la dottrina v. a PELLEGRINI, *Regole di comportamento e responsabilità degli intermediari*, in CAPRIGLIONE (a cura di), *I contratti dei risparmiatori*, Milano, 2013, p. 199 ss. V. PERRONE, *Less is more. Regole di comportamento e tutela degli investitori*, in DE MARI (a cura di), *La nuova disciplina degli intermediari dopo le direttive MiFID:*

che ne è seguita, sul duplice fronte della regolazione e della vigilanza, ha ben messo in rilievo l'impatto negativo dei casi di *misconduct* sulla fiducia nei mercati[24].

In diretta risposta al *vulnus* comportamentale emerso in conseguenza della crisi, è stato rafforzato il fronte delle norme a presidio di una buona condotta finanziaria, direttamente radicate nei doveri fiduciari delle imprese finanziarie e dei dipendenti di questi[25].

In Europa un esempio diretto di questa categoria di norme è dato da alcune disposizioni della Direttiva Mifid II, che richiede in generale agli intermediari finanziari di "agire in modo onesto, equo e professionale" nonché di essere corretti, chiari e non fuorvianti"[26], "per servire al meglio gli interessi dei (loro) clienti"[27]. Il criterio del miglior interesse sostanzia disposizioni più specifiche riguardanti la strutturazione e l'emissione di strumenti finanziari (c.d. POG)[28].

Sul fronte nazionale, deve ricordarsi la clausola generale di correttezza di cui all'art. 21 TUF, che impone ai soggetti abilitati alla prestazione di servizi e di attività di investimento di "comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati"[29] e di improntare alla

---

prime valutazioni e tendenze applicative Assetti organizzativi - Regole di condotta - consulenza in materia di investimenti. Un confronto tra giuristi ed economisti, Padova, 2009, p. 79 ss.

[24] PERRONE, *Servizi d'investimento e regole di comportamento. Dalla trasparenza alla fiducia*, in *Banca e borsa*, 2015, I, p. 40 ss.

[25] SARTORI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari: disciplina e forme di tutela*, Milano, 2004.

[26] V. Considerando 86 della Direttiva 2014/64/UE del Parlamento e del Consiglio relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2002/92/CE e la direttiva 2011/61/UE, 12 giugno 2014, OJL 173/349.

[27] *Ibidem*, art. 24, comma 1.

[28] RABITTI, *Prodotti finanziari tra regole di condotta e di organizzazione. I limiti di MiFID II*, in *Riv. dir. bancario*, 2020, disponibile all'indirizzo *https://rivista.dirittobancario.it/prodotti-finanziari-tra-regole-di-condotta-e-di-organizzazione-i-limiti-di-mifid-ii*. V. anche COLAERT, *Integrating Sustainable Finance into the MiFID II and IDD Investor Protection Frameworks*, in FERRARINI- BUSCH- GRÜNEWALD (ed.), *Sustainable Finance in Europe- Corporate Governance, Financial Stability and Financial Markets*, Cham, 2021, p. 445 ss.

[29] Art. 21 lett. a) TUF.

correttezza anche le comunicazioni pubblicitarie e promozionali, le quali devono essere "chiare e non fuorvianti"[30].

Su un diverso fronte, l'obiettivo di mitigare la cattiva condotta nel settore finanziario è stato preso in considerazione in ambito prudenziale, rispetto al quale il rischio di condotta è spesso trattato quale autonoma voce di rischio[31]. Come recentemente ricordato nelle "5 Conduct Questions" pubblicate nel settembre 2020 dalla FCA[32], l'integrazione del rischio di condotta all'interno del quadro di gestione del rischio delle istituzioni finanziarie si pone quale strumento di quantificazione dei danni derivanti da condotte che seppur non illegittime sotto il profilo della violazione del diritto positivo, possono costituire una minaccia sistemica per l'integrità di mercato. In particolare, la rilevanza a fini di vigilanza prudenziale del rischio di condotta mira ad attenuare rischi di condotta scorretta sia verso i clienti finali (prospettiva di *misconduct retail*) sia verso altri partecipanti al mercato dei capitali (prospettiva di *misconduct wholesail*)[33]. Entrambe le prospettive, a ben vedere, mirano a ridurre le manifestazioni di condotte scorrette che indeboliscono i mercati per effetto della distruzione di valore conseguente a perdite economiche o reputazionali.

Nel contesto così delineato, le previsioni in materia di finanza sostenibile sembrano potersi inscrivere nella medesima traiettoria regolatoria ora tracciata. Similmente alle norme di comportamento sopra ricordate, infatti, anche il quadro

[30] Art. 21 lett. b) TUF. V. il commento di RIMINI, *Le regole di condotta*, CERA-PRESTI (diretto da), *Il Testo Unico Finanziario*, Bologna, p. 416 ss.
[31] SCIARRONE- FRIGENI, *Managing Conduct Risk: from Rules to Culture*, in BUSCH-FERRARINI- VAN SOLINGE (a cura di), *Governance of Financial Institutions*, Oxford, 2019, p. 468 ss.; v. anche PASCALIS, *Conduct Risk: Meaning, Interpretation and Dissension*, in *European Business Law Review*, 2019, 30, 6, p. 947 ss.
[32] FCA, *5 Conduct Questions: Industry Feedback for 2019/2020- Wholesail Banking Supervision*, 2020, disponibile all'indirizzo *https://www.fca.org.uk/publication/market-studies/5-conduct-questions-industry-feedback-2019-20.pdf*.
[33] FCA, *Risk Outlook 2013*, disponibile all'indirizzo *https://www.fca.org.uk/publication/business-plans/fca-risk-outlook-2013.pdf*; per la dottrina v. SCIARRONE- FRIGENI, *op. cit*., p. 468 ss.

normativo sui rischi ESG appare connotato dall'intento di ridefinire le coordinate della buona condotta finanziaria, con specifico riguardo alla gestione dei fattori di sostenibilità. Poiché queste norme intendono minimizzare gli impatti avversi sugli interessi ambientali, sociali e di governance connessi delle decisioni finanziarie, le stesse possono essere considerate quale diretta declinazione nella materia E-S-G del principio generale del *neminem laedere*, alla base delle regole di condotta già vigenti nell'ordinamento finanziario. Questa declinazione culmina nel tentativo di attribuire una diretta rilevanza degli interessi connessi alla sfera ambientale, sociale e di governance anche a fini prudenziali [34].

In questa prospettiva "evolutiva", l'intervento normativo in ambito ESG sembra estendere alla materia ESG lo standard di correttezza generale sancito dalle citate clausole generali di cui alla Mifid II e al TUF. Il risultato ultimo delle riforme in atto è dunque quello di introdurre un nuovo criterio di correttezza, sensibile alla tutela degli interessi ambientali, sociali e di buona governance, destinato a orientale le scelte delle istituzioni finanziarie ai vari livelli operativi delle decisioni di investimento; della consulenza; della governance dei prodotti finanziari e assicurativi[35].

Proprio alla luce degli impegni di condotta che le norme in materia di finanza sostenibile sanciscono, le stesse possono essere considerate quali norme di comportamento "di ultima generazione", che ampliano il ventaglio di interessi, ben oltre quelli dei clienti finali, che gli operatori devono tutelare nella definizione degli assetti organizzativi e delle linee strategiche che determinano, in ultima istanza, la

[34] COMMISSIONE EUROPEA, *Development of Tools and Mechanisms for the Integration of ESG Factors into the EU Banking Prudential Framework and into Banks' Business Strategies and Investment Policies*, *op. cit.;* e ABE, *The Role of Environmental Risks in the Prudential Framework-Discussion Paper*, 2 maggio 2022, EBA/DP/2022/02 ed i già citati standards tecnici, ABE, *Final Draft Implementing Technical Standards on Prudential Disclosures on ESG Risks in Accordance with Article 449a CRR*, *op. cit.*

[35] Per una qualificazione delle norme in materia di finanza sostenibile alla stregua di norme di condotta, v. SACCO GINEVRI, *Divagazioni su corporate governance e sostenibilità*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2022, 1, 3, p. 83 ss.

condotta finanziaria. Ben oltre mere istanze di transizione ecologica, le regole emergenti della finanza sostenibile hanno, nella lettura qui offerta, una rilevanza sistemica più pregnante: quella di essere l'ultima espressione dello sforzo di riformulare i confini tra "precettività" morale e giuridica dell'agire finanziario: il rischio della lesione di interessi connessi ai fattori ESG viene infatti traslato nella sfera interna dei rischi, che le istituzioni finanziarie sono chiamate, per legge, a governare.

2.1 La qualificazione delle regole in materia di sostenibilità alla stregua di norme di condotta appare suffragata dalla considerazione degli obiettivi, della struttura e dell'oggetto delle norme in esame.

Per quanto riguarda gli obiettivi, è noto come le regole di condotta intendano funzionalizzare la condotta delle entità finanziarie agli obiettivi di protezione degli investitori, dell'integrità di mercato e della stabilità finanziaria che giustificano, in radice, la regolamentazione finanziaria. Si tratta dunque di norme poste a garanzia di copertura di quelle lacune del quadro normativo che rischiano di minare l'efficacia del sistema finanziario rispetto ai suoi stessi obiettivi. Parimenti, alcuni studi[36] hanno dimostrato come la normativa sulla finanza sostenibile, nella sua forma attuale, non introduca la sostenibilità quale obiettivo normativo autonomo, ma piuttosto introduca nuovi strumenti per perseguire in maniera più efficace i medesimi obiettivi tradizionali della regolamentazione finanziaria, reinterpretati secondo un approccio valoriale di lungo termine.

Di conseguenza, la disciplina dei rischi ESG, esattamente come le norme di condotta, ha la funzione primaria di intervenire sulle *best practice* utili ad una piena attuazione degli obiettivi di fondo del sistema finanziario. Proprio come le norme di

[36]. COLAERT, *The Changing Nature of Financial Regulation Sustainable Finance as a New Policy Goal*, 29 aprile 2022, disponibile all'indirizzo *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?Abstract_id=4087166*.

condotta, le previsioni sulla finanza sostenibile impongono, in definitiva, una prescrizione metodologica rivolta agli attori finanziari, relativa alla necessità di un cambiamento culturale e comportamentale verso scelte finanziarie più responsabili. Il piano ultimo di intervento è dunque quello dell'istituzione di una cultura del rischio orientata ai valori che "travalica le norme e il loro rispetto"[37].

Proprio per questa valenza metodologica, da un punto di vista strutturale, i rischi ESG oggetto del quadro normativo sulla sostenibilità sono di natura trasversale, in quanto suscettibili di incidere su ciascuna delle tradizionali voci di rischio del quadro di gestione del rischio delle istituzioni finanziarie[38]. Infine, le norme ESG possono essere qualificate alla stregua di norme di condotta anche in punto di oggetto. Infatti, se le regole di condotta, inclusa la categoria del rischio di condotta, rispondono a istanze di protezione degli investitori e più in generale di buon governo delle decisioni finanziarie e sono volte a ridurre al minimo i danni esterni e interni per le entità finanziarie, la definizione così ampia, ad oggi data, dei fattori E-S-G sembra idonea a riguardare la maggior parte delle potenziali condotte "scorrette" prefigurabili in ambito finanziario.

In questi termini, la concettualizzazione sistemica della normativa ESG quale specifica evoluzione normativa della categoria delle norme di condotta, pone in evidenzia la specifica rilevanza anche dei fattori sociali e di *governance*, ad oggi meno considerati rispetto al fattore ambientale[39]: la lettura dei rischi ESG in chiave comportamentale rivela come la gestione dei fattori sociali e di governance, ora richiesta dal quadro normativo in materia di finanza sostenibile, possa rappresentare un'opportunità per affrontare alcuni dei *misconduct* ricorrenti nel

[37] Così ANGELINI, *La cultura del rischio*, *Workshop Risk Culture Training & Awareness*, *Università Cattolica del Sacro Cuore di Piacenza*, 15 ottobre 2021, disponibile all'indirizzo *https://www.bancaditalia.it/media/notizia/intervento-di-paolo-angelini-su-la-cultura-del-rischio-al-workshop-risk-culture-training-awareness/*

[38] È quanto osservato di recente anche dall'ABE. V. ABE, *The Role of Environmental Risks in the Prudential Framework- Discussion Paper*, *op. cit*., p. 10.

[39] V. *infra* paragrafo 4.1.

settore finanziario.

Da ciò deriva che una piena attuazione delle disposizioni in materia di sostenibilità dovrebbe dunque ridurre in buona misura l'entità dei rischi di condotta rilevanti per le istituzioni finanziarie. In primo luogo, perché, coerentemente con la qualificazione del quadro in materia ESG qui proposta, una solida attuazione delle regole di condotta relative alla gestione dei fattori di sostenibilità affronta di per sé quei rischi di condotta incidenti sui fattori ambientali, sociali e di governance, alla cui mitigazione tende il progetto di finanza sostenibile. In secondo luogo, perché, come sarà meglio chiarito più avanti, un'adesione, anche sul versante culturale, delle norme in questione è funzionale anche a scongiurare quei "nuovi" rischi di condotta che discendono direttamente dalla riforma in atto e che conseguono alla distorta o falsata attuazione delle norme ESG.

3. L'inquadramento della disciplina sulla sostenibilità finanziaria entro il ventaglio delle regole di condotta consente di muovere qualche osservazione ulteriore sull'impatto del quadro normativo in materia ESG sulle opzioni di condotta delle istituzioni finanziarie.

Invero, il quadro normativo che sta andando definendosi in materia ESG, sembra porre le basi per una nuova matrice di condotta delle istituzioni finanziarie, solo in parte composta dalla sovrastruttura normativa e sorretta in larga misura dalla componente culturale.

Sul versante normativo, è stato da più parti osservato che le disposizioni regolatorie introdotte, soprattutto in materia di *disclosure* non finanziaria, siano solo il presupposto iniziale della auspicata attivazione di una "corsa a rialzo" degli standard ESG da parte degli operatori volta a massimizzare le opportunità

finanziarie offerte dal nuovo fronte degli investimenti sostenibili[40]. In altri termini, il quadro normativo in materia ESG dovrebbe avere la funzione di incentivare condotte finanziarie sostenibili e quindi il rispetto di (più) elevati standard ambientali, sociali e di governance: nella costruzione del progetto europeo di finanzia sostenibile, l'adesione ad obiettivi di sostenibilità diviene fonte di accesso a nuove risorse finanziarie etichettate come "verdi" e di benefici reputazionali destinati a riflettersi positivamente anche sui mercati di prodotti o servizi diversi da quelli verdi[41]. Da una prospettiva speculare, può affermarsi come l'architettura normativa sia volta ad attivare un flusso di generazione e fruizione di informazioni sulle preferenze di sostenibilità degli investitori, che diviene ulteriore canale di alimentazione di un efficiente funzionamento dei mercati[42].

Da questo angolo prospettico, oltre a costituire uno strumento di politica economica per orientare i mercati a un paradigma di finanza sostenibile, il *framework* normativo in materia di ESG dovrebbe favorire anche l'elaborazione di soluzioni più virtuose a livello di autoregolamentazione: gli stessi obblighi di *disclosure* che per primi, già con la NFRD[43], hanno imposto alle istituzioni finanziarie

[40] Si ricorda che proprio la canalizzazione di risorse verso gli investimenti sostenibili è il primo obiettivo del piano di azione in materia di finanza sostenibile. COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile*, *op. cit*., p. 2.

[41] V. COLAERT, *op. cit*., p. 4; 14 ove si associa al quadro normativo in materia di finanza sostenibile l'attivazione di meccanismi di concorrenza "reputazionale".

[42] Sottolinea il punto SIGNORINI, *Transizione climatica, finanza e regole prudenziali- XVII convention AIFIRM Il trend inarrestabile dell'economia digitale e ESG: il pensiero dei banchieri, dei CRO e della Vigilanza*, 3 marzo 2022, disponibile all'indirizzo *https://www.bancaditalia.it /pubblicazioni/interventi-direttorio/int-dir-2022/Signorini_AIFIRM_transizione_climatica_finanza_regole_03032022.pdf*.

[43] Direttiva 2014/95 UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2014 recante modifica della direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità da parte di talune imprese e di taluni gruppi di grandi dimensioni, 15 novembre 2014, OJ L 330/1. Per un recente commento, v. MONTALENTI, *Società, mercati finanziari, ESG: ultimi sviluppi*, in *Rivista di Corporate Governance*, 2022, 1, p. 9 ss. ASSONIME, *Gli obblighi di comunicazione delle informazioni non finanziarie*, Circolare n. 13 del 12 giugno 2017; Rapporto FIN-GOV sulla *corporate governance* in

di tenere in considerazione i fattori ESG, costituiscono uno strumento di *nudging* verso l'adozione di misure di gestione dei rischi di sostenibilità ben prima che queste divenissero oggetto di specifica previsione normativa[44]: è evidente infatti che per essere comunicate, le politiche di sostenibilità devono prima essere messe a punto. Il fatto che gli obblighi di reporting siano preferiti dal legislatore rispetto a più invasive prescrizioni sul versante interno della governance è confermato dalla recente pubblicazione da parte dell'ABE di standard tecnici sull'informativa non finanziaria di terzo pilastro, che indirettamente richiedono, senza tuttavia imporla, la valutazione dei rischi ESG in via trasversale rispetto ai rischi del pillar 1[45].

Tuttavia, il virtuoso ciclo di condotta ora descritto è in concreto minato da alcune non indifferenti lacune che inficiano l'attuazione del progetto della finanza sostenibile. Queste lacune attengono innanzitutto all'incompletezza strutturale di un quadro normativo ancora in via di definizione: molte misure annunciate, come quelle relative ai benchmark ESG e ai rating ESG, sono ancora attese[46]; e molti dei regolamenti emanati, come il regolamento sulla Tassonomia[47] e la SFRD[48],

---

Italia, a cura di BELCREDI- BOZZI, novembre 2021, disponibile all'indirizzo *https://centridiricerca.unicatt.it/fin-gov-fin-gov-RapportoFIN-GOV2021_Dic21.pdf*.

[44] COLAERT, *op. cit*., p. 17. Per un'analisi sull'impatto della disclosure in materia ESG sui mercati, v. TRÖGER-STEUER, *The Role of Disclosure in Green Finance*, in *Journal of Financial Regulation*, 2022, 8, 1, p. 1 ss. Sul punto anche BELLISARIO, *La responsabilità sociale delle imprese fra autonomia e autorità privata*, Torino, 2012.

[45] ABE, *Final Draft Implementing Technical Standards on Prudential Disclosures on ESG Risks in Accordance with Article 449a CRR*, *op. cit.*, 27: "Under risk management, institutions must disclose the following information: (…) *description of links between ESG risks and conventional risk categories such as credit risk, market risk, operational risk and liquidity risk*". Corsivo aggiunto.

[46] Sulla difficoltà di individuare standard omogenei relativamente al variegato panorama in materia di rating ESG, v. BERG-KÖLBEL-RIGOBON, *Aggregate Confusion: The Divergence of ESG Ratings*, in *Review of Finance*, 2022, p. 1 ss.

[47] COMMISSIONE EUROPEA, *Implementing and delegated acts - Taxonomy Regulation*, disponibile all'indirizzo *https://finance.ec.europa.eu/regulation-and-supervision/implementing-and-delegated-acts/taxonomy-regulation_en*

[48] Gli standard tecnici della SFDR sono stati pubblicati nel luglio 2022. Regolamento delegato UE 2022/1288 della Commissione del 6 aprile 2022 che integra il regolamento (UE) 2019/2088 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda le norme tecniche di regolamentazione che specificano i dettagli del contenuto e della presentazione delle informazioni relative al principio «non arrecare un danno significativo», che specificano il contenuto, le metodologie e la

rimandano la loro concreta attuazione ad atti delegati.

Inoltre, la vaghezza di molte disposizioni solleva nuove sfide applicative, soprattutto, come sarà meglio illustrato di seguito, in punto di individuazione e misurazione dei rischi ESG[49]. In definitiva, l'incompiutezza e la complessità dell'attuale quadro normativo in materia di finanza sostenibile compromettono la certezza dei requisiti normativi elaborati e dei connessi precetti di condotta[50].

I reali incentivi comportamentali che ne derivano risultano affatto diversi da quelli poc'anzi descritti: le lacune richiamate appaiono invero facilitare condotte inattive, se non anche abusive, nella gestione dei rischi ESG. Ancora, un'obbedienza formale (o, per meglio dire, vuota) a standard normativi prestabiliti non innesca i cambiamenti di condotta e dunque di mercato attesi e appare, in ultima analisi, contraria agli obiettivi stessi che stanno alla base dell'integrazione delle regole di condotta sostenibile nel più ampio quadro normativo finanziario.

3.1 Come anticipato, la predisposizione di specifici obblighi in materia di gestione e comunicazione dei rischi ESG ha l'effetto di ricondurre la gestione dei rischi ESG all'alveo dei rischi legali[51]. La mancata attuazione degli obblighi legati alla gestione dei rischi ESG - come la mancata emanazione degli obblighi di rendicontazione o la mancata istituzione dei presidi ESG sul piano dei controlli interni e della governance – produce infatti dirette conseguenze giuridiche, esponendo l'istituzione finanziaria a controversie giudiziali, sanzioni e infine a

presentazione delle informazioni relative agli indicatori di sostenibilità e agli effetti negativi per la sostenibilità, nonché il contenuto e la presentazione delle informazioni relative alla promozione delle caratteristiche ambientali o sociali e degli obiettivi di investimento sostenibile nei documenti precontrattuali, sui siti web e nelle relazioni periodiche, 25 luglio 2022, OJ L 196/1.

[49] V. *infra* para 4.1 e 4.2.

[50] BODELLINI-SINGH, Sustainability and Finance: Utopian Oxymoron or Achievable Companionship?, in *Law and Economics Yearly Review*, 2021, 10, p. 163 ss.

[51] I rischi legali sono qui da intendersi quali rischi di violazione di una regola codificata, secondo la nota distinzione tra *rules* e *standards*. V. KAPLOW, *Rules versus Standards: An Economic Analysis*, in *Duke Law Journal*, 1992, 42, p. 557 ss.

perdite finanziarie.

Tuttavia, nonostante i recenti sforzi compiuti dal legislatore europeo, i contorni ancora incerti degli stessi obblighi in punto di *disclosure*[52] a valle e di organizzazione e due diligence[53] a monte, rendono la mera prospettiva di *compliance* incapace di affrontare la complessità dei rischi di sostenibilità[54]. Come ha sottolineato l'EIOPA, questi rischi hanno anche una significativa rilevanza strategica e reputazionale, dunque comportamentale, destinata a trascendere non solo l'area del rischio legale, ma anche del rischio operativo[55].

Da questa prospettiva, la portata sostanziale dei rischi di sostenibilità appare arricchita dai rischi di comportamenti non sostenibili nella gestione dei rischi ESG come definiti a livello normativo. Diversamente dai rischi legali relativi alla diretta violazione della regola codificata, questi rischi derivano dalla mancata attuazione degli standard di condotta alla base delle regole che compongono il quadro regolatorio.

I rischi di insostenibilità attengono dunque alla sfera di tutti quei comportamenti che pur non implicando una diretta violazione degli obblighi normativi, provocano un'attuazione inadeguata o inefficace delle norme in concreto rilevanti, con effetti distorsivi rispetto agli obiettivi da queste perseguiti. Questa seconda categoria di rischi ESG, rilevanti sul piano della condotta, promana

[52] V. anche i risultati dei test svolti per valutare l'effettività degli standard tecnici proposti, CICIRKO-KAWIŃSKI- PETELCZYC, *Consumer testing of pre-contractual and periodic ESG financial product information*, Warsaw School of Economics, novembre 2020, disponibile all'indirizzo *https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/sfdr_rts_consumer_testing_2_-_sgh.pdf*.
[53] V. i rilievi formulati in PLATFORM ON SUSTAINABLE FINANCE, *Final Report on Minimum Safeguards*, ottobre 2022, disponibile all'indirizzo *https://finance.ec.europa.eu/system/files/2022-10/221011-sustainable-finance-platform-finance-report-minimum-safeguards_en.pdf*.
[54] COMMISSIONE EUROPEA, *Request for input to the European Banking Authority (EBA), the European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA) and the European Securities and Markets Authority (ESMA) related to greenwashing risks and supervision of sustainable finance policies*, 15 agosto 2022, disponibile all'indirizzo *https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/request_to_esas_on_greenwashing_monitoring_and_supervision.pdf*.
[55] EIOPA, *Technical Advice on the integration of sustainability risks and factors in the delegated acts under Solvency II and IDD*, aprile 2019, EIOPA-BoS-19/172 30.

da assetti organizzativi e amministrativi deboli sotto il profilo della cultura del rischio, che sostengono, anziché arginarle, condotte di abuso del quadro normativo o quantomeno di sfruttamento delle lacune del medesimo. È su questo terreno che si collocano le condotte di *greenwashing*.

Sulla scorta della distinzione qui proposta tra rischi di ESG legali e di condotta, emerge come una prospettiva formalistica, di mero "tick-boxing"[56], sia in grado di catturare solo la categoria di rischi ESG codificati dal diritto positivo: una lettura formalistica degli obblighi di rendicontazione di sostenibilità, ad esempio, rileva solo se un'entità finanziaria ha pubblicato o meno una dichiarazione non finanziaria in conformità ai criteri normativamente stabiliti, ma non se le informazioni rese, pur essendo conformi ai requisiti formali, siano veritiere[57] e prodotte attraverso assetti organizzativi e amministrativi adeguati, anche rispetto alla gestione dei fattori di sostenibilità[58].

L'esempio suggerisce come l'impatto delle nuove regole in materia ESG sulla condotta finanziaria non sia univoco. Le stesse possono infatti suffragare prassi di conformità apparente al dato normativo, ossia non supportate da una corrispondente adesione al medesimo sul piano sostanziale della condotta. Sul versante dei rimedi, lo stesso esempio suggerisce anche l'inefficacia degli strumenti attualmente previsti dal quadro normativo sulla finanza sostenibile per controllare il fattore comportamentale e con esso i nuovi rischi di condotta non sostenibile.

Alla luce di quanto precede, appare come la traiettoria regolatoria della finanza sostenibile abbia un impatto sistemico sull'ordinamento finanziario diametralmente opposto a quello dell'allineamento dei mercati finanziari a obiettivi

[56] Cfr. MAK, *Corporate Sustainability Due Diligence: More than Ticking the Boxes?, in Maastricht Journal of European Comparative Law*, 2022, 29, p. 301 ss.
[57] Affronta il problema, BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla natura giuridica delle dichiarazioni non finanziarie*, in *Rivista di corporate governance*, 2022, 1, p. 93 ss.
[58] Sul punto sia consentito di rimandare a ABRIANI, *Successo sostenibile e regole statutarie: il ruolo del board nel Codice di Corporate Governance*, in *Rivista di Corporate Governance*, 2021, 1, p. 7 ss.

di sostenibilità e relativo all'estensione del raggio delle fattispecie di *misconduct*. Ne consegue, di riflesso, l'ampliamento della rilevanza procedurale della categoria del rischio di condotta a fini di identificazione e misurazione dei rischi di *greenwashing*.

La funzione preventiva e correttiva storicamente assegnata alla categoria in questione[59] a fini prudenziali[60] fa emergere l'utilità della stessa quale strumento di accompagnamento degli enti finanziari nella complessa gestione dei rischi ESG, considerati al di là della (ancora relativamente debole) prospettiva regolatoria, e valutati attraverso una diversa cornice comportamentale e culturale.

Proprio in virtù del delicato equilibrio tra fattori normativi e comportamentali nella costruzione di un sistema finanziario europeo sostenibile, la categoria di rischio di condotta si delinea come fondamento di una "buona" governance dei fattori ESG sia nella dimensione interna dello sviluppo da parte delle istituzioni finanziarie delle proprie politiche di governance sostenibile e di *disclosure* non finanziaria, sia nelle dinamiche esterne di valutazione e fruizione da parte delle medesime delle informazioni di sostenibilità rese da terzi lungo la catena del valore sostenibile.

Prima di valutare le potenzialità operative offerte dalla riconduzione dei rischi di *greenwashing* in seno al rischio di condotta, è opportuno valutare la possibile portata dei rischi di condotta insostenibile, dal momento della individuazione dei fattori di sostenibilità alla *disclosure* delle relative politiche di gestione.

4. Le coordinate teoriche fissate nei paragrafi precedenti impongono di

[59] SCIARRONE-FRIGENI, *op. cit.*, 468 ss. v. FED, *Misconduct Risk, Culture, and Supervision*, dicembre 2017, disponibile all'indirizzo *https://www.newyorkfed.org/medialibrary/media/governance-and-culture-reform/2017-whitepaper.pdf*.

[60] V. FSB, *Measures to reduce misconduct risk: Second Progress Report*, 1 settembre 2016, disponibile all'indirizzo *https://www.fsb.org/2016/09/measures-to-reduce-misconduct-risk-second-progress-report/*.

esaminare la possibile dislocazione dei rischi di *greenwashing* lungo la catena di valore ESG.

Come di recente dichiarato dalla Commissione europea[61], il *greenwashing* è un fenomeno complesso che può variamente compromettere i vari livelli operativi delle società finanziarie, a partire dalla dimensione interna dell'organizzazione e gestione societaria fino al momento esterno della vendita o del marketing di prodotti finanziari[62].

La stessa richiesta di parere sul tema del *greenwashing* avanzata dalla Commissione alle autorità di europee di vigilanza[63] riflette la necessità di un'autonoma considerazione, anche in punto di trattamento giuridico, del fenomeno in questione, ad oggi disciplinato solo *indirettamente*, ossia attraverso normative che, innalzando la certezza classificatoria- è il caso del Regolamento Tassonomia[64]- e informativa- è il caso degli RTS SFDR[65]- riguardo ai fattori ESG,

---

[61] COMMISSIONE EUROPEA, *Request for input to the European Banking Authority (EBA), the European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA) and the European Securities and Markets Authority (ESMA) related to greenwashing risks and supervision of sustainable finance policies*, *op. cit.*

[62] Cfr. le riflessioni contenute in LINCIANO- CAFIERO- CIAVARELLA- DI STEFANO- LEVANTINI- MOLLO- NOCELLA- SANTAMARIA- TAVERNA, *La finanza per lo sviluppo sostenibile Tendenze, questioni in corso e prospettive alla luce dell'evoluzione del quadro regolamentare dell'Unione europea*, giugno 2021, disponibile all'indirizzo *https://www.consob.it/documents/46180/46181/fs_1.pdf/93c19583-f2cf-446a-81ef-1ffc1f333b47*, in particolare p. 56 ss.

[63]COMMISSIONE EUROPEA, *Request for input to the European Banking Authority (EBA), the European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA) and the European Securities and Markets Authority (ESMA) related to greenwashing risks and supervision of sustainable finance policies*, *op. cit.*, p. 3.

[64] Gli sforzi classificatori delle attività sostenibili sulla base della Tassonomia sono tutt'ora in atto a livello regolatorio, v. ABE, *Mapping Climate Risk: Main Findings from the EU-wide Pilot Excercise*, 21 maggio 2021, EBA/Rep/2021/11, disponibile all'indirizzo *https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/Publications/Reports/2021/1001589/Mapping%20Climate%20Risk%20-%20Main%20findings%20from%20the%20EU-wide%20pilot%20exercise%20on%20climate%20risk.pdf*.

[65] V. le considerazioni svolte in ESAS, *Clarifications on the ESAs' draft RTS under SFDR*, 2 giugno 2022, disponibile all'indirizzo *https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/jc_2022_23_-_clarifications_on_the_esas_draft_rts_under_sfdr.pdf*. *v. anche in particolare il considerando 16 degli RTS SFDR, Regolamento delegato UE 2022/1288.*

dovrebbero minimizzare, di riflesso, i rischi di *greenwashing*[66]. Il fatto che l'ESMA- come la Consob[67]- abbia posto il *greenwashing* tra le priorità di vigilanza nella *Sustainable Finance Roadmap* 2022-2024[68], conferma ulteriormente l'urgenza di una più approfondita analisi di questa fattispecie di rischio attualmente sfuggente a un controllo regolatorio diretto ai sensi degli schemi e degli strumenti elaborati nel cantiere della finanza sostenibile.

In attesa della definizione di orientamenti più puntuali a riguardo, possono tuttavia fin d'ora svolgersi, a livello prettamente ricostruttivo, alcune osservazioni relative alla natura, innanzitutto fattuale, di questa particolare diramazione della più ampia categoria dei rischi ESG. L'inquadramento sopra svolto di una componente di rischi ESG all'interno della più ampia categoria dei rischi di *misconduct* permette di apprezzare la possibile rilevanza dei rischi di *greenwashin*g lungo tutta la catena del valore ESG.

Da una prospettiva di condotta, i rischi di gestione scorretta- e quindi di c.d. *washout*- dei fattori ESG possono insidiarsi in *tutti* i frangenti decisionali connessi alla gestione dei fattori ESG, ossia nel momento i) della identificazione dei rischi ESG; ii) della misurazione e quantificazione dei rischi ESG; iii) dell'attuazione dei requisiti di *governance* relativi ai rischi ESG; e solo da ultimo iv) dell'attuazione dei requisiti di *reporting* in materia di ESG.

---

[66] EBA, *Report on the management and supervision of ESG risks for credit institutions and investment firms*, *op. cit*., 146: "with the set of controls listed above, supervisors might be able to infer the risk of the institutions engaging in greenwashing activities".

[67] CONSOB, *Piano strategico 2022-2024*, disponibile all'indirizzo *https://www.consob.it/documents/46180/46181/ps_2224.pdf/6e358cbe-ffb1-4f78-8f23-c20d87bd9dbb*, 7, ove si annovera il contrasto a fenomeni di *greenwashing* tra la seconda categoria di obiettivi strategici, insieme alla tutela degli investitori nel mondo del Fintech e al miglioramento dell'educazione finanziaria, volti alla "fiducia e tutela del risparmio".

[68] ESMA, *Sustainable Finance Roadmap 2022-2024*, disponibile all'indirizzo *https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma30-3791051_sustainable_finance_roadmap.pdf* in particolare p. 11 ss.

4.1 I rischi di condotta scorretta nell'identificazione dei rischi ESG dipendono in larga misura dalla persistente incertezza sulla delimitazione della nozione dei rischi di sostenibilità fornita a livello europeo.

A partire dall'emanazione del Piano d'azione per la finanza sostenibile nel 2018[69], le istituzioni finanziarie interessate- e anche le stesse autorità di vigilanza- si sono dovute confrontare con l'assenza di un chiaro quadro in punto di determinazione dei rischi ESG. È quanto ben riflesso nella consulenza tecnica dell'ESMA alla Commissione europea sull'integrazione dei rischi e dei fattori di sostenibilità nella Mifid II[70] che nel 2019 individuava la mancanza di una condivisa definizione dei fattori ambientali, sociali e di governance quale un primo concreto ostacolo all'adozione di politiche effettive in materia di sostenibilità nel settore finanziario[71].

Come noto, rispetto alle tre componenti del trinomio ESG, il fattore ambientale è stato oggetto di maggiori sforzi definitori, a partire dalle indicazioni cristallizzate a livello internazionale dall'Accordo di Parigi, riflessi dipoi sul piano sovranazionale prima negli obiettivi programmatici del Green Deal e poi nella classificazione delineata dal Regolamento Tassonomia e dai relativi atti delegati. Non a caso, anche le prime riflessioni sul trattamento prudenziale dei rischi ESG si incentrano sull'integrazione dei rischi ambientali e in particolare, tra questi, dei

[69] COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile*, *op. cit.*

[70] ESMA, *Final Report, ESMA's technical advice to the European Commission on integrating sustainability risks and factors in Mifid II*, 30 April 2019, disponibile all'indirizzo *https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma35-43-1737_final_report_on_integrating_sustainability_risks_and_factors_in_the_mifid_ii.pdf*.

[71] Per un commento più approfondito sul punto si vedano le riflessioni di M. SIRI, S. ZHU, *Will the EU Commission Successfully Integrate Sustainability Risks and Factors in the Investor Protection Regime? A Research Agenda*, in *Sustainability*, 2019, 11, p. 6292.

rischi climatici ai fini del calcolo dei requisiti di capitale[72].

Solo di recente, la Piattaforma sulla finanza sostenibile istituita dalla Commissione europea ha pubblicato una prima Tassonomia sociale, volta a chiarire la portata della dimensione sociale della sostenibilità[73]. Al contrario, l'ultimo frammento dell'acronimo, relativo alla (buona) governance, ha ricevuto ad oggi un'attenzione regolatoria minore, sebbene la proposta di direttiva in materia di due diligence ai fini della sostenibilità, nei limiti in cui questa si applicherà alle società finanziarie[74] possa essere letta quale prima concretizzazione normativa proprio di

[72] V. EBF, *EBF Response to the EBA Discussion Paper on the Role of Environmental Risks in the Prudential Framework*, 1 agosto 2022, disponibile all'indirizzo *https://www.ebf.eu/wp-content/uploads/2022/08/EBF_045753-EBF-RESPONSE-TO-EBA-DP-ENVIRONMENTAL-RISKS-IN-THE-PRUDENTIAL-FRAMEWORK-1-1.pdf*. Per la dottrina v. SMOLENSKA-VAN'T KLOOSTER, *A Risky Bet: Climate Change and the EU's Microprudential Framework for Banks*, in *Journal of Financial Regulation*, 2022, 8, p. 51 ss.

[73] PLATFORM ON SUSTAINABLE FINANCE, *Final Report on Social Taxonomy*, febbraio 2022, disponibile all'indirizzo *https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/280222-sustainable-finance-platform-finance-report-social-taxonomy.pdf.* Il documento sembra prefigurare un prossimo intervento legislativo relativo a una sistematizzazione normativa delle attività sostenibili sotto il profilo sociale.

[74] COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937*, 23 febbraio 2022, COM (2022) 71 final. La proposta contiene numerose eccezioni relativamente al settore finanziario. Queste riguardano innanzitutto la definizione della nozione di catena del valore per le imprese finanziarie. V. Considerando 9: "per quanto riguarda le imprese finanziarie regolamentate che erogano servizi di prestito, di credito o altri servizi finanziari, la "catena del valore" relativa alla prestazione di tali servizi dovrebbe essere limitata alle attività dei clienti che li ricevono e delle loro filiazioni che svolgono attività collegate al contratto in questione. Non dovrebbero essere considerati parte della catena del valore i clienti costituiti da famiglie e persone fisiche che non agiscono a titolo professionale o commerciale né le piccole e medie imprese. È opportuno non contemplare le attività delle società o di altri soggetti giuridici inclusi nella catena del valore di tali clienti". Inoltre, ai sensi dell'art. 3 lett. g, la catena del valore delle imprese finanziarie "non include le PMI che ricevono i prestiti, crediti, finanziamenti, assicurazioni o riassicurazioni di siffatti soggetti". Anche i doveri di individuazione e mitigazione degli impatti avversi sono ridotti: il considerando 10 precisa che "le imprese finanziarie regolamentate che erogano servizi di credito o prestito o altri servizi finanziari dovrebbero individuare gli impatti negativi unicamente all'inizio del contratto". E gli art. 6 e 7 affermano che la società finanziaria «non è tenuta, quando presta un servizio di credito o prestito o altro servizio finanziario, a cessare il contratto di credito o di prestito o di altro servizio finanziario laddove sia ragionevole prevedere che la cessazione arrechi un pregiudizio sostanziale al soggetto cui il servizio è prestato". Per un primo commento alle eccezioni poste, v. EBF, *EBF Position Paper- Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDD)*, giugno 2022, disponibile all'indirizzo *https://www.ebf.eu/wp-*

questo terzo fattore.

Sul fronte speculare dei rischi ESG, lo Studio della Commissione europea sull'integrazione dei fattori ESG nel quadro prudenziale bancario ha fornito ulteriori coordinate definitorie[75]. I rischi ambientali sono articolati nella duplice dimensione dei rischi climatici, dati dai rischi di eventi meteorologici e di transizione verso un'economia a basse emissioni di carbonio; e dei rischi connessi alla gestione delle risorse naturale e all'inquinamento[76]. I rischi sociali sono invece relativi ai rischi afferenti agli *stakeholders* interni, ad esempio in punto di tutela dei lavoratori e di definizione di politiche di diversità e inclusione; e agli *stakeholder* esterni, rispetto ai quali si pongono temi di tutela dei diritti umani e dei diritti del consumatore[77]. Infine, i rischi di *governance* sono rapportati ai profili delle qualità del consiglio di amministrazione, in termini di efficacia e indipendenza, e della organizzazione aziendale[78]. In linea con quanto definito dalla Commissione, anche l'ABE ha associato i rischi di governance ai rischi derivanti dalla mancata adesione ai codici di *corporate governance* nonché dalla gestione dei fattori ambientali e sociali[79].

L'evoluzione delle definizioni delle varie componenti del trinomio ESG non è tuttavia supportata da indicazioni su come identificare nella pratica questi fattori.

Nel 2019, ad esempio, in risposta alla consultazione dell'ESMA sui rischi di sostenibilità, la maggior parte degli *stakeholders* ha dichiarato di valutare le preferenze ESG dei clienti in base a un singolo indicatore o secondo un approccio

---

content/uploads/2022/06/EBF-postion-paper-Corporate-Sustainability-Due-Diligence-20.05.2022.pdf.

[75] COMMISSIONE EUROPEA, *Development of Tools and Mechanisms for the Integration of ESG Factors into the EU Banking Prudential Framework and into Banks' Business Strategies and Investment Policies*, *op. cit.*, p. 27 ss.

[76] *Ibidem*, p. 30.

[77] *Ibidem*, p. 31.

[78] *Ibidem.*

[79] ABE, *Report on the management and supervision of ESG risks for credit institutions and investment firms*, *op. cit.*, p. 47.

misto[80]. Per quanto riguarda specificamente il settore bancario, lo studio condotto da *Blackrock* per la Commissione europea mostra come la definizione dei rischi ESG da parte delle banche sia spesso basata su una combinazione di dichiarazioni, standard e indicazioni esterne provenienti da organizzazioni internazionali, e dalle autorità di vigilanza[81].

In attesa di indicazioni più chiare da parte del legislatore, le imprese hanno sin qui seguito diversi framework e standard per la definizione dei parametri ESG. Gli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile delle Nazioni Unite del 2015 risultano tra gli standard maggiormente seguiti dalle imprese finanziarie, così come i *Principles on Responsible Banking* (PRB)[82]. Nel complesso, sembra che le banche, in linea con gli sviluppi normativi, stiano dando maggiore rilevanza alla componente ambientale, rispetto a quelle S e G[83].

Dal gennaio 2023, a partire dalla entrata in vigore degli standard tecnici sulla SFDR, gli indici di sostenibilità in concreto usati dovrebbero uniformarsi: gli standard tecnici istituiscono infatti specifici indicatori sul clima e sull'ambiente[84] nonché sulle "problematiche sociali e concernenti il personale, il rispetto dei diritti umani e le questioni relative alla lotta alla corruzione attiva e passiva"[85], diversamente declinati in ragione della tipologia di investimento. Gli standard di

[80] ESMA, *Final Report*, *ESMA's technical advice to the European Commission on integrating sustainability risks and factors in Mifid II*, *op. cit.*. v. più di recente ESMA, *Final Report-Guidelines on certain aspects of the Mifid II Suitability Requirements*, 23 settembre 2022, disponibile all'indirizzo *https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma35-43-3172_final_report_on_mifid_ii_guidelines_on_suitability.pdf*, ove si sintetizzano i risultati della più recente consultazione che ugualmente mette in luce le persistenti incertezze di misurazione dei fattori ESG.

[81] *Ibidem*, p. 28.

[82] COMMISSIONE EUROPEA, *Development of Tools and Mechanisms for the Integration of ESG Factors into the EU Banking Prudential Framework and into Banks' Business Strategies and Investment Policies*, *op. cit.*, p. 27; 145.

[83] *Ibidem*, p. 31.

[84] V. RTS SFDR, Regolamento delegato UE 2022/1288, ove si individuano quali indicatori di rischi ambientali i) missioni di gas a effetto serra; ii) biodiversità; iii) acqua; iv) rifiuti.

[85] *Ibidem*. Accanto agli indicatori ambientali gli RTS contengono indicatori in materia di problematiche sociali e concernenti il personale.

disclosure ai sensi del pillar 3 proposti dall'ABE[86] dovrebbero contribuire ad affinare la specificità dei suddetti indicatori con particolare attenzione ai rischi fisici e di transizione, la cui disamina è richiesta ai fini dell'informativa al mercato sulle esposizioni ai rischi ambientali.

Pur costituendo un prezioso strumento di concretizzazione dei fattori ESG, gli indicatori così delineati lasciano tuttavia ampi margini di discrezionalità circa le *modalità* di identificazione in concreto dei rischi di sostenibilità[87].

Sebbene il regolamento sulla Tassonomia e la proposta di direttiva sulla due diligence di sostenibilità delle imprese abbiano iniziato a stabilire garanzie procedurali per l'identificazione di questi fattori in linea con gli indicatori posti, permane il rischio di una sotto-stima dei fattori che *in concreto* determinano i rischi di sostenibilità.

Manca ancora, infatti, una disciplina puntuale relativa agli strumenti che potrebbero ridurre i rischi di errata o scorretta identificazione dei fattori di sostenibilità: le modifiche apportate al regolamento sui benchmark nel 2019 hanno introdotto, ad esempio, solo due benchmark ambientali- gli indici di riferimento UE di transizione climatica e gli indici di riferimento UE allineati con l'Accordo di Parigi-[88] e il quadro sui rating ESG è in corso di definizione[89].

Una maggiore certezza in punto di valutazione esterna delle prassi di identificazione dei rischi ESG sarebbe utile ad incentivare l'adozione di un approccio

[86] ABE, *Final Draft Implementing Technical Standards on Prudential Disclosures on ESG Risks in Accordance with Article 449a CRR, op. cit.*.

[87] Sul problema metodologico si rimandi alle recenti osservazioni di ARMOUR-ENRIQUES-WETZER, *Mandatory Corporate Climate Disclosures: Now, but How?*, in *Columbia Business Law Review*, 2021, 3, p. 1085 ss.

[88] V. Regolamento UE 2019/2089 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 che modifica il regolamento (UE) 2016/1011 per quanto riguarda gli indici di riferimento UE di transizione climatica, gli indici di riferimento UE allineati con l'accordo di Parigi e le comunicazioni relative alla sostenibilità per gli indici di riferimento, 9 dicembre 2019, OJ L 317/17.

[89] ESMA, *Outcome of ESMA Call for Evidence on Market Characteristics of ESG Rating and Data Providers in the EU*, 24 giugno 2022, disponibile all'indirizzo *https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma80-416-347_letter_on_esg_ratings_call_for_evidence_june_2022.pdf.*

più completo nella individuazione dei fattori di sostenibilità rilevanti a livello di singola istituzione.

4.2 Se già la Direttiva UE 2014/95 in materia di informazioni non finanziarie conteneva un primo riferimento, ai fini della comunicazione al mercato, agli aspetti "sociali e ambientali, attinenti al personale, al rispetto dei diritti umani e alla lotta contro la corruzione attiva e passiva"[90], è con la SFDR che si giunge a una definizione normativa dei rischi di sostenibilità, alla stregua di un "evento o una condizione di tipo ambientale, sociale o di governance che, se si verifica, potrebbe provocare un significativo impatto negativo effettivo o potenziale sul valore dell'investimento"[91].

Questa definizione, come evidente, ancora la soglia di rilevanza giuridica dei rischi di sostenibilità alla materialità degli impatti avversi a questi associati, con l'effetto di escludere dal raggio di considerazione delle istituzioni finanziarie, quei fattori che non provocano un impatto effettivo o potenziale sul valore degli investimenti. La scelta politica di ancorare i rischi ESG ad un impatto di materialità è stata osteggiata dall'EIOPA, che ha ritenuto questa limitazione alla materialità miope rispetto alla natura complessa dei rischi ESG[92].

Proprio al fine di rafforzare la capacità "di calcolo" del criterio di materialità, la già citata proposta di direttiva in materia di *corporate sustainability reporting* specifica lo standard della doppia rilevanza, che impone agli enti finanziari di valutare gli impatti dei fattori ESG sul valore degli investimenti dalla duplice prospettiva "outside-in" e "inside-out"[93].

[90] Considerando 6 Direttiva 2014/95.
[91] Art. 2, comma 22 SFDR.
[92] EIOPA, *Technical Advice on the integration of sustainability risks and factors in the delegated acts under Solvency II and IDD*, *op. cit.*
[93] COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, che modifica la direttiva 2013/34/UE, la direttiva 2004/109/CE, la direttiva 2006/43/CE e il*

La dichiarata dimensione di materialità dei rischi ESG non è stata tuttavia accompagnata dalla definizione di corrispondenti indicatori di materialità legati alla sostenibilità, lasciando così gli operatori finanziari "al buio"[94] in relazione alla misurazione, in concreto, di questi rischi. Di riflesso, le banche stanno attualmente effettuando valutazioni dei fattori di rischio ESG, in particolare per quanto riguarda il cambiamento climatico, attraverso esercizi pilota basati sulla misurazione del rischio di portafoglio e sull'analisi di scenario, al fine di quantificare gli impatti sulle esposizioni[95]. La principale preoccupazione legata allo sviluppo di indicatori di materialità ESG è che la materialità ESG deve essere colta in una prospettiva di lungo termine, diversamente dalla tradizionale materialità finanziaria che è tradizionalmente focalizzata sul breve termine[96].

Tuttavia, i rischi ESG sono difficili da quantificare nel lungo periodo: mentre i rischi ambientali, e in particolare i rischi climatici, sono oggetto di numerosi sforzi di quantificazione[97], nessun tentativo di misurazione sembra attualmente svolto rispetto ai rischi sociali e di governance, che sono per lo più percepiti come rischi strategici e di reputazione[98].

---

regolamento (UE) n. 537/2014 per quanto riguarda la comunicazione societaria sulla sostenibilità, *op. cit.*, considerando 25.

[94] ZETSCHE- ANKER-SØRENSEN, *Regulating Sustainable Finance in the Dark*, in *EBOR*, 2022, 23, p. 47 ss.

[95] COMMISSIONE EUROPEA, *Development of Tools and Mechanisms for the Integration of ESG Factors into the EU Banking Prudential Framework and into Banks' Business Strategies and Investment Policies*, *op. cit.*, 31; 36, ove si riporta che i partecipanti alla survey hanno rilevato che "financial materiality should be prioritised for the time being, as discussions on sustainability may often be abstract and high-level, and hence, lack the financial relevance aspect that is needed to bring the topic to the attention of financial institutions".

[96] *Ibidem*, p. 36

[97] V. BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Climate-related financial risks – measurement methodologies*, aprile 2021, disponibile all'indirizzo *https://www.bis.org/bcbs/publ/d518.pdf.*

[98] COMMISSIONE EUROPEA, *Development of Tools and Mechanisms for the Integration of ESG Factors into the EU Banking Prudential Framework and into Banks' Business Strategies and Investment Policies*, *op. cit.*, p. 65. "Other ESG risks – i.e. beyond climate change – were found to be embedded into risk processes (e.g. transaction due diligence) with varying levels of sophistication, rather than actively measured at portfolio level through quantitative approaches".

Oltre al profilo sostanziale relativo alla difficoltà di quantificazione di questi rischi, vi è un ulteriore problema di tipo più pratico, attinente alla diffusa mancanza di disponibilità di dati relativi ai rischi ESG[99]. Lo osserva l'ABE in un recente *discussion paper*[100], ove tra i principali ostacoli alla misurazione dei rischi ESG si annovera proprio la difficoltà per le istituzioni finanziarie di accedere a dati granulari e di alta qualità relativi ai rischi ESG.

In questo contesto, le recenti acquisizioni di c.d. ESG data providers da parte di grandi banche di investimento[101] attestano la necessità dei mercati di abbattere queste barriere all'ingresso, in punto di reperibilità dei dati ESG, che impediscono a monte la quantificazione dei fattori ESG.

Oltre il profilo della mera disponibilità, un ulteriore limite alla commisurazione dell'impatto materiale dei fattori ESG attiene alla natura prevalentemente retrospettiva dei dati reperibili sul mercato, di scarsa rilevanza segnaletica per quel che concerne la dimensione prospettica dell'impatto di materialità[102].

Infine, deve ricordarsi come alla perdurante assenza di standards riguardo ai metodi di misurazione dei rischi di sostenibilità si associ l'assenza di standard relativi ai dati utilizzati ai fini stessi di quantificazione dell'impatto materiale dei fattori ESG[103]. Entrambi i fattori minano, da ultimo, la verificabilità *ex post* delle

[99]Lo stesso Regolamento Tassonomia ha posto l'accento sul profilo dell'importanza dell'accessibilità dei dati relativi alle attività sostenibili. Cfr. considerando 52 Regolamento UE 2020/852. In questa direzione si muove il *Taxonomy Compass*, v. COMMISSIONE EUROPEA, *Taxonomy Compass*, disponibile all'indirizzo *https://ec.europa.eu/sustainable-finance-taxonomy/*.

[100] ABE, *The Role of Environmental Risks in the Prudential Framework- Discussion Paper*, *op. cit*., p. 19

[101]COMMISSIONE EUROPEA, *Development of Tools and Mechanisms for the Integration of ESG Factors into the EU Banking Prudential Framework and into Banks' Business Strategies and Investment Policies*, *op. cit*., p. 60.

[102] ABE, *The Role of Environmental Risks in the Prudential Framework- Discussion Paper*, *op. cit*., p. 19.

[103] V. le recenti indicazioni di PLATFORM ON SUSTAINABLE FINANCE, *Platform Usability Report- Platform Recommendations on Data and Usability of the EU Taxonomy*, 11 ottobre 2022,

operazioni di stima del rilievo, sul fronte materiale, dei fattori ESG da parte dei partecipanti al mercato finanziario europeo.

La mancata elaborazione, ad oggi, di modelli predittivi di misurazione dei rischi di sostenibilità sufficientemente affidabili, fa sì che questi ultimi siano attualmente misurati sulla base di indici qualitativi, maggiormente esposti a valutazioni discrezionali e finanche arbitrarie.

4.3 La scivolosità del quadro normativo in punto di individuazione e misurazione dei rischi ESG conferma l'importanza di una solida ed effettiva struttura di gestione dei fattori ESG. È quanto demandato dai già ricordati interventi normativi di secondo livello della Commissione europea riguardanti l'integrazione dei fattori di sostenibilità nella *governance*, nei processi decisionali e di *risk management*[104] delle istituzioni finanziarie.

Tuttavia, proprio perché queste norme intendono includere i rischi ESG tra i fattori di orientamento delle scelte finanziarie, le stesse pongono a ben vedere degli obiettivi *comportamentali* di efficiente gestione dei fattori ESG, che in quanto tali si prestano a facili distorsioni.

Le decisioni sulle modalità di attuazione delle misure organizzative e gestorie in materia ESG rientrano, come evidente, nell'ambito delle scelte strategiche, a loro volta strettamente radicate nelle scelte di condotta e culturali delle istituzioni finanziarie[105]. Ciò appare tanto più vero se si considera che le norme in materia di

---

disponibile all'indirizzo *https://finance.ec.europa.eu/system/files/2022-10/221011-sustainable-finance-platform-finance-report-usability_en.pdf*.

[104] V. para 1 e note corrispondenti.

[105] Per un'analisi sul rapporto tra corporate governance e cultura- in particolar modo intesa come cultura del rischio, v. MANGANO, *Doveri degli amministratori, conflitti interculturali e rischio - il ruolo del giurista-, relazione al V Convegno annuale dell'associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale "Orizzonti del diritto commerciale"- "L'impresa e il diritto commerciale: innovazione, creazione di valore, salvaguardia del valore nella crisi",* Roma, 21-22 febbraio 2014, disponibile all'indirizzo *http://www.orizzontideldirittocommerciale.it/media/24354/mangano_r.pdf*.

governance dei fattori ESG pongono degli obiettivi programmatici che non determinano *ex ante* la condotta attesa, lasciando dunque ampi margini di impropria attuazione dei precetti posti.

I sopra ricordati indicatori di sostenibilità posti dagli standard tecnici SFDR e dagli standard di *disclosure* ai sensi del pillar 3 proposti dall'ABE, pur avendo l'effetto di circoscrivere la discrezionalità degli enti finanziari rispetto all'individuazione dei fattori di sostenibilità[106], poco aggiungono rispetto al *quomodo* della gestione dei rischi a questi connessi.

Come ha suggerito la stessa ABE, posto che la buona *governance* dei fattori ambientali e sociali dipende in larga misura dalla *governance* dei relativi *drivers* di rischio, i rischi di condotta scorretta in punto di *governance* riguardano proprio i rischi di adozione di condotte inadeguate o negligenti relative alla gestione dei rischi fisici, di transizione e tecnologici che sostanziano i fattori ambientali; o all'erroneo adeguamento agli orientamenti di policy e di mercato in punto di gestione dei fattori sociali[107].

Si possono fare molti esempi di condotte di "washing" dei fattori di sostenibilità in punto di governance.

Un primo livello di gestione impropria dei fattori ESG attiene alle politiche di gestione del prodotto e alle decisioni d'investimento. In relazione a queste due attività, gli atti delegati hanno imposto la ponderazione delle preferenze di sostenibilità dei clienti ai fini delle valutazioni di adeguatezza dei prodotti raccomandati e della mappatura dei possibili conflitti di interesse[108]. Questi obblighi evidentemente richiedono un importante sforzo valutativo da parte delle istituzioni finanziarie: il grado di assolvimento di questi stessi obblighi dipenderà dunque dalla

[106] Regolamento delegato UE 2021/1255; Direttiva delegata UE 2021/1270; Direttiva delegata UE 2021/1269; Regolamento delegato UE 2021/1253.
[107] ABE, *Report on management and Supervision on ESG Risks for Credit Institutions and Investment Firms*, *op. cit*., p. 48.
[108] V. *supra* nota 106.

capacità (e dalla volontà) del singolo ente di valutare correttamente le preferenze di sostenibilità di clienti e investitori[109].

Se presenti, queste preferenze potrebbero essere falsamente interpretate- dunque sottostimate- dalle imprese finanziarie al fine di estendere l'offerta di prodotti non verdi, che rimangono più attrattivi, perché più sicuri, rispetto a quelli verdi[110]. Ancora, le stesse potrebbero essere sovra-stimate, e portare all'offerta di prodotti verdi non adeguati, attualmente facilitata dalla persistente assenza di un quadro uniforme in materia di etichette ESG[111].

Al contrario, nello scenario in cui i clienti o gli investitori non abbiano ancora sviluppato preferenze di sostenibilità, le politiche di governance del prodotto potrebbero risultare comunque inficiate dalla mancata attuazione di procedure volte alla verifica o quantomeno alla sensibilizzazione delle preferenze di sostenibilità. Ciò potrebbe mantenere, di riflesso, elevati i livelli di finanziamento di attività c.d. *brown*, molte delle quali non trovano al momento alternative fattibili a basse emissioni di carbonio e che non sono esposte ai rischi di transizione, particolarmente pregiudizievoli, soprattutto in tempi di crisi geopolitica, per i prodotti verdi.

I rischi di transizione possono avere impatti avversi anche sull'efficacia dei *green bonds*, annoverato dai regolatori europei come strumento di contrasto a

[109] Per la dottrina v. F.E. MEZZANOTTE, Accountability in EU sustainable finance: linking the client's sustainability preferences and the MiFID II suitability obligation, in Capital Markets Law Journal, 2021, 16, p. 482 ss.

[110] È quanto sostenuto da BRAV-HEATON, *Brown Assets for the Prudent Investor*, in *Harvard Business Law Review*, 2021, p. 1 ss.; WHITE-HARDISTY- HABIB, *The Elusive Green Consumer*, in *Harvard Business Review*, luglio-agosto 2019, disponibile all'indirizzo *https://hbr.org/2019/07/the-elusive-green-consumer*.

[111] COMMISSIONE EUROPEA, *JRC Technical Reports, Development of EU Ecolabel criteria for Retail Financial Products - Technical Report 4.0: Draft proposal for the product scope and criteria*, marzo 2021, disponibile all'indirizzo *https://susproc.jrc.ec.europa.eu/product-bureau/sites/default/files/2021-03/2021.03.05%20-%20EUEL%20financial%20products%20-%20Technical%20Report%204%20FINAL.pdf*.

pratiche di *greenwashing*[112]. La trasformazione *de facto* di un progetto da *green* a *brown* a seguito dell'incidenza di un fattore di transizione, ove non correttamente rilevata e gestita in punto di declassazione formale dell'investimento da *green* a *brown*, potrebbe costituire un'ulteriore fonte di *greenwashing*. Siffatti esiti sono anche in questo caso agevolati da standard normativi poco chiari, che non prevedono ancora, ad esempio, certificazioni da parte di soggetti terzi e indipendenti volte a garantire che gli investimenti in *green bonds* siano effettivamente canalizzati verso progetti sostenibili[113]. In questo quadro, occorre che il mantenimento nel tempo degli impegni in termini di sostenibilità da parte delle controparti sia adeguatamente documentato e verificato.

Una spinta verso il contenimento delle fattispecie di *misconduct* a livello dei processi interni potrebbe essere costituita dall'attivazione da parte degli organi apicali dei canali di dialogo con gli stakeholders richiesti dal Codice di autodisciplina[114] nonché, a livello sovranazionale, dalla proposta di direttiva di materia di dovuta diligenza in materia di sostenibilità[115]. Tuttavia, anche l'obbligo del dialogo con i portatori di interessi rilevanti potrebbe essere attuato solo a livello formale, e divenire strumento "vuoto" di acquisizione di orientamenti di terze parti, se questi non sono successivamente integrati in strategie di creazione di valore nel

[112] PARLAMENTO EUROPEO, *European Green Bond Standard: new measures to reduce green washing*, 17 maggio 2022, disponibile all'indirizzo *https://www.europarl.europa.eu/news/it/press-room/20220516IPR29640/european-green-bond-standard-new-measures-to-reduce-green-washing*.

[113] "The fact that second parties certified less than 50 % of these bonds highlights the need for a common standard that effectively prevents greenwashing". Così di recente PARLAMENTO EUROPEO, *Green Central Banking*, settembre 2022, disponibile all'indirizzo *https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/733614/EPRS_BRI(2022)733614_EN.pdf*. Per una ricognizione del fenomeno dei green bonds anche sotto il profilo regolatorio v. LENZI, *La finanza d'impatto e i green e social bonds. Fattispecie e disciplina tra norme speciali e principi generali*, in *Banca Impresa Società*, 2021, 1, p. 115 ss.

[114] Art. 1- Principio IV del Codice di Corporate governance: "L'organo di amministrazione promuove, nelle forme più opportune, il dialogo con gli azionisti e gli altri stakeholder rilevanti per la società".

[115] Art. 7, comma 2 lett. a; art. 8, comma 3 lett. b. COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE)* 2019/1937, *op. cit*.

lungo termine da parte degli amministratori.

Queste derive di stakeholder "washing" possono essere scongiurate solo attraverso la predisposizione e l'osservanza di misure di governance volte alla attenta identificazione delle terze parti rilevanti per l'impresa; e che assicurino il monitoraggio successivo delle modalità di integrazione delle indicazioni raccolte nelle linee strategiche.

A riguardo, paiono legittimi i dubbi sull'utilità effettiva dell'istituzione di comitati di sostenibilità *ad hoc*, ovvero sulla nomina di c.d. ESG managers[116]: la natura trasversale dei rischi di sostenibilità sembra infatti richiedere un monitoraggio congiunto insieme ad altri rischi finanziari, piuttosto che una considerazione degli stessi in una sede separata.

4.4 I rischi di *misconduct* variamente sorgenti lungo la catena di valore ESG si riversano e aumentano, infine, nel rischio di comportamenti scorretti nel momento "finale" dell'attuazione dei requisiti di *disclosure* non finanziaria.

A riguardo, un'area di rischio di cattiva condotta emerge in relazione a quelle strutture di reporting che formalmente rispettano i requisiti di governance stabiliti, ma che sul piano sostanziale non soddisfano gli obiettivi (di sostenibilità) sottostanti.

Per quanto riguarda i requisiti di *disclosure*, gli standard tecnici per la divulgazione di sostenibilità ai sensi della SFDR mirano a garantire la qualità e la comparabilità delle informazioni rilasciate: i modelli elaborati forniscono indicazioni pratiche in punto di metodologia e di contenuto delle dichiarazioni a cui si riferiscono. Un'ulteriore spinta alla standardizzazione informativa in materia di sostenibilità è da rinvenirsi nella proposta di direttiva in materia di *corporate*

[116] E' quanto recentemente sostenuto da EDMANS, *The End of ESG*, European Corporate Governance Institute – Finance Working Paper No. 847/2022, disponibile all'indirizzo *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4221990*.

sustainability reporting[117], che pone dei nuovi requisiti relativi al *logging* digitale e alla certificazione delle informazioni[118]. Inoltre, la proposta intende rafforzare la revisione contabile delle dichiarazioni non finanziarie, modificando la disciplina di cui alla direttiva 2013/34/UE sui bilanci d'esercizio.

Sebbene le norme citate perseguano l'obiettivo di potenziare l'attitudine informativa e l'attendibilità del reporting sulla sostenibilità, esse non istituiscono misure effettive contro fattispecie di distorta rappresentazione delle politiche di sostenibilità da parte delle istituzioni finanziarie. Queste ultime possono essere motivate da ambizioni reputazionali e finanziarie, direttamente discendenti dalle prime.

La complessità degli RTS potrebbe acuire anziché ridurre l'incertezza degli standard di reporting, facilitando così pratiche di sfruttamento delle preferenze di sostenibilità degli investitori (se presenti) che finiscono per orientarne impropriamente le decisioni di investimento. Lo stesso meccanismo di "*comply or explain"* alla base dell'art. 6 SDFR, potrebbe indurre le istituzioni finanziarie a preferire una soluzione di falso o improprio "*comply*", invece di percorrere la più onerosa alternativa della motivazione della mancata salvaguardia dei fattori di sostenibilità in concreto rilevanti[119].

Al di fuori delle dichiarazioni soggette al raggio applicativo delle misure ora

---

[117] V. CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *New rules on corporate sustainability reporting: provisional political agreement between the Council and the European Parliament*, 21 giugno 2022, disponibile all'indirizzo *https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/06/21/new-rules-on-sustainability-disclosure-provisional-agreement-between-council-and-european-parliament/*

[118] COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, che modifica la direttiva 2013/34/UE, la direttiva 2004/109/CE, la direttiva 2006/43/CE e il regolamento (UE) n. 537/2014 per quanto riguarda la comunicazione societaria sulla sostenibilità*, *op. cit.*, art. 19 quinquies; art. 14 bis e art. 25 ter.

[119] Così DAVOLA, *Informativa di sostenibilità, tutela dell'investitore e contrasto al greenwashing-Le criticità dell'assetto europeo tra norme primarie e disciplina di dettaglio*, in *Rivista di diritto bancario*, 2022, disponibile all'indirizzo *https://www.dirittobancario.it/art/informativa-di-sostenibilita-tutela-dellinvestitore-e-contrasto-al-greenwashing/*.

ricordate, alcuni recenti casi[120] hanno dimostrato come i canali informativi non istituzionali, come i siti internet e le dichiarazioni rilasciate dagli amministratori, costituiscano un'ulteriore sede di potenziale propagazione dei rischi di rilascio di informazioni distorte o gonfiate in materia ESG.

Tali rischi sono destinati ad aggravarsi con l'avvento di tecnologie automatizzate a fini di *reporting* e di analisi dei dati non finanziari. Sebbene l'impiego di sistemi digitali a tal fine non sia previsto in via esplicita dal quadro normativo citato, in ossequio al principio di neutralità tecnologica, il già menzionato requisito del *digital log* richiesto dalla proposta di direttiva in materia di *corporate sustainability reporting* sembra andare evidentemente in questa direzione. Questo requisito, parimenti a quanto richiesto anni addietro dalla direttiva c.d. *transparency* e dal regolamento ESEF in relazione al formato XHTML e alla marcatura XBRL per l'informativa finanziaria[121], costituisce la precondizione per l'afflusso anche dei dati non finanziari nello *European Single Access Point*[122], che dà vita al progetto di istituzione di un punto di accesso unico presso l'ESMA delle informazioni degli emittenti europeo. L'attuazione, che sarà graduale, dell'ESAP rende più immediate le prospettive di digitalizzazione dei processi relativi alla generazione e successiva valutazione (anche) dell'informativa non finanziaria[123].

---

[120] V. la recente accusa di *greenwashing* a HSBC. Cfr. MORRIS, *HSBC faces greenwashing accusations from UK advertising watchdog*, *op.cit*.; e la recente ordinanza del Tribunale di Gorizia. V. *supra* nota 22.

[121] Per una riflessione più approfondita sia consentito il rinvio a ABRIANI-SCHNEIDER, *Intelligenza artificiale e diritto delle imprese*, Bologna, 2021, pp. 145-146.

[122] COMMISSIONE EUROPEA, *Targeted consultation on the establishment of a European single access point (ESAP) for financial and non-financial information publicly disclosed by companies*, disponibile all'indirizzo *https://finance.ec.europa.eu/regulation-and-supervision/consultations/2021-european-single-access-point_en*. La consultazione è stata aperta dal 20 gennaio 2021 al 12 marzo 2021.

[123] BENVENUTO- SAVASTA *La digitalizzazione delle informazioni finanziarie nel regolamento ESEF e le prospettive di accesso unitario e comune alle stesse*, in BIANCHINI-GASPARRI-RESTA-TROVATORE-ZOPPINI (a cura di), *Gli sviluppi tecnologici del diritto societario*, in *Quaderni giuridici Consob*, maggio 2022, disponibile all'indirizzo *https://www.consob.it/documents/46180/46181/qg23.pdf/657d5505-966c-421f-a8a8-2b12581ebd35*, p. 10 ss.

L'area del *reporting* è non a caso citato dalla Commissione europea quale uno dei più promettenti ambiti applicativi di strumenti di intelligenza artificiale nelle società (anche finanziarie) europee[124].

Queste evoluzioni aprono ulteriori opportunità di alterazione delle informazioni ESG, direttamente connesse alla gestione del veicolo tecnologico: i dati immessi nel sistema automatizzato potrebbero non essere sufficientemente affidabili o errati, perché ad esempio non aggiornati; i software, dal canto loro, potrebbero non essere adeguati al compito a cui sono destinati ovvero malfunzionanti per effetto della mancata attuazione, ad esempio, di tecniche di interoperabilità[125] o di una supervisione umana effettiva[126]. Da questi esempi si deduce come l'evoluzione tecnologica in materia di dichiarazione non finanziaria apra nuovi potenziali fronti di *greenwashing* che il *medium* tecnologico può agevolare, se non gestito correttamente o manipolato.

Inoltre, l'ampio ricorso da parte di istituzioni finanziarie a info-providers a cui viene esternalizzato il compito di redazione delle informative non finanziarie costituisce un'ulteriore potenziale fonte di "disinformazione" in materia di sostenibilità; più attuale, se si ricorda che il mercato di questi servizi è estremamente concentrato e pertanto, per sua struttura, non portato a garantire

[124] COMMISSIONE EUROPEA, *Study on the relevance and impact of artificial intelligence for company law and corporate governance*, giugno 2021, disponibile all'indirizzo *https://op.europa.eu /da/publication-detail/-/publication/13e6a212-6181-11ec-9c6c-01aa75ed71a1/language-en*.

[125] L'interoperabilità è uno dei profili recentemente individuati come critici dalle ESA, *Joint European Supervisory Authority response to the European Commission's February 2021 Call for Advice on digital finance and related issues: regulation and supervision of more fragmented or non-integrated value chains, platforms and bundling of various financial services, and risks of groups combining different activities*, 31 gennaio 2022, disponibile all'indirizzo *https://www.eba.europa.eu /sites/default/documents/files/document_library/Publications/Reports/2022/1026595/ESA%202022 %2001%20ESA%20Final%20Report%20on%20Digital%20Finance.pdf*, p. 19.

[126] La proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale pone il requisito della supervisione umana all' art. 14. COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione*, 21 aprile 2021, COM(2021) 206 final.

un'elevata qualità dei prodotti informativi offerti[127].

Sotto un profilo distinto, deve rilevarsi come i rischi di distorsione informativa dei fattori ESG siano destinati a propagarsi lungo la catena del valore finanziario, e a influenzare, di riflesso, anche le politiche di concessione del credito delle banche, nel successivo momento della valutazione da parte delle stesse banche delle politiche di sostenibilità delle controparti finanziarie o non finanziarie.

Non a caso, sulla scorta della stretta interdipendenza tra politiche ESG di imprese non finanziarie e finanziarie, di recente sottolineata anche dalla Banca d'Italia[128], anche la Commissione europea ha segnalato la necessità della predisposizione di più puntuali procedure relative all'apprezzamento da parte delle banche delle modalità di gestione dei fattori ambientali e sociali attuate dalle controparti[129]. Ciò appare tanto più urgente alla luce del rischio che le condotte di *mala gestio* dei fattori di sostenibilità attuate nel mercato, ove non correttamente identificate e misurate dalle banche, si riflettano in ulteriori rischi di errata fruizione delle informazioni ESG confluite alle banche e di distorto utilizzo delle medesime nelle decisioni di finanziamento.

Al di là della diretta incidenza sull'attività creditizia, la restituzione di informazioni in materia di sostenibilità falsate o scorrette compromette verosimilmente anche i giudizi di sostenibilità da parte dei soggetti che producono

---

[127] EBF, *EBF Response: ESMA Call for Evidence on Market Characteristics for ESG Rating Providers in the EU*, 11 marzo 2022, disponibile all'indirizzo *https://www.ebf.eu/wp-content/uploads/2022/03/EBF-Response-ESMA-Call-For-Evidence-on-Market-Characteristics-for-ESG-Rating-Providers-in-the-EU_11.03.2022.pdf*.

[128] ANGELINI, *La recente proposta della Commissione europea di modifica delle regole prudenziali per le banche: un quadro d'insieme e una prima valutazione*, 19 gennaio 2022, disponibile all'indirizzo *https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-direttorio/int-dir-2022/Angelini_ABI_19_gennaio_2022.pdf*, p. 11.

[129] COMMISSIONE EUROPEA, *Development of Tools and Mechanisms for the Integration of ESG Factors into the EU Banking Prudential Framework and into Banks' Business Strategies and Investment Policies*, *op. cit*., p. 33, ove è riportato che alcune banche partecipanti all'indagine hanno sottolineato l'importanza di una più accurata valutazione sulla qualità delle politiche di governance dei fattori ESG. Queste valutazioni, si afferma, dovrebbero essere affinate proprio per catturare al meglio le modalità con cui i rischi di sostenibilità sono gestiti dalle controparti.

rating, delle agenzie di rating del credito, dei data provider e dei produttori di benchmark[130].

Nel complesso, i rischi di insostenibilità individuati a livello di *governance* e di *reporting* evidenziano ancora una volta la necessità di individuare- o elaborare in prospettiva *de jure condendo*- ulteriori strumenti di *accountability*, utili a rendere più effettiva la disciplina in materia di finanza sostenibile. La rilevanza del fattore comportamentale e culturale dei rischi di *greenwashing* individuati in relazione alle diverse fasi della gestione dei fattori ESG impone un supplemento di riflessione circa la possibile rilevanza della categoria del rischio di condotta ai fini della individuazione anticipata dei rischi di condotte insostenibili appena illustrate. Come sarà dimostrato nei prossimi paragrafi, questa prospettiva contiene delle indicazioni di metodo utili a minimizzare l'incidenza del fenomeno del *greenwashing* sull'effettività delle opzioni di *governance* delle istituzioni finanziarie e, di riflesso, delle politiche di vigilanza in materia ESG.

5. Dai paragrafi precedenti si desume come i rischi di *greenwashing* si estendano ben oltre il momento della dichiarazione al mercato di informazione falsate e si estendano lungo tutto il processo di genesi di valore nel lungo termine. Inoltre, dalla categorizzazione sopra proposta emerge come taluni rischi di *greenwashing*, in particolare quelli connessi a una errata o distorta individuazione (4.1) e misurazione (4.2) dei rischi ESG, siano strettamente connessi all'incompletezza e alla lacunosità del quadro normativo attuato in materia di ESG; mentre altri, in particolare quelli relativi alla inadeguata o scorretta attuazione dei requisiti di governance (4.3) e di reporting non finanziario (4.4.) siano principalmente da ricondurre a un piano strettamente comportamentale, sul quale si consuma l'applicazione dei requisiti normativi in via tardiva o incoerente.

[130]CONSOB, *Piano strategico 2022-2024*, *op. cit.*,p. 5.

Alla luce di quanto precede appare come il quadro normativo sulla finanza sostenibile, dispieghi effetti diretti sia sul *driver* normativo sia sul *driver* comportamentale del rischio di condotta[131]. A loro volta, i rischi di *greenwashing* amplificano le asimmetrie informative sul mercato, aprendo potenzialmente la strada ad ulteriori ipotesi di *misconduct*, anche non strettamente connessi alla gestione dei fattori ESG[132],

L'impatto del progetto di transizione verso un modello di finanza sostenibile sulla sfera dei rischi di condotta non è privo di conseguenze, alla luce della considerazione variamente data alla categoria dello stesso rischio di condotta da parte delle autorità regolatorie europee.

Secondo un primo orientamento, prevalentemente affermato dalla FCA britannica[133], il rischio di condotta si distingue per i suoi effetti esterni generati nei confronti dei consumatori e dei clienti più in generale. Secondo questo approccio orientato al mercato e ai terzi, il rischio di condotta deve essere individuato a livello di singola impresa finanziaria. Questa concezione ampia e flessibile del rischio di condotta è sostenuta anche a livello internazionale: il *Financial Stability Board* ha infatti definito la condotta scorretta come "un comportamento che non rispetta gli standard previsti, compresi quelli legali, professionali ed etici"[134]. Lo stesso FSB riconosce che questa definizione possa ricomprendere molti comportamenti diversi, diversamente afferenti ai rischi legali, strategici o di reputazione. A prescindere dalla qualificazione che se ne voglia offrire in concreto, l'elemento connotante del rischio di condotta secondo questa impostazione è la generazione di un danno

[131] La distinzione tra componenti normative e comportamentali del rischio di condotta è ben messa in luce da SCIARRONE-FRIGENI, *op. cit.*, p. 468 ss.
[132] Sull'effetto "domino" dei rischi finanziari, v. CAPRIGLIONE, *Il dopo Covid-19: esigenza di uno sviluppo sostenibile*, in *NGCC*, suppl. 5, 2020, p. 26 ss.
[133] FCA, *Conduct Questions- Industry Feedback for 2019/20- Wholesale Banking Supervision*, *op. cit.*
[134] FSB, *Stocktake of Efforts to Strengthen Governance Frameworks to Mitigate Conduct Risk*, 23 maggio 2017, disponibile all'indirizzo *https://www.fsb.org/2017/05/stocktake-of-efforts-to-strengthen-governance-frameworks-to-mitigate-misconduct-risks/*.

rilevante per il mercato, cioè un danno di natura legale o comunque economico su soggetti terzi[135].

L'approccio che è andato consolidandosi a livello europeo intende invece ricondurre il rischio di condotta nell'alveo dei rischi rilevanti ai fini del calcolo dei requisiti patrimoniali. In questa prospettiva il rischio di condotta è considerato quale un sottoinsieme del rischio operativo sia dal Comitato europeo per il rischio sistemico[136] sia dall'ABE.

Negli Orientamenti 2018 sulle procedure e metodologie comuni per il processo di revisione e valutazione prudenziale (SREP) e sulle prove di stress di vigilanza[137], l'ABE richiede alle autorità nazionali di misurare il rischio di condotta ai fini della valutazione dei requisiti patrimoniali. Il rischio di condotta è anche incluso tra i rischi misurati nel contesto delle prove di stress. Sulla scorta delle indicazioni europee, anche le autorità nazionali, come la Banca d'Italia, hanno adottato la definizione di rischio di condotta come rischio operativo[138].

Secondo questa concezione, il rischio di condotta – variamente derivante da canali di distribuzione mal concepiti; conflitti di interesse nella conduzione degli affari; vendita scorretta di prodotti, sia nel mercato al dettaglio che in quello all'ingrosso; trattamento scorretto dei reclami dei clienti - impone requisiti patrimoniali aggiuntivi per le banche[139].

---

[135] *Ibidem.*

[136] EUROPEAN SYSTEMIC RISK BOARD (ESRB), *Report on Misconduct Risk in the Banking Sector*, *op. cit.*, 4: "from a prudential supervision perspective, conduct risk is a subset of operational risk".

[137] ABE, *Orientamenti riveduti sulle procedure e sulle metodologie comuni per il processo di revisione e valutazione prudenziale (SREP) e sulle prove di stress di vigilanza che modificano l'orientamento ABE/GL/2014/13 del 19 dicembre 2014*, 19 luglio 2018, disponibile all'indirizzo *https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/2535561/c0d74479-1b57-4ff2-a8ed-7b979e3ad4a8/Revised%20Guidelines%20on%20SREP%20%28EBA-GL-2018-03%29_IT.pdf?retry=1*, para 395.

[138] BANCA D'ITALIA, *Disposizioni di vigilanza per le banche*, *Circolare 285* del 17 dicembre 2013, ultimo aggiornamento 12 luglio 2022, Parte Prima.III.1.33.

[139] EUROPEAN SYSTEMIC RISK BOARD (ESRB), *Report on Misconduct Risk in the Banking Sector*, *op. cit.*, *passim.*

La rilevanza spiccatamente prudenziale della concezione europea del rischio di condotta, si colloca a ben guardare sia a livello micro-prudenziale- e in questa prospettiva il calcolo del rischio di condotta incide sulle valutazioni di stabilità del singolo ente in punto di copertura di capitale- sia a livello macro-prudenziale, posto che il *misconduct* compromette la fiducia nel sistema in generale e dà origine a un'applicazione diffusa delle sanzioni che a loro volta hanno un impatto negativo sulla capitalizzazione del sistema.

Sebbene si caratterizzi per un approccio prudenziale, la definizione della categoria del rischio di condotta elaborata a livello europeo non differisce, a livello sostanziale, in maniera significativa da quella internazionale e inglese. La stessa nozione di rischio operativo è infatti estremamente ampia: il Comitato di Basilea lo definisce alla stregua di "rischio di perdite derivanti da processi, persone e sistemi interni inadeguati o falliti o da eventi esterni"[140], comprensivo non solo del rischio legale ma anche del rischio strategico e reputazionale. Similmente, anche il pacchetto CRD-IV ai sensi del Reg. UE 575/2013, pur riferendo il rischio operativo al rischio legale, non esclude i rischi strategici e di reputazione dal suo campo di applicazione[141].

5.1 Al di là delle variazioni definitorie, entrambi gli orientamenti ora richiamati convergono nell'attribuire alla categoria del rischio di condotta la funzione di anticipare o rimediare in tempi utili le condotte scorrette delle imprese che possono pregiudicare gli obiettivi primari della regolamentazione finanziaria. Da

[140] BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION (BCBS), *Principles for a Sound Management of Operational Risk*, giugno 2011, disponibile all'indirizzo *https://www.bis.org/publ/bcbs195.pdf*.

[141] Art. 4(52) Regolamento UE 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento e che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012, 27 giugno 2013, OJL 176/1: "rischio di perdite derivanti dalla inadeguatezza o dalla disfunzione di processi, risorse umane e sistemi interni, oppure da eventi esogeni, ivi compreso il rischio giuridico".

questo punto di vista, il rischio di condotta rafforza l'efficacia del quadro normativo in costante evoluzione attraverso un approccio orientato ai valori e agli interessi dei terzi[142]. Questo approccio mira a contenere la propensione al rischio, attraverso la promozione di una solida cultura del rischio e di conformità. Ciò dovrebbe contribuire a mitigare condotte scorrette che si collocano difficile passaggio da un'adesione formale alle regole a un'adesione concreta e reale ai principi di fondo che le ispirano[143].

In concreto, la categoria del rischio di condotta ha quindi lo scopo di intervenire negli spazi comportamentali lasciati aperti dalle lacune del sistema normativo per rilevare la discrepanza tra la cultura del rischio attesa e quella effettiva, in modo da salvaguardare la stabilità finanziaria a lungo termine e ripristinare la fiducia nel sistema finanziario[144]. Nella pratica, il rischio di condotta si profila quale strumento utile alla identificazione di eventuali "gap" culturali (rispetto alla cultura minima condivisa e a quella specifica dichiarata dall'ente)[145].

Se l'attenzione riservata negli ultimi anni al rischi di condotta era diretta conseguenza del fallimento della cultura del rischio delle istituzioni finanziarie, l'utilità della categoria sembra destinata a riattualizzarsi dinnanzi ad un quadro normativo quale quello sulla finanza sostenibile, in larga misura incentrato su standard di comportamento che dovrebbero promuovere un cambiamento

[142] GROUP OF 30, *Banking Conduct and Culture-A Permanent Mindset Change*, novembre 2018, disponibile all'indirizzo *https://group30.org/images/uploads/publications/aaG30_Culture2018.pdf*.
[143] FSB, *Strengthening Governance Framework to Mitigate Misconduct Risk: A Toolkit for Firms and Supervisors*, 20 aprile 2018, disponibile all'indirizzo *https://www.fsb.org/2018/04/strengthening-governance-frameworks-to-mitigate-misconduct-risk-a-toolkit-for-firms-and-supervisors/*
[144] FSB, *Guidance on Supervisory interaction with Financial Institutions on Risk Culture A Framework for Assessing Risk Culture*, 7 aprile 2014, disponibile all'indirizzo *https://www.fsb.org/wp-content/uploads/140407.pdf*.
[145] Sottolinea l'importanza della sensibilizzazione in punto della cultura del rischio, OECD, *G20 High Level Principles on Financial Consumer Protection*, ottobre 2011, disponibile all'indirizzo *https://www.oecd.org/daf/fin/financial-markets/48892010.pdf*. Per la dottrina v. CHEREDNYCHENKO, *Two Sides of the Same Coin: EU Financial Regulation and Private Law*, in *EBOR*, 2021, 22, p. 147 ss., pp. 159-160.

culturale improntato ai valori della sostenibilità, ma che sono sprovvisti di rimedi deterrenti rispetto a condotte che deviano dalle "aspettative" normative.

In ragione di queste caratteristiche strutturali, la normativa ESG sopra analizzata lascia aperti numerosi spazi interpretativi e applicativi che solo la dimensione culturale può colmare in maniera coerente con gli obiettivi del legislatore e le attese degli investitori e della società in generale. La generale funzione predittiva e correttiva della categoria del rischio di condotta rispetto al fattore culturale la rende particolarmente adatta ad affrontare i rischi di *greenwashing* generati dalla riforma in materia di ESG.

In questi termini, la misurazione della cultura del rischio ESG imposta dalla rilevanza prudenziale del rischio di condotta appare strumento utile ad assicurare che nella definizione delle proprie strategie ESG, ad esempio per quanto riguarda l'offerta di prodotti verdi, le istituzioni finanziarie siano sostenute da una cultura di base adeguata.

L'applicazione della categoria del rischio di condotta alla normativa ESG garantirebbe, dunque, che la trasformazione regolatoria in atto in materia di finanza sostenibile sia accompagnata da una parallela trasformazione culturale delle istituzioni finanziarie. Gli interventi sul fronte della cultura e della sensibilizzazione ai rischi di sostenibilità suggeriti dagli indicatori di rischio di condotta appaiono tanto più necessari se si considera che le condotte di *greenwashing* sembrano essere, in larga misura, inconsapevoli e non dolose[146].

Da questa angolatura, la categoria del *conduct risk* si profila quale tassello centrale nella costruzione di un sistema finanziario sostenibile, direttamente volto ad allineare la conformità delle istituzioni finanziarie in materia ESG agli obiettivi culturali più profondi della transizione in atto. Come si chiarirà di seguito,

[146] FORBES, *You're Probably Greenwashing, But You Don't Know It*, 22 aprile 2022, disponibile all'indirizzo *https://www.forbes.com/sites/forrester/2022/04/22/youre-probably-greenwashing-but-you-dont-know-it/?sh=47c9a0636b83*

l'approccio sostanziale offerto dal rischio di condotta quale parametro valutativo delle condotte finanziarie extra-sistemico (perché posto al di fuori del ristretto perimetro regolatorio in materia di sostenibilità) offre concreti scenari operativi in punto di vigilanza e di *governance*.

6. Alla luce delle considerazioni teoriche e metodologiche sopra svolte, la rilevanza del rischio di condotta rispetto alla gestione dei rischi di *greenwashing* può rilevarsi, innanzitutto, a livello prudenziale.

In linea con la concezione europea del rischio di condotta alla stregua di rischio operativo, il rischio di condotta è uno strumento per misurare le perdite di capitale effettive o potenziali direttamente derivanti da comportamenti scorretti, al fine di garantirne idonea copertura finanziaria. Gli indicatori per l'identificazione del rischio di condotta e quindi per la valutazione dei relativi requisiti patrimoniali sono in gran parte dati dal numero e dall'ammontare delle sanzioni emesse dalle autorità competenti o dei reclami indirizzati alle banche.

L'inclusione del rischio di condotta all'interno degli stress test delle banche europee[147] conferma questa funzione di misurazione del rischio di condotta e allo stesso tempo ne rafforza la funzione di incentivo a comportamenti virtuosi: l'adeguamento dei requisiti patrimoniali in base ai costi derivanti dalle condotte scorrette dovrebbe infatti incentivare le imprese a comportarsi in modo corretto, soprattutto nei confronti dei clienti, in modo da ridurre al minimo la copertura patrimoniale necessaria.

[147] ABE, *EU-Wide Stress Test –Methodological Note 2016*, 24 febbraio 2016, disponibile all'indirizzo *https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/1259315/e077989b-c5a2-4f1f-a683-da9a53f70704/2016%20EU-wide%20stress%20test-Methodological%20note.pdf*, 89 ss; v. i risultati del 2018, ABE, *2021 EU Wide Stress Test*, 30 luglio 2021, disponibile all'indirizzo *https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/Risk%20Analysis%20and%20Data/EU-wide%20Stress%20Testing/2021/ST%20results/1017864/2021-EU-wide-stress-test-Results.pdf*.

In questo senso, l'integrazione dei rischi di condotta connessi ai fattori ESG nel più ampio quadro dei rischi di condotta garantirebbe la copertura patrimoniale delle perdite potenzialmente derivanti da un'attuazione distorta della regolamentazione sulla finanza sostenibile e consoliderebbe il (non facile) percorso verso un'integrazione completa dei rischi ESG nel quadro prudenziale dell'UE[148].

Perché ciò avvenga, sarebbe necessario che gli indicatori del rischio di condotta[149] venissero ricalibrati sulla base degli standard normativi contenuti nelle varie normative di cui si compone il quadro in materia di finanza sostenibile. Questi indicatori in materia di "rischio di condotta ESG" potrebbero dipoi essere collocati alternativamente all'interno della più ampia categoria del rischio di condotta ovvero entro la più ampia categoria dei rischi ESG.

Siffatti indicatori del rischio di condotta ESG potrebbero essere di tipo sia quantitativo sia qualitativo e riguardare, ad esempio, il numero di ore di formazione in materia ESG; i tempi medi di risposta ai reclami e ricorsi della clientela rispetto alla normativa di riferimento; o ancora il livello di soddisfacimento della clientela rispetto a prodotti catalogati come sostenibili.

L'applicazione di questi indicatori specifici ai fini del computo dei requisiti patrimoniali sarebbe, a sua volta, utile a

i) aumentare la consapevolezza dei rischi di una condotta non sostenibile e quindi rendere la cultura del rischio delle entità finanziarie adatta ad un'effettiva attuazione della disciplina sulla finanza sostenibile;
ii) offrire una misura quantitativa relativa agli interventi necessari sul fronte della cultura (non solo del rischio) per allineare le politiche ESG agli obiettivi (anche

[148] ABE, *Final Draft Implementing Technical Standards on Prudential Disclosures on ESG Risks in Accordance with Article 449a CRR*, *op. cit.*
[149] Sottolinea l'incertezza che attualmente caratterizza la misurazione del rischio di condotta tra le banche, DE PASCALIS, *op. cit*., p. 947 ss.

culturali) del quadro in materia di finanza sostenibile;

iii) monitorare le eventuali discrepanze tra i requisiti di capitale associati agli indicatori di rischio di condotta ESG e le iniziative in concreto attuate per veicolare i valori di sostenibilità a tutti i componenti dell'organizzazione aziendale, dai vertici, alle linee di difesa, sino ai dipendenti;

iv) misurare l'efficacia delle misure attuate per la mitigazione dei rischi di condotta scorretta nella gestione dei fattori ESG;

v) fornire dati quantitativi utili a fini della valutazione esterna da parte dei clienti, degli investitori, delle agenzie di rating, nonché a fini di vigilanza, consentendo dunque un monitoraggio diffuso del rispetto degli indicatori del rischio di condotta ESG, da ultimo rilevante per

vi) evitare che la facile propagazione dei rischi di *greenwashing* lungo la catena di valore comprima a livello sistemico l'integrità e la stabilità dei mercati nel mutato contesto normativo[150].

In linea con le proposte dell'ABE di integrare le esposizioni ai rischi ESG nelle segnalazioni di vigilanza[151], la misurazione prudenziale dei costi legati al *greenwashing* potrebbe rafforzare la vigilanza sugli interventi attuati dai soggetti vigilati sul fronte della cultura del rischio "sostenibile", a livello sia di singola entità sia di mercato[152].

Sul versante della comunicazione al mercato, i template proposti dall'ABE

[150] Sui rischi che il *greenwashing* pone alla stabilità finanziaria v. BCE, *Climate-related risks to financial stability*, maggio 2022, disponibile online all'indirizzo *https://www.ecb.europa.eu/pub/financialstability/fsr/special/html/ecb.fsrart202205_01~9d4ae00a92.en.html*.

[151] See ABE, *EBA's ESG Roadmap*, 18 maggio 2022, disponibile all'indirizzo *https://thedocs.worldbank.org/en/doc/8dea75f98f65a824e389bdbd422f06d8-0430012022/related/Lievijne-Neuteboom-European-Banking-Authority.pdf*.

[152] FSB, *Strengthening Governance Framework to Mitigate Misconduct Risk: A Toolkit for Firms and Supervisors*, *op. cit.* Per la dottrina si vedano le osservazioni di MANES, *Assessing Conduct Risk: A New Challenge for Sustainable Corporate Governance*, in *European Business Law Review*, 2019, 30, p. 985 ss.

sull'informativa ESG sul terzo pilastro comprendono anche un modello di informativa relativo ad "altre azioni di mitigazione del rischio climatico"[153] che proprio per la sua natura residuale potrebbe essere "virtuosamente" utilizzato per indicare le azioni intraprese a fini di sensibilizzazione sui rischi di sostenibilità.

Le autorità di vigilanza, dal canto loro, potrebbero sfruttare le capacità di rilevazione del rischio di condotta a livello prudenziale per costruire programmi di vigilanza incentrati sulla cultura sostenibile, richiedendo, ad esempio, alle imprese di valutare e convalidare la condotta sostenibile del proprio personale, in modo da mitigare connessi rischi di condotte scorrette proprio sul fronte della misurazione e gestione dei fattori ESG. Ciò potrebbe inoltre agevolare la circolazione di *best practices* relative alla definizione e attuazione di strategie volte a consolidare la cultura della sostenibilità a tutti i livelli aziendali[154].

Da ultimo, la misurazione prudenziale dei rischi di condotta ESG potrebbe divenire strumento informativo aggiuntivo a quelli attualmente utilizzati dalle autorità di vigilanza per determinare l'entità dei rischi di *greenwashing* a livello di singola entità[155]; ciò favorendo l'attivazione di interventi più tempestivi, anche attraverso canali informali[156], utili a garantire un rispetto sostanziale del quadro normativo in materia di sostenibilità.

7. Il passaggio- sopra prefigurato- dalla quantificazione patrimoniale dei rischi di *greenwashing* all'attuazione di interventi volti a consolidare la cultura del

[153] Si tratta del template 10 di ABE, *Final Draft Implementing Technical Standards on Prudential Disclosures on ESG Risks in Accordance with Article 449a CRR*, *op. cit.*, 15.
[154] FSB, *Strengthening Governance Framework to Mitigate Misconduct Risk: A Toolkit for Firms and Supervisors*, *op. cit.*, p. 43.
[155] ANGELINI, *La cultura del rischio*, *Workshop Risk Culture Training & Awareness, Università Cattolica del Sacro Cuore di Piacenza*, *op. cit.*, p. 4 ove si fa riferimento all'attività ispettiva dell'autorità di vigilanza.
[156] FEDERAL RESERVE BANK OF NY, *Misconduct Risk, Culture and Supervision*, Dicembre 2017, disponibile all'indirizzo *https://www.newyorkfed.org/medialibrary/media/governance-and-culture-reform/2017-whitepaper.pdf*, p. 13; v. anche GROUP OF 30, *op. cit*., p. 15.

rischio in materia ESG a livello di entità finanziaria impone infine di esaminare quale possa essere il ruolo dell'organo amministrativo nella mitigazione dei rischi di *greenwashing*. Questa prospettiva, a ben vedere, solleva un quesito, ancora poco esplorato, relativo al rapporto tra doveri generali degli amministratori e cultura del rischio di sostenibilità[157].

Senza voler entrare in questa sede nello scivoloso dibattito sull'impatto della sostenibilità sui doveri degli amministratori[158], basti qui ricordare come sia il successo sostenibile di cui al nostro Codice di *Corporate governance*, sia il "dovere di sollecitudine degli amministratori" sancito dall'art. 25 della proposta di direttiva in materia di diligenza d'impresa intendano far rientrare le "conseguenze in termini di sostenibilità"[159] nel raggio di "considerazione"- ed eventualmente anche di responsabilità[160] - degli amministratori. Per quanto attiene specificamente al rischio di *greenwashing*, è stata sopra dimostrata la afferenza di quest'ultimo alla sfera del rischio strategico e reputazionale, oltreché del rischio strettamente legale: in quanto tale, dunque, lo stesso sembra rientrare per sua natura nella competenza del consiglio di amministrazione.

Se la rilevanza degli interessi ESG[161], compreso l'interesse alla corretta valutazione dei medesimi, rispetto ai doveri degli amministratori, e finanche

[157] ALPA, *Responsabilità degli amministratori di società e principio di «sostenibilità»*, in *Contr. Impr*., 2021, 3, p. 721 ss.
[158] ASSONIME, *Doveri degli amministratori e sostenibilità*, Note e Studi 6/21, disponibile all'indirizzo *https://www.assonime.it/_layouts/15/Assonime.CustomAction/GetPdfToUrl.aspx?PathPdf=https://www.assonime.it/attivita-editoriale/studi/Documents/Note%20e%20Studi%206-2021.pdf*.
[159] Così l'art. 25 della proposta di direttiva in materia di *corporate sustainability due diligence*. COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE)* 2019/1937, *op. cit.*
[160] *Ibidem*, art. 26 direttiva due diligence: "Gli Stati membri provvedono a che gli amministratori delle società di cui all'articolo 2, paragrafo 1, siano responsabili della predisposizione delle azioni di diligenza di cui all'articolo 4 e della relativa vigilanza e, in particolare, della politica del dovere di diligenza di cui all'articolo 5, tenuto debitamente conto dei contributi dei portatori di interessi e delle organizzazioni della società civile".
[161] ARMOUR- ENRIQUES- WETZER, *op. cit*., p. 1085 ss.

rispetto al dovere di sana e prudente gestione[162], sembra suffragata a livello normativo e interpretativo, vi sono ancora notevoli incertezze su *come* la valutazione di questi interessi debba intersecare la materia dei doveri degli amministratori. A livello teorico, numerosi studi tentano di conciliare, su questo duttile terreno, obiettivi di profitto e di sostenibilità, secondo nuovi precetti del "growing the pie"[163] o di "shareholder wealth[164].

Anche queste soluzioni di mediazione, tuttavia, non risolvono il rischio di un eccessivo ampliamento della discrezionalità degli amministratori dinnanzi a interessi tanto vari quali quelli ESG; e della conseguente estensione dell'operatività della business *judgment rule*. Se infatti le scelte discrezionali degli amministratori improntate alla sostenibilità ben potrebbero risolversi in opzioni di riduzione del profitto in nome della tutela dei fattori di sostenibilità[165], è anche vero che le stesse potrebbero risolversi, in operazioni meramente di facciata e dunque, ancora una volta, di *washing* del precetto di sostenibilità a livello strategico[166]. Come già accennato, persino lo strumento de dialogo con gli stakeholders[167], da più parti visto come un mezzo per ancorare le politiche ESG ad un'evidenza empirica, potrebbe essere oggetto di distorsione lungo le linee di un possibile *stakeholder washing*.

---

[162] F. RIGANTI, *Sostenibilità non finanziaria, "sana e prudente gestione" e governo societario delle banche. "Arlecchino" nel C.d.a.? (Note a margine di un convegno sull'Isola di Capri),* in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2022, 1, p. 325 ss.; v. anche SEPE, *Sviluppo, sostenibilità e sana e prudente gestione in ambito finanziario*, in *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale. Studi dedicati a Mauro Giusti* a cura di PASSALACQUA, Padova, 2021, spec. P. 69 ss.

[163] EDMANS, *Growing the Pie: How Great Companies Deliver Both Purpose and Profit*, Cambridge, 2020.

[164] HART- ZINGALES, *The New Corporate Governance*, in *University of Chicago Business Law Review*, 2022, 1, p. 195 ss.

[165] CIAN, S*ulla gestione sostenibile e i poteri degli amministratori: Uno spunto di riflessione*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2021, 3, p. 1131 ss.

[166] Così anche CERRATO, *Appunti per una via italiana all'ESG. L'impresa "costituzionalmente solidale" (anche alla luce dei "nuovi" artt. 9 e 41, comma 3 Cost*., in *AGE*, 2022, 1, p. 63 ss.

[167] Sull'utilità del dialogo con gli stakeholders, v. DENOZZA, *Due concetti di* stakeholderism, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2022, 1, p. 37 ss.

Alla luce del limite della *business judgment rule* e dei rischi di condotta scorretta anche nell'attuazione dei doveri generali di diligenza rispetto ai fattori di sostenibilità, risposte più concrete relative al rapporto tra organo amministrativo e sostenibilità possono forse rinvenirsi attraverso una configurazione del "dovere di sostenibilità" degli amministratori alla stregua di un dovere di assicurare la cultura della sostenibilità a livello della singola istituzione.

Un primo fondamento giuridico a tal fine è costituito dalle previsioni delle Disposizioni di vigilanza che, in via generale, assegnano alla cultura del rischio una funzione meta-normativa[168], rispetto alla quale centrale è il ruolo del consiglio di amministrazione, che ha la responsabilità di influenzare gli standard di comportamento all'interno dell'azienda secondo la prospettiva del "tone from the top"[169].

Più in particolare, le Disposizioni di vigilanza assegnano agli organi di vertice il compito di definire e adottare una cultura del rischio sana, in grado di integrare le diverse tipologie di rischio, e che sia diffusa a tutti i livelli[170]. All'amministratore delegato o al direttore generale viene assegnato il compito di assicurare che siano

[168] Le Disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia definiscono la cultura del rischio come "l'insieme delle regole, degli atteggiamenti e dei comportamenti dell'intermediario che incidono sul grado di consapevolezza, sull'assunzione e gestione dei rischi, nonché sulle attività di controllo, e che in ultima analisi determinano le decisioni dell'intermediario in materia di rischi. La cultura del rischio influenza le decisioni degli organi aziendali e del personale nello svolgimento quotidiano delle proprie attività e influisce sui rischi assunti dalla banca." (Parte Prima, Titolo IV, Capitolo 3, Sezione I). a

[169] ANGELINI, *La cultura del rischio*, *Workshop Risk Culture Training & Awareness*, *Università Cattolica del Sacro Cuore di Piacenza*, *op. cit.*, pp. 3-4.

[170] Cfr. Disposizioni di vigilanza, Parte I, Titolo IV, Capitolo 3, Sezione II, punto 2, secondo cui l'organo di supervisione strategica "al fine di attenuare i rischi operativi e di reputazione della banca e favorire la diffusione di una corretta cultura dei rischi e dei controlli interni" deve approvare "un codice etico cui sono tenuti a uniformarsi i componenti degli organi aziendali e i dipendenti. Il codice definisce i principi di condotta (ad es., regole deontologiche e regole da osservare nei rapporti con i clienti) a cui deve essere improntata l'attività aziendale". Mentre l'organo con funzione di gestione deve agevolare "lo sviluppo e la diffusione a tutti i livelli di una cultura del rischio integrata in relazione alle diverse tipologie di rischi ed estesa a tutta la banca. In particolare, sono sviluppati e attuati programmi di formazione per sensibilizzare i dipendenti in merito alle responsabilità in materia di rischi in modo da non confinare il processo di gestione del rischio agli specialisti o alle funzioni di controllo".

sviluppati e attuati programmi di formazione dei dipendenti in materia di rischi, in modo da non confinare la gestione del rischio agli specialisti o alle funzioni di controllo[171].

Che la cultura del rischio sia competenza degli amministratori è del resto suggerito anche da alcuni studi sociologici che hanno rilevato come generazione di valore e cultura del rischio siano due facce della stessa medaglia[172]. Si tratta di una prospettiva, che pur rimanendo nel solco della funzione tradizionale delle regole di corporate governance quali rimedio a condotte opportunistiche[173], aggiunge un inedito precetto di azione preventiva all'interno della struttura di corporate governance strutturalmente incentrata sulla reazione a conflitti già sorti[174].

Seppur non direttamente attinente alla materia ESG, una riaffermazione del ruolo e della responsabilità del consiglio di amministrazione rispetto alla promozione di una solida cultura del rischio a livello aziendale è contenuta nel regolamento sulla resilienza operativa digitale[175], il cui *Considerando* 36 raccomanda all'organo di gestione di "adottare un approccio che non consideri solamente i mezzi (…)ma si estenda anche alle persone e ai processi mediante un ventaglio di strategie che promuovano, a ciascun livello dell'azienda e per tutto il personale, un forte senso di consapevolezza dei rischi informatici". Un precetto, questo, che sarebbe forse utile riaffermare proprio in relazione ai rischi di sostenibilità, in diretta attuazione di quanto già sancito a livello generale dalle citate Disposizioni di vigilanza.

---

[171]ANGELINI, *La cultura del rischio*, *Workshop Risk Culture Training & Awareness, Università Cattolica del Sacro Cuore di Piacenza*, *op. cit.*, pp. 3-4.
[172] Lo ricorda MANGANO, *op. cit.*, 2, che richiama il sociologo tedesco Ulrich Beck.
[173] Questa è l'approccio espresso nel noto volume "Anatomy of Corporate Law". AA.VV., *Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, Oxford, 2017.
[174] Cfr. le riflessioni di MANGANO, *op. cit.*, p. 17.
[175] COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla resilienza operativa digitale per il settore finanziario e che modifica i regolamenti (CE) n. 1060/2009, (UE) n. 648/2012, (UE) n. 600/2014 e (UE) n. 909/2014*, 24 settembre 2020, COM(2020) 595 final (di seguito DORA).

Tuttavia, anche in assenza di un diretto intervento normativo, una lettura incrociata tra i) doveri in materia di successo sostenibile di cui al codice di autodisciplina, ii) obblighi in materia di trasmissione di una cultura del rischio sana di cui alle Disposizioni di vigilanza, e iii) l'obbligo generale di predisposizione di assetti organizzativi e amministrativi adeguati ex art. 2381 c.c., suggeriscono la possibile vigenza di un dovere di istituire adeguati assetti organizzativi proprio in materia di una cultura del rischio… sostenibile.

Alla luce di quanto precede, la via della re-interpretazione, nel mutato contesto della finanza sostenibile, dei doveri fiduciari, e in particolare del dovere di diligenza dell'amministratore "virtuoso" ex art. 2392, comma 1 c.c. nel senso del dovere di promuovere una sana cultura dei rischi di sostenibilità sembra, oltreché percorribile, necessaria al fine di prevenire o quantomeno gestire i rischi di *greenwashing;* e colmarne le relative lacune in punto di responsabilità.

La declinazione dei doveri di diligenza e lealtà degli amministratori nel senso della definizione e supervisione di interventi volti a aumentare la sensibilità e la cultura sul complesso fronte dei rischi di sostenibilità si porrebbe a garanzia di una effettiva "considerazione" degli interessi degli stakeholders in concreto rilevanti per la società e un'altrettanto effettiva identificazione delle fonti di *misconduct* in relazione ai fattori ESG lungo tutte le linee di difesa[176]. Da questo angolo prospettico, anche le funzioni di *monitoring* e di *advisory* del board, direttamente discendenti dal potere-dovere di agire informato dello stesso, dovrebbero soppesare il fattore culturale quale presupposto di carattere "informativo" dell'elaborazione di strategie ESG responsabili, prima ancora che legittime.

A livello operativo, il dovere del board di stabilire la visione culturale in materia di sostenibilità della società dovrebbe agevolare di riflesso lo svolgimento di quella funzione "compositiva" tra interessi diversi svolta dal consiglio di

[176] MANES, *op. cit.*, p. 985 ss.

amministrazione[177] ai fini del perseguimento del successo sostenibile; funzione geneticamente assegnata all'organo amministrativo di banche, la cui governance è "intrisa di rilevanza pubblicistica"[178]. In questa prospettiva, la chiara determinazione dell'orientamento culturale della società da parte del board potrebbe supportare lo stesso nella mediazione tra interessi di sostenibilità "interna", ossia strettamente finanziaria, ed "esterna", connessa alla tutela dei fattori ESG[179]; ma anche nella risoluzione di eventuali conflitti insorgenti tra diverse dimensioni di sostenibilità "esterna", ad esempio tra tutela dei dipendenti e dell'ambiente.

Ad un livello più profondo, la concettualizzazione del dovere del *board* di elaborare assetti "culturali" adeguati alla "natura" e alle "dimensioni" dell'impresa, potrebbe fornire un primo limite all'operatività della *business judgment rule* rispetto alle politiche ESG, rendendo possibile, eventualmente, la revisione del merito delle scelte compiute dall'organo amministrativo in ordine alla conformazione degli assetti "culturali", quali più recente e urgente declinazione degli assetti organizzativi di una società finanziaria operante in un contesto di finanza sostenibile[180].

Ben prima della fase patologica del controllo giudiziale, l'elaborazione delle strategie di sostenibilità culturale da parte del consiglio di amministrazione dovrebbe riflettersi positivamente sulla qualità delle dichiarazioni non finanziarie, ed assicurare così la piena e veritiera operatività del canale informativo quale primo livello, fisiologico, di *accountability* in merito alle scelte discrezionali in materia di sostenibilità degli amministratori.

---

[177] MONTALENTI, *Impresa società di capitali mercati finanziari*, Torino, 2017, p. 215 ss. Sulla funzione compositiva del consiglio di amministrazione, v. STELLA RICHTER, *Profili attuali dell'amministrazione delle società quotate*, in *Giur. comm.*, 2021, 3, p. 416 ss.

[178] PORTALE, *La* corporate governance *delle società bancarie*, in *Riv. soc*., 2016, 1, p. 48 ss.

[179] V. STELLA RICHTER, *Profili attuali dell'amministrazione delle società quotate*, in *Giur. comm*., 2021, 3, p. 416 ss.

[180] Cfr. MAUGERI, *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2014, 2, p. 1 ss.

In definitiva, la sfida della transizione a un sistema finanziario sostenibile, sembra richiedere, a monte, una più profonda integrazione del formante culturale entro il formante normativo[181] delle categorie già presenti nell'ordinamento finanziario (quali il rischio di condotta) e societario (quali i doveri degli amministratori). Le ricadute strettamente finanziarie del fenomeno del *greenwashing* rivelano l'insostenibilità di soluzioni interpretative e regolatorie assiologicamente neutre. È la sfida che ci pone ora la nostra stessa Carta costituzionale[182]: una reazione responsabile, necessariamente culturale, che consideri le norme in materia di finanza sostenibile il frammento di un più ampio processo di innovazione sostenibile incentrato sulla collaborazione tra soggetti vigilati e vigilanti, tra settore privato e settore pubblico.

Giulia Schneider

Ricercatore di Diritto dell'economia

nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

[181] La rilevanza del formante antropologico-culturale del diritto è stata del resto ben delineata da Rodolfo Sacco. SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007.
[182] Art. 9 e 41 Cost. S. CERRATO, *op. cit.*, p. 63 ss.

UNIONE BANCARIA E COOPERAZIONE NELL'ERA DELLE CRISI. ALLA RICERCA DI UN MODELLO GIURIDICO-ORGANIZZATIVO DELLA GOVERNANCE MULTILIVELLO *

(*Banking Union and Cooperation in an Era of Crises: Seeking a Legal and Organisational Multi-Level Governance Model)*

ABSTRACT: *The realisation of the European Banking Union since 2014 has been a major reform process o in response to the 2008 crisis, with significant progress in the creation of a single EU rulebook and the establishment of a new EU financial architecture as a cornerstone of governance in the area of bank supervision and resolution. The reforms that began in 2014 were mainly regulatory in nature and reflect the EU's long-standing commitment to harmonising rules in support of economic liberalisation, as well as the proposal for a single banking rulebook for the financial system as a remedy for market instability and fluctuation.*

Yet the European Banking Union, the most radical of EU reforms in recent times, is not only regulatory. In view of a reshaping of the established approach to the governance of the financial system based on harmonisation, liberalisation and rules, the Banking Union is an executive and institutional reform as well. The creation of centralised organisational models for the supervision and resolution of banks along with the provision of a deposit protection system show the EU legislator's commitment to creating a banking governance system capable of leading a crucial sector for the EU towards greater political, legal, and economic integration in response to the severe crises of the past, as well as future ones.

In this research area, the legal scholarship that has recently focused on organisational models in the European banking sector has provided compelling

*Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio.
Desidero ringraziare di cuore la Professoressa Michela Passalacqua per la lettura e i preziosi commenti e suggerimenti ad una precedente bozza dell'articolo, nonché per il costante supporto che ha reso possibile la presente ricerca.

accounts on these matters. However, what has been lacking and, in our view, is still lacking, despite the significant results achieved, is an analysis taking into account, above all on the functional side, of procedural activity but with implications in the field of organisation, the great richness deriving from the dialogue between the centre and periphery of European banking governance, and more precisely between the central and decentralised bodies that in various capacities and at different levels of government are called upon to manage the procedures for the supervision of banking intermediaries in the European legal system.

To this end, it seemed useful to retrace, not only in a reconstructive sense but also from a critical angle, the fundamental stages that led to the European Banking Union with a view to understanding the reasons and investigating the limits, criticalities, and issues behind the radical reform of governance and the shift from a 'decentralised' to a 'centralised' model of administrative control of banking intermediaries. Once the problems, limits, and criticalities have been investigated and the reasons behind the radical reform that has led European banking governance towards a 'centralised' architecture have been explored, the article analyses the main features of the single supervisory systems (SSM), delving into the complex network of organisational relations and the multiple range of competences, functions, and powers allocated between the different levels of government, in order to argue the crucial importance of 'cooperation' as a general clause of a procedural nature in the relations between central and peripheral bodies for the administrative efficiency of the economic system as a whole.

In emphasising the pivotal role that cooperation can play as a leading standard to which the administrative functions and powers and, more generally, the administrative activities of the various bodies at the centre and periphery involved in supervision procedures should conform, the article suggests a legal-organisational model inspired by a multilevel 'network' governance, rather than the traditional

hierarchical model of command and control.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La *governance* bancaria decentrata e le sue criticità. – 2.1. I limiti della *governance* istituzionale di coordinamento della vigilanza decentrata. – 2.2. Il modello organizzativo decentrato del SEVIF e le difficoltà della *governance* bancaria nel mercato interno – 2.3. Gli intrecci fra Stato e banche e il superamento del modello di *governance* "decentrato". – 2.4 L'Unione bancaria europea e la *governance* "accentrata" della vigilanza prudenziale. – 3. La *governance* multilivello a "rete" e la cooperazione fra centro e periferia nella vigilanza bancaria – 3.1. Il Meccanismo di vigilanza unico (MVU) e l'omogeneizzazione e standardizzazione dei poteri di supervisione. – 3.2. La BCE come organo centrale della vigilanza e la conformazione dei suoi poteri alla clausola generale della cooperazione. – 3.2.1. Sulle banche significative – 3.2.2. …e su quelle meno significative. – 3.3. L'orientamento della Corte di giustizia europea: Il caso *Landeskreditbank*. – 4. I difficili equilibri tra funzioni di politica monetaria e vigilanza nella *governance* interna della BCE e l'operatività della clausola della cooperazione. – 5. Gli organi periferici della vigilanza bancaria: ANC e poteri (micro/macro) prudenziali nell'ottica della cooperazione. – 6. La cooperazione come criterio direttivo dell'azione e dell'organizzazione amministrativa fra centro e periferia della vigilanza bancaria. – 7. Conclusioni: la cooperazione fra criticità, rischi e vantaggi nella *governance* bancaria multilivello a "rete".

1. La realizzazione dell'Unione bancaria europea a partire dal 2014 ha rappresentato un processo di riforme di rilevanti proporzioni in risposta alla grande crisi del 2008[1], con progressi significativi nella creazione di un libro di regole unico dell'UE e nell'istituzione di una nuova architettura finanziaria europea quale "pietra miliare" per la *governance* nell'ambito della vigilanza e della risoluzione delle banche[2]. Le riforme che hanno preso avvio nel 2014 sono state principalmente di natura normativa e riflettono il lungo impegno dell'UE nell'armonizzazione delle norme a sostegno della liberalizzazione economica, nonché la proposta per un *single banking rule-book* per il sistema finanziario come rimedio all'instabilità e alla fluttuazione dei mercati.

[1] CAPRIGLIONE, *L'Unione bancaria. Una sfida per un'Europa più unita*, Torino, 2013.
[2] CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 79 ss.

Eppure, l'Unione bancaria europea, la più radicale delle riforme dell'UE degli ultimi tempi, non è solamente normativa. In vista di un rimodellamento del consolidato approccio alla *governance* del sistema finanziario basato sull'armonizzazione, sulla liberalizzazione e sulle regole, l'Unione bancaria è anche una riforma esecutiva e istituzionale[3]. La creazione di due modelli organizzativi "accentrati" per la supervisione e la risoluzione delle banche uniti alla previsione di un sistema di protezione dei depositi sono la dimostrazione della volontà del legislatore comunitario di realizzare una *governance* bancaria capace di guidare un settore nevralgico per l'UE verso una maggiore integrazione politica, giuridica ed economica in risposta alle grandi crisi del passato e in preparazione di quelle future.

In questo ambito di studi, la dottrina che recentemente si è occupata dei modelli organizzativi nel settore bancario europeo sul versante pubblicistico ha fornito, come vedremo sotto vari punti di vista, interessanti ricostruzioni sistematiche della materia[4]. Tuttavia, ciò che è mancato e che, a nostro modo di vedere, continua a mancare, nonostante i significativi risultati raggiunti, è un'analisi capace di cogliere, soprattutto sul versante funzionale dell'attività procedimentale e con risvolti nel campo dell'organizzazione, la ricchezza derivante dal dialogo tra centro e periferia della *governance* bancaria europea e più esattamente tra gli organi centrali e gli organi decentrati che a vario titolo e su diversi livelli di governo sono chiamati a gestire le procedure di supervisione degli intermediari bancari nell'ordinamento giuridico europeo.

A questo scopo, sebbene si tratti di un terreno autorevolmente indagato dalla

[3] MOLONEY, *European Banking Union: Assessing its Risks and Resilience*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 51, 2014, p. 1609 ss.

[4] MAGLIARI, *Vigilanza bancaria e integrazione europea. Profili di diritto amministrativo*, Napoli, 2020; MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Torino, 2018; CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 975 ss.; FERRAN, *European Bankin Union and the EU Single Financial Market: More differentiated Integration, or Disintegration?*, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper, n. 29, 2014, p. 1 ss.; GIGLIONI, *The European Banking Union as a new Model of Administrative Integration?*, in CHITI - VESPERINI, *The Administrative Architecture of Financial Integration. Institutional Design, Legal Issues, Perspective*, Bologna, 2015, p. 123 ss.

dottrina giuridica e soprattutto da quella specialistica del settore[5], è parso anzitutto utile ripercorrere, non solo in senso ricostruttivo ma anche in chiave critica, le tappe fondamentali che hanno portato all'Unione bancaria europea prima e all'approvazione del meccanismo unico di vigilanza poi[6], nella prospettiva di comprendere le ragioni e indagare i limiti, le criticità e i problemi per i quali, a partire dalla grave crisi finanziaria del 2008, si è giunti ad una imponente riforma della *governance* e al passaggio da un modello "decentrato" ad un modello "accentrato" di controllo amministrativo degli intermediari bancari.

Una volta indagati i problemi, i limiti e le criticità e colte più profondamente le ragioni alla base della radicale riforma che ha condotto la *governance* bancaria europea verso una architettura "accentrata", l'articolo analizza gli elementi principali del sistema unico di vigilanza (MVU), addentrandosi nella fitta trama delle relazioni organizzative e nella complessa congerie di competenze, funzioni e poteri allocati tra i diversi livelli di governo, al fine di argomentare il valore che riveste la "cooperazione"[7] come *clausola generale*[8] *di tipo procedimentale*[9] dei rapporti tra

[5] CAPRIGLIONE - TROISI, *L'ordinamento finanziario dell'UE dopo la crisi*, Torino, 2014.

[6] BRESCIA MORRA, *La nuova architettura della vigilanza bancaria in Europa*, in *Banca, impresa, società*, 2015, p. 73 ss.; FABBRINI, *Which European Union? Europe after the Euro Crisis*, Cambridge, 2015; CHITI - TEXEIRA, *The constitutional implications of the European responses to the financial and public debt crisis*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 50, 2013, p. 683 ss.; BUSCH - FERRARINI (eds), *European Banking Union*, Oxford, 2015; CHITI – SANTORO (a cura di), *L'Unione bancaria europea*, Pisa, 2016.

[7] Sul ruolo cardine della cooperazione fra i diversi organi, centrali e periferici, nel il sistema bancario europeo, particolarmente nell'ambito della supervisione prudenziale, si v. ORTINO, *La cooperazione internazionale e transfrontaliera in materia di vigilanza bancaria. Il ruolo della banca centrale europea*, in AMOROSINO – MORBIDELLI – MORISI (a cura di), *Istituzioni. Mercato e Democrazia*, Torino, 2002, p. 518 ss., dove l'A. argomenta la bontà di una *governance* bancaria in cui la vigilanza è affidata alla BCE come organo centrale, dato che tale organo potrebbe incentivare il coordinamento a livello internazionale mediante elevati standard di vigilanza. Al contempo, l'A. enfatizza il ruolo degli organi periferici, vale a dire le banche centrali nazionali, soprattutto per il "prestigio goduto sulla scena internazionale" e per "l'omogeneità degli interessi rappresentati". Sicché, conclude l'A., è indubbio che "un'azione *concertata* a livello europeo della vigilanza bancaria rappresenterebbe un ulteriore elemento di rafforzamento della *cooperazione* multilaterale in questo settore" (*corsivi* aggiunti). Più recentemente, per un'impostazione teorica, CRAIG, *Shared Administration and Networks: Global and EU Perspectives. Values in Global Administrative Law*, in ANTHONY, AUBY, MORISON, T. ZWART (eds.), Oxford Legal Studies Research Paper No. 6/2009, pp. 1-61; si v. anche SCHMIDT ASSMAN, *Forme di cooperazione amministrativa europea*,

organi centrali e organi periferici per l'efficienza amministrativa del sistema economico nel suo complesso[10].

Nell'enfatizzare il ruolo cardine che può giocare la cooperazione come canone direttivo a cui dovrebbero conformarsi le funzioni e i poteri amministrativi e più un generale l'attività amministrativa dei vari organi centrali e periferici coinvolti nelle procedure di vigilanza, il contributo suggerisce un modello giuridico-organizzativo che

---

in *Dir. amm*., 2003, p. 473 ss. Inoltre, si v. ROSSI, *La questione europea. I problemi della* governance, in *Ridiam.it*, 2016.

[8] Sulle clausole generali, si v. V. VELLUZZI, *Le clausole generali: semantica e politica del diritto*, Milano, 2010. Per la letteratura giusprivatistica: ALPA, GUARNERI, MONATERI, PASCUZZI, SACCO, *Le fonti del diritto italiano*, vol. II, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino, 1999, pp. 132-154; RESCIGNO, *Appunti sulle ''clausole generali''*, in *Riv. dir. comm*., 1998; RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1987, pp. 709-733; MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv*., 1986, pp. 5-19; IRTI, *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984; DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. critica dir. priv*., 1984, pp. 539-571; ROSELLI, *Il controllo della cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983. Per una distinzione con i principi e il loro trattamento giurisprudenziale, si v. NATOLI, *Clausole generali e principi fondamentali davanti alla Corte di cassazione*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Domenico Barillaro*, Milano, 1982, p. 343 ss. Per la dottrina giuspubblicistica si v.: PIZZORUSSO, *Clausole generali e controllo di costituzionalità delle leggi*, in *Politica del diritto*, 1988, pp. 655-681; LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, p. 77 ss.; CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, Torino, 2005, spec. p. 395 *ss*.; SALA, *Le clausole generali nell'età della codificazione del diritto amministrativo*, in *Giur. it*., 2012, p. 1191; PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm*., 2013, p. 309 ss.

[9] L'argomento sulla *cooperazione* come clausola generale di tipo *procedimentale*, applicata ai rapporti fra i poteri delle autorità centrali e periferiche nell'ambito della vigilanza bancaria, è qui proposto anche sulla base della tesi della partecipazione degli attori istituzionali e delle persone al procedimento amministrativo, come avanzata da alcuni studiosi della dottrina pubblicistica italiana. Per questa tesi, si v. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl*., 1952, p. 118 ss., poi in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 2006, p. 1117 ss.; ID., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, p. 807 ss., poi in *Scritti giuridici*, *op. cit*., vol. IV, p. 3223 ss.; ID., *Il nuovo cittadino: Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994; PASTORI, *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964; ID., *Considerazioni introduttive*, in AA.VV., *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contributi alle iniziative legislative in corso*, Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 18-20 Settembre 1986, Milano, 1989, p. 29 ss., poi in *Dir. Proc. Amm.*, 1987, p. 528 ss.; ID., *Pluralità e unità dell'amministrazione*, in MARONGIU – DE MARTIN (a cura di), *Democrazia e amministrazione. In ricordo di Vittorio Bachelet*, Milano, 1992, p. 101 ss.; ID., *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, in *Dir. e Soc*., 1996, p. 485 ss.

[10] Per maggiori approfondimenti sul concetto di efficienza amministrativa declinato sul versante dell'organizzazione amministrativa sia consentito rinviare a VESE, *L'efficienza dell'organizzazione amministrativa come massimizzazione dei diritti fondamentali*, in PA Persona e Amministrazione, 1, 2019, p. 279 ss.; più in generale ID., *Sull'efficienza amministrativa in senso giuridico*, Padova, 2018, *passim*, ma spec. p. 447 ss.

sia ispirato ad una *governance* multilivello[11] "a rete"[12], rispetto ad una diversa configurazione organizzativa tipica del tradizionale modello giuridico gerarchico di *command and control*[13].

[11] Sulla *governance* multilivello vi è una vasta letteratura. Per un'impostazione generale, si v. MAGGETTI – TREIN, *Multilevel governance and problem-solving: Towards a dynamic theory of multilevel policymaking?* in *Public Administration*, 97, 2019, pp. 355-369; TORTOLA, *Clarifying multilevel governance*, in *European Journal of Political Research*, 56, 2017, pp. 234-250; PISANESCHI, *La regolazione bancaria multilivello e l'art. 47 della Costituzione*, in CHITI – SANTORO (a cura di), *L'Unione bancaria europea*, *op. cit*., p. 153 ss.; BACHE - FLINDERS (eds.), *Multi-level governance: Essential readings*, Cheltenham, 2015; LODGE – WEGRICH (eds.), *The problem-solving capacity of the modern state: Governance challenges and administrative capacities*, Oxford and New York, 2014; STEPHENSON, *Twenty years of multi-level governance: 'Where does it come from? What is it? Where is it going?'*, in *Journal of European Public Policy*, 20, 2013, pp. 817-837; PIATTONI, *The theory of multi-level governance: Conceptual, empirical, and normative challenges*, Oxford, 2010; ENDERLEIN, WALTI, ZÜRN (eds.), *Handbook on multi-level governance*, Cheltenham, 2010; IACOVINO, *Teorizzare la Governance. Governabilità ai tempi del globale*, Roma, 2005; HOOGHE – MARKS, *Unraveling the central state, but how? Types of multi-level governance*, in *American Political Science Review*, 97, 2003, pp. 233-243; ID., *Multi-level governance and European integration*, Lanham, MD, Rowman & Littlefield, 2001; KOHLER-KOCH – EISING, *The transformation of governance in the European Union*, London and New York, 1999; MAYNTZ, *La teoria della governance: sfide e prospettive*, in *Riv. It. Sc. Pol.*, XXIX, 1, 1999, p. 3 ss.

[12] Per l'idea dell'organizzazione amministrativa a "rete" nell'ambito del mercato finanziario europeo, si v. PASSALACQUA, *Diritto del rischio nei mercati finanziari: prevenzione, precauzione ed emergenza*, Padova, 2012, p. 265 ss., dove si argomenta che l'organizzazione amministrativa in tale contesto può essere intesa come un "*network*", una rete appunto, la quale permette di rispondere in modo efficiente alla necessità di "decentramento e collegamento tra nuclei decisionali, nell'ottica della *cooperazione*" (p. 270, enfasi aggiunta). Con specifico riferimento alla *governance* multilivello di tipo "reticolare" nell'ambito della regolazione dell'economia nell'UE, si v. AMMANNATI, Governance *e regolazione attraverso reti*, in AMMANNATI – BILANCIA (a cura di), Governance *dell'economia e integrazione europea.* Governance *multilivello, regolazioni e reti*, vol. II, Milano, 2008, p. 181 ss.; nonché BILANCIA, *Cooperazione e convergenza in un sistema di* multilevel governance, *ivi*, p. 3 ss.; sempre sull'architettura organizzativa a rete, ma con particolare riferimento ai profili di *accountability*, si v. CHITI, *L'*accountability *delle reti di autorità amministrative dell'Unione europea*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2012, p. 29 ss. Sul concetto di "rete" nell'organizzazione amministrativa, ma con particolare enfasi sulla clausola della collaborazione istituzionale, si v. CASSESE, *Le reti come figura organizzativa della collaborazione*, in ID., *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003, p. 21 ss. Nello specifico caso del Meccanismo unico di vigilanza (MVU), si v. CIRAOLO, *Il Regolamento UE n. 1024/2013 sul meccanismo unico di vigilanza e l'unione bancaria europea. Prime riflessioni*, in *Amministrazione in cammino*, 5 ottobre 2014, pp. 1-37, ma spec. pp. 15-17. Recentemente, in senso favorevole alla tesi qui esposta con riferimento alla *governance* "multilivello" si v. CUOMO, *Unus pro omnibus, omnes pro uno: the single supervisory mechanism as a unitary multilevel administration*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 3, 2022, p. 707 ss. Per alcuni spunti di rilievo sui processi di accentramento e decentramento, con riferimento ai profili pubblicistici dell'organizzazione, si v. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2021.

[13] Il modello di *governance* che viene proposto nella presente ricerca si allontana – giacché è alternativo, se non antitetico, ad una organizzazione gerarchica del tipo *command and control* – dal quadro teorico proprio dell'ordinamento giuridico sezionale del credito avanzato da GIANNINI, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Santi*

2. Le crisi finanziarie hanno plasmato la *governance* bancaria europea[14] e la

Romano, vol. II, Padova, 1939, p. 707 ss., ora in ID., *Scritti*, vol. II (1939-1948), Milano, 2002, p. 3 ss. (da cui si cita), ma si v. anche ID., *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, in *Moneta e Credito, Riv. Trim. Banc. Naz. Lav.*, 5, 1949, ora in ID., *Scritti*, vol. III (1949-1954), Milano, 2003, p. 59 ss. (da cui si cita). Giannini nel sostenere che l'ordinamento generale del credito sia un ordinamento "sezionale" (o "settoriale") si rifà, come noto, alla tesi dei rapporti di "supremazia speciale" di origine romaniana (su cui si v. almeno ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1918, 1977, p. 106 ss.), secondo la quale taluni settori con "fini pubblici speciali", come quello del credito, hanno carattere ordinamentale dal momento che sono organizzati dallo Stato, sono retti da organi statali e ad esso risultano fortemente legati. Ne deriva, sulla base delle tesi romaniane riprese e sviluppate da Giannini nelle opere sopra citate, l'affermazione dell'esistenza di un ordinamento sezionale. Vale a dire, un settore di attività e un'amministrazione pubblica dotata di autonomia normativa largamente integrativa della legge dove la stessa autorità ha il compito di dettare disposizioni, verificarne l'osservanza, indirizzare comportamenti ed ammettere o escludere dal settore i soggetti che vi operano. Il problema nodale è che l'idea dell'ordinamento sezionale si accompagna spesso con la sua natura integrativa e talvolta derogatoria della legge, sicché l'autorità amministrativa – con ridotto o nessun fondamento puntuale nel diritto positivo – è nella posizione (di supremazia appunto) di disciplinare e amministrare il rapporto con i destinatari dei suoi atti di potere in modo "libero" dalla *rule of law*. Ciò rende evidente la relazione – che, infatti, non è negata da Santi Romano nella sua opera maggiore – tra ordinamento sezionale e supremazia speciale. Quest'ultima si connota per la capacità disciplinare dell'amministrazione, sia per quella regolatoria che per quella normativa, dove un soggetto pubblico si trova in una posizione di speciale potere nei confronti di un soggetto o di una categoria di soggetti destinatari della sua autorità; sicché, nel rapporto, l'amministrazione – essendo in grado di disciplinarlo e di amministrarlo con atti di autorità, che debbono essere osservati e non richiedono il consenso del destinatario – persegue l'interesse pubblico da essa stessa definito senza particolare riferimento alla legge e funzionalizza l'autonomia del privato parte del rapporto all'interesse (pubblico) che l'ente persegue. Da questo angolo visuale, non è difficile comprendere come si tratti di una categoria concettuale difficilmente compatibile con la *rule of law* e con le norme costituzionali relative al rapporto fra autorità e persone. Sulla teoria dell'ordinamento sezionale del credito, in senso critico dal versante pubblicistico, si v. NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, Milano, 1972, p. 110 ss.; AMOROSINO, *È ancora il credito un ordinamento sezionale?*, in ID., *L'ordinamento amministrativo del credito*, Studi, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 1995, p. 51 ss.; ID., *Gli ordinamenti sezionali: itinerari d'una categoria teorica. L'archetipo del settore creditizio*, in ID. (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, Roma, 1995; MERUSI, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in BASSI – MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, p. 154 ss. Per una prima e acuta critica, sul versante privatistico, al carattere "sezionale/settoriale" dell'ordinamento giuridico del credito si v. COSTI, *L'ordinamento bancario* (1986), Bologna, III ed., 2001, pp. 220-223. Recentemente, per la critica all'ordinamento sezionale del credito, sul versante pubblicistico, PERFETTI, *Commento all'art. 107*, in CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al Testo Unico delle Leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, (in corso di pubblicazione); CLINI, *Ordinamento sezionale del credito e diritti fondamentali della persona*, in *PA Persona e Amministrazione*, 1, 2019, p. 137 ss. Più in generale, sul controllo pubblicistico delle attività finanziarie, si v. MARZONA, *Sistema amministrativo e processi economici*, Padova, 1986, spec. p. 118 ss.; ID., *L'amministrazione pubblica del mercato mobiliare*, Padova, 1988, spec. p. 81 ss.; più recentemente, da una prospettiva differente anche se pur sempre critica dell'ordinamento sezionale, si v. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992.

[14] MOLONEY, *European Banking Union*, *op. cit.*, p. 1609 ss.

grande crisi del 2008 ne è un esempio, probabilmente il più paradigmatico dei nostri tempi[15]. Non è un caso che la più radicale delle riforme della *governance* nell'ambito della vigilanza prudenziale e della risoluzione delle banche sia seguita proprio alla severa crisi del 2008[16]. D'altra parte, non è difficile comprendere come questa tendenza sia confermata anche di recente, in un momento in cui le crisi legate al cambiamento climatico[17], all'emergenza sanitaria del coronavirus e a quella umanitaria e sociale derivante dalla guerra in Ucraina[18] hanno messo in evidenza il ruolo cruciale della Banca centrale europea (BCE)[19].

2.1. In passato, come noto, le riforme istituzionali avevano preso avvio dalla

[15] Sulla capacità delle crisi di conformare la *governance* bancaria, si v. CAPRIGLIONE – SACCO GINEVRI, *Metamorfosi della governance bancaria*, Torino, 2019; CAPRIGLIONE, *La nuova gestione delle crisi bancarie tra complessità normativa e logiche di mercato*, in *Contratto e impresa*, 3, 2017, p. 772 ss. Sulle crisi nel settore bancario, più in generale, si v. SEPE, *A crisis, public policies, banking governance, expectations & rule reforms: When will the horse go back to drink?*, in *Law and Economics Yearly Review*, 3, 1, 2014, p. 210 ss.; MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, 2013; MIGLIONICO, *The precautionary recapitalization of failing banks: The undefined distinction between G-SIBs and D-SIBs*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1, 2018, p. 290 ss.; CALDERAZZI, *La funzione dell'organizzazione nell'impresa bancaria*, in *PA Persona e Amministrazione*, 1, 2019, p. 261 ss.; CIRAOLO, *La disciplina delle crisi bancarie. Il contesto normativo e istituzionale di riferimento*, in AA.VV., *Il finanziamento esterno delle risoluzioni bancarie: tra tecniche normative e diritto vivente*, Padova, 2018, p. 15 ss.; SCOGNAMIGLIO, *La disciplina europea sulle crisi bancarie: dal modello normativo all'impianto per il sistema bancario italiano*, in *Banca impresa società*, 1, 2018, p. 79 ss.; ROSSANO, *La nuova regolazione delle crisi bancarie*, Torino, 2017; CAPRIGLIONE- SEMERARO, *Crisi finanziaria e dei debiti sovrani*, Torino, 2012, in part. cap. II; DE POLI, *Crisi finanziaria globale e fattori comportamentali*, in *Anal. giur. econ.*, 1, 2012, p. 49 ss.; COLOMBINI - CALABRÒ, *Crisi finanziarie. Banche e Stati*, Torino, 2011.

[16] Si v. BRESCIA MORRA, *Le forme della vigilanza*, in CAPRIGLIONE (a cura di), *L'ordinamento finanziario italiano*, Padova, 2010, p. 308 ss. Sull'argomento, si v. anche SABBATELLI, *La supervisione sulle banche. Profili evolutivi*, Padova, 2009. Più recentemente, GUARRACINO, *Supervisione bancaria europea: sistema delle fonti e modelli teorici*, Padova, 2012; PELLEGRINI, *L'architettura di vertice dell'ordinamento finanziario europeo: funzioni e limiti della supervisione*, in *Riv. Trim. Dir. Econ.*, 2, 2012, p. 52 ss.; TROIANO, *L'architettura di vertice dell'ordinamento finanziario europeo*, in PELLEGRINI (a cura di), *Elementi di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2012, p. 541 ss.

[17] LIGHT – SKINNER, *Banks and Climate Governance*, in *Columbia Law Review*, 121, 6, 2021, pp. 1895-1956.

[18] CAPRIGLIONE, *La supervisione finanziaria dopo due crisi. Quali prospettive*, in Suppl. n. 1 della *Riv. Trim. Dir. Econ.*, 2022, p. 3 ss.

[19] Sul ruolo della BCE nella crisi Ucraina, si v. JONES, *The War in Ukraine and the European Central Bank*, in *Survival*, 64, 4, 2022, pp. 111-119.

necessità di una regolazione tecnica specializzata per il mercato finanziario interno[20]. Da questa esigenza sono nate le prime grandi riforme *Lamfalussy* del 2001-2004[21], la quali hanno gettato le fondamenta per un sistema di *governance* istituzionale basato sul coordinamento per la vigilanza del sistema finanziario dell'UE, assumendo la forma organizzativa dei comitati di regolazione nazionale. Come si può intuire, l'obiettivo era quello di adattare la regolamentazione per consentire un livello più elevato di integrazione finanziaria e di adeguarla agli sviluppi del mercato[22]. Va detto che, in simile modello di *governance*, un ulteriore aspetto di fragilità di non poco conto era rappresentato dalla gestione del mercato bancario transfrontaliero, dove la vigilanza degli istituti di credito ospitanti e di origine era sostanzialmente affidata alle autorità nazionali.

Tale aspetto, unito alla mancanza di un efficace coordinamento delle autorità nazionali sul fronte del mercato bancario paneuropeo, non era irrilevante per l'economia dell'UE, soprattutto per ciò che concerneva l'allocazione delle perdite. In un simile contesto, l'allineamento degli incentivi istituzionali rivolti alle autorità a vario titolo coinvolte nella vigilanza delle banche era estremamente complesso, anche in ragione delle *policies* monetarie delle stesse autorità sul fronte della politica economica degli Stati membri dell'UE.

---

[20] DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano, 2012, p. 15 ss. e p. 241 ss.

[21] ALFORD, *The Lamfalussy Process and EU Bank Regulation: Another Step on the Road to Pan-European Regulation?*, in *Annual review of banking & financial law*, 25, 1, 2006. In sostanza, il fulcro della riforma *Lamfalussy* era il rafforzamento del coordinamento in materia di vigilanza con l'obiettivo di far convergere le migliori pratiche delle autorità nazionali nell'ambito della supervisione prudenziale. Non è difficile comprendere che tutto ciò era fatto sempre nell'ottica di un *design* istituzionale del sistema bancario europeo prevalentemente "decentrato". Tuttavia, sebbene fossero stati istituiti con il fine di coordinare la vigilanza nel mercato interno, i comitati *Lamfalussy* fungevano per lo più da organi di regolamentazione, specialmente di *soft law*, oltre che di supporto alla Commissione europea per quel che concerneva il processo di elaborazione di norme tecniche del settore bancario. Ciò anche perché, nella riforma *Lamfalussy* la procedura di risoluzione delle crisi non faceva parte della *governance* bancaria o di vigilanza dell'UE e la stessa regolamentazione bancaria si basava principalmente sulle norme del Comitato di Basilea relative al capitale bancario.

[22] Per la disamina dei rapporti bancari e finanziari derivanti dall'integrazione economica europea con particolare riguardo alle fonti normative si v. CAPRIGLIONE, *Fonti normative*, in ID. (a cura di), *L'ordinamento finanziario italiano*, *op.cit*., p. 13 ss., ma si v. anche ID., *La finanza come fenomeno di dimensione internazionale*, *ivi*, p. 124 ss.

Se si guarda indietro alla situazione che vi era prima della grande crisi del 2008[23], si può osservare, in effetti, che il sistema di regolamentazione del settore bancario e la stessa organizzazione della *governance* bancaria europea non affrontavano in modo adeguato la vigilanza transfrontaliera, la risoluzione delle crisi e la protezione dei depositi[24]. Non è un caso che la crisi finanziaria del 2008 abbia mostrato tutta la fragilità della *governance* bancaria europea, con la mancanza di un *backstop* fiscale[25] che garantisse una equilibrata mutualizzazione delle perdite e con misure nazionali di sostegno e salvataggio degli istituti di credito in difficoltà o in procinto di fallire, gravanti in particolar modo sui bilanci degli Stati e quindi, conseguentemente, sui contribuenti.

Non a caso una norma cardine come l'articolo 107 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) sul divieto di aiuti di Stato è divenuta uno dei principali strumenti giuridici con cui i governi dell'UE hanno gestito le crisi finanziarie[26]. Anzi, proprio il fatto che gli Stati membri hanno fatto ricorso alla

[23] Sulla crisi finanziaria del 2008, anche da una prospettiva storica, NÜTZENADEL, *The financial crisis of 2008 – Experience, memory, history*, in *Journal of Modern European History*, Vol. 19, 1, 2021, pp. 3-8.

[24] FERRARINI e CHIARELLA, *Common banking supervision in the Eurozone: Strengths and weaknesses*, in *ECGI law working paper No. 223/2013*.

[25] Nella letteratura non troviamo una definizione generalmente riconosciuta del concetto di "*backstop* fiscale". In termini economici e finanziari, con il termine "*backstop*" si fa riferimento a un tipo di assicurazione o di sostegno di ultima istanza, mentre con il termine fiscale si fa riferimento alla capacità economica di uno Stato. In tal senso, può dirsi che il *backstop* fiscale è il sostegno finanziario di ultima istanza di uno Stato per creare quella rete di sicurezza di cui necessita il sistema bancario, al fine di evitare eventuali eventi sistemici. Come vedremo nel corso della trattazione, la presenza di un forte sostegno fiscale al sistema bancario può tuttavia avere conseguenze sull'organizzazione della vigilanza e della risoluzione delle crisi bancarie. Sull'argomento, si v. SCHOENMAKER, *On the Need for a Fiscal Backstop to the Banking System*, in HAENTJENS - WESSELS (eds.), *Research Handbook on Crisis Management in the Banking Sector*, Cheltenham, 2015, pp. 42-54; AVGOULEAS – GOODHART, *An Anatomy of Bank Bail-ins. Why the Eurozone Needs a Fiscal Backstop for the Banking Sector*, in *European Economy*, 2, 2016, pp. 75-90.

[26] Sugli aiuti di Stato nel settore bancario si v. COLOMBINI – PASSALACQUA (a cura di), *Mercato e banche nella crisi: regole di concorrenza e aiuti di Stato*, Napoli, 2012; LENER, *Risoluzione e aiuti di Stato. Alcuni orientamenti della Commissione europea a confronto*, in *Anal. Giur. Econ*., 2, 2016, p. 581 ss.; ANTONUCCI, *Gli "aiuti di Stato" al settore bancario: le regole d'azione della regia della Commissione*, in *Studi sull'integrazione europea*, 3, 2018, p. 587 ss.; RAGANELLI, *Gli aiuti di Stato alle banche nel contesto della crisi finanziaria, Nota a CGUE, Grande sezione, 19 luglio 2016 (causa C-526/14)*, in *Giorn. Dir. Amm*., 6, 2016, p. 773 ss.; CIRAOLO, *Il finanziamento «esterno» delle*

disposizione dell'art. 107, par. 3, lett. *b*), TFUE, la quale permette gli aiuti in vista di porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro[27], mostra come durante le crisi a prevalere sia stata evidentemente una logica tesa alla preservazione degli interessi nazionali su quelli comunitari.

Una simile logica ha prodotto un ingente costo per l'economia pubblica dell'UE, con il prezzo dei salvataggi bancari che è diventato un importante capitolo del PIL europeo nelle fasi più acute della crisi[28]. Ecco perché si può affermare che al di là dei cospicui interventi introdotti dalla BCE a sostegno della liquidità del settore bancario, i principali istituti di credito e lo stesso sistema finanziario dell'UE si sono praticamente trovati ad un passo dal fallimento. Il risultato appare chiaro: il mercato bancario paneuropeo si è sfaldato, perdendo quel livello di integrazione raggiunto grazie alle riforme *Lamfalussy*.

2.2. Il primo passo verso una riforma radicale della *governance* del sistema finanziario a seguito della grave crisi del 2008 si ha nel 2011 con la costituzione del Sistema Europeo di Vigilanza Finanziaria (SEVIF)[29], un vasto programma politico e istituzionale volto a rafforzare l'attuazione coerente delle norme, il coordinamento

risoluzioni bancarie. Tra tecniche normative e diritto vivente, Padova, 2018; CANEPA, *Il difficile equilibrio fra concorrenza e aiuti di Stato nella crisi: ruolo e scelte della Commissione nel settore bancario*, in *Amministrazione in cammino*, 15 luglio 2016; ROSSANO, *Gli aiuti di Stato alle banche e le ritrattazioni della Commissione: tra distorsioni della concorrenza e (in)stabilità finanziaria*, in *Riv. Trim. Dir. Econ.*, 1, 2016, p. 1 ss.; DE POLI, *Caso Tercas: la commedia degli equivoci e degli inganni ed il tempo dell'illusione (svanita)*, in *Riv. Dir. Banc.*, luglio 2021, p. 1 ss.

[27] L'articolo 107 TFUE (*ex* articolo 87 del TCE) stabilisce al paragrafo 3, lett. b) che "[p]ossono considerarsi compatibili con il mercato interno: […] gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a *porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro*" (enfasi aggiunta).

[28] Si v. in tal senso *European Commission, European Financial Stability and Integration Report* 2013.

[29] Sul punto, si v. PELLEGRINI, *L'architettura di vertice dell'ordinamento finanziario europeo*, *op. cit.*, p. 62, dove l'A. chiarisce che, nell'ottica di incentivare il coordinamento fra i diversi organi della vigilanza bancaria, "al SEVIF è assegnato il compito primario di garantire che la normativa di settore sia applicata in modo adeguato, con l'obiettivo di preservare la stabilità finanziaria, creare la fiducia nel sistema e garantire una sufficiente protezione dei consumatori dei servizi finanziari".

della vigilanza e la gestione delle crisi nel settore bancario[30]. Tuttavia, fulcro della riforma resta l'architettura della vigilanza prudenziale decentrata che, a partire dall'embrionale impianto realizzato dalla riforma *Lamfalussy*, si basa sui poteri amministrativi delle autorità competenti (le banche centrali), che operano in qualità di organi di supervisione delle attività degli intermediari regolamentati a livello nazionale, anche in relazione alle attività transfrontaliere[31].

In particolare, per quanto riguarda le due strutture fondamentali della vigilanza prudenziale e della risoluzione delle crisi, viene adottato un apposito pacchetto di norme[32] soprattutto in vista di colmare alcune lacune del sistema finanziario, ridurne i rischi e rendere il settore bancario più armonizzato nel mercato interno dell'UE. Si può dire che una delle principali sfide del SEVIF sia stata quella di prendere il controllo delle banche "*too big to fail*"[33], per le quali accanto ad una vigilanza di tipo macroprudenziale sono stati previsti *pool* di politiche microprudenziali[34]. Al contempo, la BCE con la riforma del SEVIF ha attuato una politica monetaria molto ambiziosa, intervenendo massicciamente nelle economie dell'eurozona nel ruolo di istituzione dell'UE responsabile della politica monetaria

[30] Per un'analisi generale sugli elementi che hanno portato agli sviluppi della crisi finanziaria di tipo sistemico sui mercati europei e internazionali, si v. CAPRIGLIONE, *Globalizzazione, crisi finanziaria e mercati: una realtà su cui riflettere*, in COLOMBINI – PASSALACQUA (a cura di), *op. cit.*, p. 14 ss.

[31] Sul sistema europeo di vigilanza bancaria dal punto di vista della allocazione dei poteri, si v. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, *op. cit*., p. 79 ss.; ANTONIAZZI, *La Banca centrale europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Torino, 2013, p. 187 ss.; TEIXEIRA, *The Regulation of the European Financial Market After the Crisis*, in DELLA POSTA-TALANI (eds.), *Europe and the Financial Crisis*, London, 2011, p. 9 ss.

[32] Si tratta del regolamento (UE) n. 575/2013 sui requisiti patrimoniali (CRR), della direttiva 2013/36/UE, sempre sui requisiti patrimoniali (CRD IV), della direttiva sul risanamento e la risoluzione delle crisi bancarie (BRRD).

[33] Su cui si v. BROZZETTI, Ending of too big to fail *tra* soft law *e ordinamento bancario europeo. Dieci anni di riforme*, Bari, 2018.

[34] Sulla ricostruzione delle funzioni e dei poteri amministrativi di vigilanza prudenziali della Banca centrale europea, particolarmente fra la crisi del 2008 e il nuovo assetto del SEVIF, si v. ANTONIAZZI, *La Banca centrale europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, *op. cit.*, pp. 145 ss.

degli Stati membri[35].

Vero è che il SEVIF, come sottolineato anche nel rapporto *De Larosière*[36], istituisce un modello giuridico-organizzativo di tipo "decentrato" della *governance* bancaria basato sulle funzioni delle autorità nazionali in vista di ottenere una maggiore efficienza dall'attività svolta dalle ANC, in quanto organi più vicini ai mercati e agli istituti vigilati, oltre che un minore tasso di complessità legato alle forti divergenze politiche, economiche e legali esistenti fra i vari Stati membri dell'UE.

Tuttavia, tale modello organizzativo, sebbene abbia inciso notevolmente sull'architettura pregressa, non ha rivoluzionato la *governance* bancaria nel mercato interno dell'UE. È difficile, in effetti, negare che ci troviamo ancora di fronte ad un impianto in cui le autorità nazionali hanno mantenuto intatte le funzioni monetarie e di vigilanza, anche se tali poteri sono stati assoggettati a requisiti di coordinamento più sofisticati, compresi i requisiti di vigilanza di gruppo previsti dalla direttiva CRD IV del 2013[37]. Al contempo, non si può nascondere che la *governance* disegnata dal SEVIF è andata incontro ad alcune significative difficoltà sia dal punto di vista politico che giuridico, limitando di fatto il raggio d'azione del potere esecutivo di supervisione e risoluzione delle autorità europee di vigilanza nel sistema bancario dell'UE[38].

Tali difficoltà si sono palesate sia sul piano politico, dove alcuni Stati membri hanno mostrato forti resistenze alla cessione dei poteri esecutivi ai nuovi organi dell'UE, ciò soprattutto in virtù degli elevati costi della finanza pubblica sostenuti

[35] Sul ruolo della BCE nell'ambito delle riforme successive alla crisi finanziaria del 2008 con particolare attenzione alla crisi dei debiti sovrani in Europa, si v. CAPRIGLIONE – SEMERARO, *Il Security Market Programme e la crisi dei debiti sovrani*. *Evoluzione del ruolo della BCE*, in *Riv. Trim. Dir. Econ.*, 1, 2011, p. 257 ss.

[36] Su cui si v. MASERA, *La crisi globale: finanza, regolazione e vigilanza alla luce del rapporto* de Larosiere, in *Riv. Trim. Dir. Econ.*, 2009, p. 147 ss.

[37] Si v. SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione del gruppo bancario*, Torino, 2017, *passim*, ma spec. p. 101 ss.*;* ID., *Il gruppo bancario nella direttiva BRRD*, in *Riv. Trim. Dir. Econ.*, 4, 2017, p. 418 ss.

[38] Per una ricostruzione storica e un quadro teorico, si v. CHITI, *The Agencification Process and the Evolution of EU Law*, in CRAIG – DE BURCA (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2021, p. 123 ss. In precedenza, ID., *Le trasformazioni delle agenzie europee*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2010, p. 57 ss.

durante la crisi del 2008 per i salvataggi bancari, sia sul piano giuridico, dove un particolare peso ha avuto l'applicazione della dottrina *Meroni*[39] da parte della Corte di giustizia europea sulle ESAs, le quali hanno subito una limitazione *de facto* ai loro poteri decisionali.

2.3. È stato nitidamente messo in luce dalla dottrina come le crisi finanziarie possono plasmare la *governance* del sistema bancario[40]. Non è un caso che la rivoluzionaria riforma avviata nel 2014 e che ha portato all'accentramento della *governance* bancaria sia stata realizzata proprio in conseguenza della crisi finanziaria del 2008. Prima di un simile evento, una riforma di tale portata e la stessa realizzazione dell'Unione bancaria, con un disegno istituzionale imperniato sul trasferimento di rilevanti poteri esecutivi dagli Stati membri agli organi sovranazionali dell'UE attraverso i due meccanismi della supervisione e della risoluzione, difficilmente avrebbe avuto luogo in Europa.

A conferma di come le crisi finanziarie abbiano plasmato e continuino a plasmare tuttora la *governance* bancaria, gli ostacoli emersi dal modello di *governance* del SEVIF non hanno retto al veemente propagarsi della crisi finanziaria del 2008, cui ha fatto da sfondo il problematico intreccio fra lo stato di salute a livello di finanza pubblica di alcuni Stati membri dell'eurozona e lo stato di salute dei rispettivi sistemi bancari[41].

---

[39] Corte di Giustizia dell'UE, 13 giugno 1958, *impresa Meroni et co., industrie metallurgiche, spa* contro *Alta Autorità europea del Carbone e dell'Acciaio*, causa 9/56. Sulla dottrina Meroni, si v. CHAMON, *EU Agencies: Does the Meroni Doctrine Make Sense?*, in *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, 17, 2010, p. 281 ss.; LINTNER, *De/centralized decision making under the European resolution framework: does Meroni hamper the creation of a European resolution authority?*, in *European Business Organization Law Review*, 18, 3, 2017, pp. 591-616.

[40] Si v. CAPRIGLIONE – TROISI, *L'ordinamento finanziario dell'UE dopo la crisi*, *op. cit.*, *passim*, ma spec. p. 51 ss. Secondo gli AA., la crisi finanziaria "ha indotto a rivedere i meccanismi relazionali" degli Stati membri dell'UE e "ha evidenziato l'esigenza di *disegnare* ed *attuare* un *modello tecnico organizzativo* a base del quale vi sia uniformità di regole e condivisione delle politiche economiche" (enfasi aggiunte).

[41] Si v. CAPRIGLIONE, *Globalizzazione, crisi finanziaria e mercati: una realtà su cui riflettere*, in *Concorrenza e mercato*, 2012, p. 867 ss.; ID., *Crisi bancarie e crisi di sistema. Il caso Italia*, in

L'inasprirsi degli eventi legati alla crisi ha messo in evidenza i limiti di un modello organizzativo decentrato basato solo sul coordinamento delle autorità nazionali competenti. La crisi finanziaria ha così rivelato in Europa uno scenario in cui gli Stati membri hanno fatto ricorso a costosissimi salvataggi bancari, anche se tali salvataggi sono stati messi in atto per evitare il crollo della liquidità e il conseguente collasso del sistema finanziario. Del resto, gli interessi dei Paesi europei nella regolazione, supervisione e risoluzione delle crisi del settore bancario erano nettamente differenti e riflettevano i modelli economici adottati a livello domestico[42]. Inoltre, non può essere sottovalutato l'importante ruolo che ha giocato la differente struttura che le banche hanno assunto nei vari Stati membri[43].

In tale contesto le politiche di salvataggio delle banche hanno scatenato a loro volta una crisi del debito sovrano[44]. Ciò è avvenuto anche in ragione del fatto che il mercato ha perso fiducia nella capacità degli Stati di adempiere alle proprie obbligazioni, a fronte degli ingenti esborsi di risorse pubbliche messe in campo per impedire il fallimento dei principali istituti di credito nazionali, trasformando così la

Federalismi.it, 6, 2020, p. 1 ss.; CHITI, *Le risposte alla crisi della finanza pubblica e il riequilibrio dei poteri dell'Unione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, p. 313 ss.; ID., *Le istituzioni europee, la crisi e la trasformazione costituzionale dell'Unione*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2012, p. 783 ss.; SICLARI, *Crisi dei mercati finanziari, vigilanza, regolamentazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2009, p. 45 ss.

[42] Vale a dire il modello dell'economia liberale di mercato, dove il mercato rappresenta la fonte principale di finanziamento dello Stato e il modello dell'economia coordinata di mercato, dove il finanziamento avviene soprattutto attraverso il sistema bancario. Su questi aspetti si v. HALL – SOSKICE (eds.), *Varieties of Capitalism. The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford, 2001.

[43] Vi sono paesi in cui risulta una prevalenza di enti di grandi dimensioni (Francia) e Paesi dove a prevalere sono gli istituti di piccole e medie dimensioni (Germania, Austria e Italia). In Germania le banche "meno significative" sono 1368, mentre in Austria 432 e Italia 131. In Francia, si contano appena 74 istituti di credito di piccole e medie dimensioni. Per questi dati, si v. *Single Resolution Board*, *Work Programme 2020*, p. 16.

[44] CAPRIGLIONE – SEMERARO, *Crisi finanziaria e dei debiti sovrani*, *op. cit.*, *passim*, ma sul punto spec. 22 ss., dove la "crisi dei debiti sovrani" viene individuata "nella spinta recessiva riveniente delle turbolenze finanziarie" da cui deriva "un'aspettativa di incapacità degli Stati nel ridurre il proprio debito". Secondo gli AA., dunque, si assiste ad un "fallimento dei modelli teorici" prevalenti, i quali vengono soppiantati da una "crescente (e spesso esasperata) *finanziarizzazione* dell'economia". Fatto, quest'ultimo, che incentiva il fenomeno della "concorrenza per il mercato", su cui si v. CAPRIGLIONE, *Ordine giuridico e processo economico nell'analisi di* law and economics, in PELLEGRINI (a cura di), *Elementi di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2012, p. 25 ss.

crisi finanziaria dell'UE in una crisi del debito sovrano dell'eurozona[45].

È in un simile scenario che, per reagire alla crisi multidimensionale esplosa nel 2008, il legislatore europeo adotta una serie di misure volte a rafforzare l'integrazione finanziaria nell'UE attraverso modelli organizzativi "accentrati". Se considerate nel loro insieme, le varie misure hanno dato vita a un quadro caratterizzato da diversi elementi. In primo luogo, l'integrazione finanziaria viene realizzata attraverso l'istituzione di un nuovo quadro normativo dell'UE. In secondo luogo, la regolamentazione è accompagnata da una vigilanza finanziaria rafforzata, svolta da reti amministrative transnazionali dominate funzionalmente dalle autorità di vigilanza europee. In terzo luogo, solo all'interno dell'eurozona, vengono "accentrate" sia la supervisione che la risoluzione delle crisi bancarie. In quarto luogo, l'integrazione finanziaria viene concepita in modo da includere la stabilità finanziaria[46].

2.4. L'Unione bancaria europea poggia le sue basi su due modelli operativi, che si applicano ai paesi dell'eurozona e ai paesi non appartenenti a quest'ultima su base volontaria[47]. I regolamenti che istituiscono i due modelli centralizzati per la vigilanza e la risoluzione degli intermediari bancari rappresentano, nel quadro della nuova architettura della regolazione dei mercati finanziari, l'attuale nucleo giuridico su cui si fonda essenzialmente l'Unione bancaria, almeno nei termini per cui è stata concepita come componente fondamentale dell'Unione economica e monetaria dell'UE[48]. Il

[45] Si v. GASPARINI CASARI, *Una calda estate. Note preliminari sulla crisi dei 'debiti sovrani'*, in *Dir. Econ.*, 2011, p. 521 ss.
[46] Su questi aspetti, si v. DELLA CANANEA, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Bari, 2003; FRANCHINI – CHITI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2010; VESPERINI – CHITI, *The Administrative Architecture of Financial Integration: Institutional Design, Legal Issues, Perspectives*, Bologna, 2016.
[47] Si v. SORACE, *I "pilastri" dell'Unione bancaria*, in CHITI – SANTORO (a cura di), *L'Unione bancaria europea*, *op. cit.*, p. 91 ss.
[48] Sul processo di "accentramento" della *governance* nell'Unione bancaria europea si v. TORCHIA, *La nuova governance economica dell'Unione europea e l'Unione bancaria*, in CHITI – SANTORO (a cura di), *L'Unione bancaria europea*, *op. cit*., p. 53 ss., ma spec. pp. 55-58.

terzo modello sul sistema europeo di assicurazione dei depositi, non avendo superato le forti obiezioni della Germania[49], non è ancora operativo. Pertanto, la *governance* dell'UE in materia di tutela dei depositi è sprovvista di un apparato esecutivo per l'eurozona e rimane principalmente una funzione delle norme armonizzate a livello del mercato interno[50].

È interessante notare, poi, sul versante dell'analisi economica, come la politica dell'UE[51] sulla realizzazione di una *governance* bancaria accentrata abbia preso le mosse dall'intento di realizzare un *backstop* fiscale che fosse in grado di offrire al mercato un apparato organizzativo solido per affrontare le crisi degli istituti di credito e che rompesse quell'intreccio che si è visto fra le posizioni di finanza pubblica degli Stati membri – particolarmente quelli dell'eurozona – e i loro settori bancari. Si può osservare, in effetti, che con l'aggravarsi della contrazione globale della liquidità nei settori del credito, soprattutto durante le recenti crisi, i mercati monetari hanno iniziato a bloccarsi, interrompendo una fonte essenziale di liquidità bancaria. Non è un caso che il sistema finanziario dell'UE si sia ritrovato sull'orlo del collasso, soprattutto in quanto i principali gruppi bancari, incapaci di reperire liquidità per far fronte alle loro passività a breve termine, hanno rischiato di fallire.

In sostanza, si può affermare che in assenza di una solida struttura "centrale" di *governance* istituzionale dell'UE per coordinare l'impegno di vigilanza e la risoluzione ordinata delle crisi bancarie, le prime fasi caotiche di risposta alla crisi sono state fortemente caratterizzate da misure di sostegno nazionali e dal relativo

[49] Nel 2015 la Commissione ha presentato una proposta per istituire un sistema comune di protezione dei depositi (EDIS). Si v. *Council of the European Union https://www.consilium.europa.eu/en/ policies/banking-union/* (consultato il 22 agosto 2022).

[50] Va osservato, che la direttiva inerente ai sistemi di garanzia dei depositi del 2014, sebbene abbia rafforzato in modo rilevante il regime armonizzato di tutela dei depositi, anche grazie a regole che disciplinano preventivamente i requisiti di finanziamento, non provvede ad un regime mutualizzato di protezione dei depositi, pur prevedendo il prestito reciproco e volontario tra i differenti sistemi di garanzia dei depositanti.

[51] Per un approfondimento teorico sull'influenza del diritto positivo dell'UE sui settori del diritto pubblico dell'economia, si v. PICOZZA, *L'incidenza del diritto comunitario (e del diritto internazionale) sui concetti fondamentali del diritto pubblico dell'economia*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comun.*, 1996, p. 242 ss.

carico di oneri. Di conseguenza, hanno dominato gli interessi nazionali, compresi quelli relativi alla protezione dei sistemi bancari nazionali attraverso il costoso salvataggio degli istituti in procinto di fallire.

Eppure, l'Unione bancaria non ha ancora attuato un *backstop* fiscale credibile ed efficace per l'eurozona, tale cioè da far fronte ad una grave crisi finanziaria sistemica come quella del 2008. È significativo osservare come le due recenti crisi dovute alla pandemia da coronavirus e alla guerra in Ucraina, abbiano fatto riemergere tale criticità[52]. D'altre parte, non può mettersi in dubbio che le funzioni e i poteri amministrativi, soprattutto quelli a carattere esecutivo messi in atto tramite i due regimi centralizzati di vigilanza e risoluzione unitamente alla solida gestione del rischio, richiesta in via preventiva agli istituti di credito mediante il *corpus* di regole bancarie unico (*single banking rule-book*)[53], siano stati pensati per limitare al minimo i pericoli dei dissesti finanziari e dei relativi costi per i contribuenti, oltre che dei rischi per la stabilità dei mercati. Tuttavia, è parimenti chiaro che un certo affidamento resti tuttora riposto sul sostegno finanziario nazionale da parte degli Stati membri dell'UE, ritenuto tale sostegno come ultima risorsa e soggetto alla comunicazione della Commissione sugli aiuti di Stato[54].

3. Si è detto che i due modelli organizzativi, il primo per la vigilanza prudenziale e il secondo per la risoluzione delle crisi, sono il fulcro della *governance* bancaria accentrata e più in generale dell'Unione bancaria[55], giacché implementano per l'eurozona, oltre che per gli Stati membri non appartenenti a tale area ma comunque aderenti su base volontaria, quel *single banking rule-book* delle norme di

[52] Su cui si v. CAPRIGLIONE, *La supervisione finanziaria dopo due crisi*, *op. cit*., *passim.*
[53] Sul *single banking rule-book*, si v. BABIS, *Single Rulebook for prudential regulation of banks: mission accomplished?*, in *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper Series no 37/2014*, July 2014.
[54] Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione, dal 1° agosto 2013, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria.
[55] Sul punto si v. SAVINO, *L'organizzazione amministrativa dell'Unione Europea*, in MARCHETTI – DE LUCIA (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015, p. 39 ss.

supervisione e risoluzione degli istituti di credito europei in vista della "uniformità e omogeneità delle regole e della vigilanza"[56].

Tuttavia, i due modelli centralizzati non esauriscono l'universo degli elementi della *governance* bancaria operanti nel mercato interno e nell'eurozona. Una congerie di organi e poteri amministrativi costella l'universo bancario europeo e rende ancora più interessante la ricerca sulle relazioni interorganiche e funzionali che esistono e si alimentano fra le varie componenti della *governance* bancaria, consentendo di sostenere quella "rete"[57] di rapporti fra elementi centrali e periferici che forgia l'architettura policentrica e multilivello disegnata dal legislatore comunitario e che favorisce il pluralismo amministrativo[58].

In questo scenario, come si vedrà di seguito, noi riteniamo che la cooperazione fra centro e periferia della vigilanza bancaria possa giocare un ruolo fondamentale per il buon andamento e l'efficienza del sistema bancario europeo.

3.1. Della composita architettura dell'Unione bancaria europea fa parte il Meccanismo di vigilanza unico (MVU)[59]. L'MVU, come modello di supervisione

[56] TORCHIA, *La nuova governance economica dell'Unione europea e l'Unione bancaria*, *op. cit.*, pp. 58-59.

[57] Sempre sulla *governance* a "rete", oltre alla letteratura già citata, per una eccellente ricognizione, si v. BÖRZEL, *Organising Babylon. On the Different Conceptions of Policy Networks*, in *Public Administration*, 76, 1998, p. 253 ss.

[58] Per una impostazione generale sull'argomento, si v. AVBELJ, *Constitutional and Administrative Pluralism in the EU System of Banking Supervision*, in *German Law Journal*, vol. 17, 5, *Special Issue Democracy and Financial Order*, 01 October 2016, pp. 779-798; PERNICE, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, Eur. Law Rev., 27, 511, 2002, p. 514 ss.; BILANCIA – PIZZETTI, *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Milano, II ed., 2007; D'ATENA, *Costituzionalismo multilivello*, Torino, 2008; CERRINA FERONI, *Verso il meccanismo unico di vigilanza sulle banche. Ruolo e prospettive dell'European Banking Authority*, in *Federalismi.it*, 17, 2014.

[59] Per un quadro teorico sull'MVU, si v. CAPRIGLIONE, *L'Unione bancaria*, *op. cit.*, *passim*, che chiarisce come tale meccanismo segni un'importante tappa nel processo di integrazione europea tramite un progetto tecnico che mira a rafforzare la costruzione dell'UE. Per ulteriori approfondimenti sull'MVU si v. ANTONIAZZI, *Il meccanismo di vigilanza prudenziale. Quadro d'insieme*, in CHITI – SANTORO (a cura di), *L'Unione bancaria europea*, *op. cit.*, p. 175 ss. Inoltre, si v. FERRAN – BABIS, *The European Single Supervisory Mechanism*, in *Journal of Corporate Law Studies*, 13, 2, 2013, pp. 255-285.

sovranazionale dell'UE istituito con il regolamento 1024/2013[60], pone gli intermediari bancari dell'eurozona (circa 6.000 banche), direttamente e indirettamente, sia sotto il controllo della BCE[61] – la quale nella presente trattazione diremo che funge da "organo centrale" – sia sotto il controllo delle autorità di vigilanza nazionali – le quali invece rappresentano, sempre nell'ambito della presente trattazione, gli "organi periferici" della *governance* bancaria multilivello dell'UE.

Sta qui un aspetto fondamentale per la nostra ricerca. Se guardiamo al modello giuridico-organizzativo dell'MVU, potremmo argomentare l'esistenza di una *governance* multilivello a "rete" in cui la BCE, in qualità di organo centrale, svolge un ruolo di coordinamento della supervisione bancaria, mentre le autorità nazionali (ANC)[62], in qualità di organi periferici, "cooperano" nell'esercizio delle loro funzioni[63] al fine di assicurare il funzionamento efficace e coerente del sistema[64].

Secondo la nostra impostazione, quello appena abbozzato è un modello che può essere idoneo a costruire una vigilanza bancaria orientata alla "omogeneizzazione" e "standardizzazione"[65] delle forme operative e particolarmente dei poteri prudenziali e, quindi, anche un modello promettente in vista di rafforzare la collaborazione amministrativa fra gli Stati membri dell'UE e rendere più efficiente il sistema economico nel suo complesso.

Una prima conferma della validità del modello proposto emerge dal dato del diritto positivo europeo, dove viene prevista una ripartizione dei compiti spettanti ai

[60] Regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio del 15 ottobre 2013 che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi.
[61] Per queste considerazioni si v. URBANI, *I rapporti tra la banca e le autorità di vigilanza nel nuovo contesto dell'Unione Bancaria*, in *Ricerche giuridiche*, vol. 7, 2, Dicembre 2018, p. 121 ss., ma sul punto spec. p. 128 ss.
[62] Ivi, art. 6, par. 1, primo capoverso.
[63] Ivi, art. 6, par. 1, secondo capoverso.
[64] Si v. BINDER, *Close cooperation within the SRM: centralised decision-making, decentralised implementation–shared responsibilities*, EBI Working Paper series no. 46, Frankfurt am main, 2019.
[65] CAPRIGLIONE, *L'Unione bancaria*, *op. cit.*, pp. 83-86.

vari organi – centrale (BCE) e periferici (ANC)[66] – sulla base della distinzione circa le rispettive funzioni amministrative, con una vigilanza di tipo microprudenziale di competenza della Banca centrale e di una vigilanza macroprudenziale generalmente spettante alle autorità nazionali, anche se sotto la "supervisione" della BCE[67].

Si tratta di una costruzione che, per quanto riguarda l'attribuzione di un ruolo preminente alla BCE all'interno del modello unico di vigilanza, poggia le sue basi normative sull'art. 127 TFUE, par. 6[68], disposizione con la quale il legislatore europeo ha inteso attribuire all'organo centrale dell'MVU "compiti specifici in merito alle politiche che riguardano la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle altre istituzioni finanziarie"[69]. Inoltre, non è irrilevante osservare, su quest'ultimo aspetto, come la Corte di giustizia[70] abbia in sostanza confermato, seppure *ratione materiae*, la legittimità del modello di *governance* "accentrato" dell'MVU con riferimento al ruolo dell'organo centrale, la BCE, nel contesto delle *policies* sulle *Outright Monetary Transactions* (OMT)[71].

Sembra opportuno sottolineare come, specialmente sul terreno della regolazione amministrativa, la vigilanza prudenziale della BCE, ma la stessa cosa vale

[66] Regolamento (UE) n. 1024/2013, artt. 4-6.

[67] Sulla distinzione fra vigilanza microprudenziale e vigilanza macroprudenziale, si v. CAPRIGLIONE, *La finanza come fenomeno di dimensione internazionale*, in ID (a cura di), *L'ordinamento finanziario italiano*, *op. cit.*, p. 185, che chiarisce come la prima sia relativa alla valutazione dei rischi dei singoli intermediari bancari, mentre la seconda tipologia attiene alle criticità del sistema finanziario con ripercussioni anche sul singolo istituto oltre che sullo stesso sistema finanziario nel suo complesso.

[68] CAPRIGLIONE, *L'Unione bancaria*, *op. cit.*, *passim*.

[69] Art. 107, par. 6.

[70] Corte di Giustizia UE, (Grande Sezione), 16 giugno 2015, causa C-62/14, *Peter Gauweiler e a.* contro *Deutscher Bundestag*, dove la Corte ha respinto ogni possibile richiesta di illegittimità di un programma chiave, l'OMT, ideato dalla BCE al culmine dell'euro-crisi.

[71] Si tratta del sistema di operazioni di acquisto di titoli di Stato sul mercato secondario, poste in essere allo scopo di mitigare lo *spread* relativo ai debiti degli Stati sovrani. Su queste *policies* della BCE, si v. MATTASSOGLIO, *Banchieri centrali a confronto*, in BUZZACCHI (a cura di), *La Banca Centrale Europea. Il custode della Costituzione economica*, Milano, 2017, pp. 127-156, ma spec. p. 152. Inoltre, si v. anche v. FABBRINI, *After the OMT Case: The Supremacy of EU Law as the Guarantee of the Equality of the Member States*, in *German Law Journal*, 16, 4, 2015, pp. 1003-1023, dove l'A., per riaffermare la supremazia del diritto dell'UE, sostiene che questo principio è funzionale a garantire l'uguaglianza degli Stati membri di fronte alla legge, impedendo a ciascun Paese dell'UE di scegliere le disposizioni comunitarie che più preferisce.

per le ANC, inserendosi nel contesto della libera concorrenza, tutelata e incentivata dall'ordinamento europeo, attiene ad una funzione pubblicistica di prevenzione e mitigazione del rischio cui vanno incontro gli intermediari bancari nello svolgimento dell'attività economica in un contesto di mercato regolamentato[72]. Per tale ragione, la clausola della "sana e prudente" gestione, a cui è improntata la supervisione degli intermediari del credito da parte della BCE e delle ANC, rappresenta – diversamente per quanto accadeva in passato con una vigilanza di tipo strutturale – senz'altro il perimetro per la legittima applicazione dell'apparato disciplinare proprio del diritto positivo europeo nel contesto della supervisione bancaria[73].

Da questa particolare prospettiva da cui muove l'indagine, si può ritenere che il terreno della vigilanza prudenziale costituisca anche un importante banco di prova per saggiare la bontà del modello proposto sul versante funzionale dell'attività amministrativa. Su questo punto, la nostra tesi è che il legislatore europeo abbia elevato, come vedremo analizzando molteplici dati normativi che ne fanno espresso riferimento, la cooperazione nei vari livelli di governo a clausola generale di tipo procedimentale, in modo da conformare poteri e funzioni amministrativi degli organi di vigilanza al raggiungimento degli obiettivi fissati dallo stesso regolamento sull'MVU. A questo scopo passiamo ora ad analizzare funzioni e poteri della BCE che, per la loro natura e il contesto in cui vengono esercitati, fanno meglio cogliere il cruciale ruolo svolto dalla clausola della *cooperazione* sul versante dell'attività amministrativa dell'organo centrale.

3.2. La dottrina ha mostrato come la cooperazione sia necessaria a conformare

[72] Su cui si v. PASSALACQUA, *Diritto del rischio nei mercati finanziari*, *op. cit.*, p. 99 ss.; più di recente, ID., *Per una regolazione bancaria che «incoraggia e tutela il risparmio*, in *Riv. Trim. Dir. Econ.*, 4, 2021, p. 525 ss.

[73] Sui diversi tipi di vigilanza, si v. BRESCIA MORRA, *Le forme della vigilanza* in CAPRIGLIONE (a cura di), *L'ordinamento finanziario italiano*, *op. cit.*, p. 301 ss. Sullo stesso argomento, più recentemente, si v. BANI, *Regolazione strutturale contro regolazione prudenziale: gli insegnamenti delle crisi*, Torino, 2012, pp. 125 ss.

poteri e funzioni in vista di indirizzare l'azione amministrativa degli organi verso obiettivi prefissati dalle norme europee e più in generale dalle stesse *policies* dell'UE[74]. In tal senso, ai nostri fini, riteniamo possa leggersi quella disposizione che richiede alla BCE di esercitare le proprie funzioni con l'obiettivo di contribuire alla sicurezza e alla solidità delle banche, nonché alla stabilità del sistema finanziario nel suo complesso, sia all'interno dell'UE che di ciascuno Stato membro, nel pieno rispetto dell'unità e dell'integrità del mercato finanziario e sulla base della parità di trattamento delle banche, anche allo scopo di prevenire il delicato problema dell'arbitraggio regolamentare[75].

Il ruolo nevralgico della cooperazione nell'architettura della *governance* amministrativa bancaria disegnata dal legislatore europeo con la riforma del modello unico di vigilanza che conferisce all'organo centrale poteri diretti di supervisione e di *enforcement*[76], è confermato da una serie di competenze affidate alla BCE dalla normativa di settore[77]. Si tratta di un'ampia gamma di poteri che l'organo centrale è chiamato a condividere con gli attori periferici della supervisione prudenziale, in quanto incidono direttamente sugli intermediari creditizi e travalicano i confini nazionali, facendo cogliere il segnale di un processo di collaborazione e condivisione di poteri amministrativi fra autorità e organi a diversi livelli di governo[78].

A nostro modo di vedere, sempre sul versante della conformazione dei poteri prudenziali al canone della cooperazione, non meno importanti risultano le funzioni di *soft law* di cui dispone la BCE come organo centrale dell'MVU nell'ambito dell'adozione di orientamenti, raccomandazioni, decisioni e regolamenti di portata generale, i quali sono affidati a tale organo in virtù della posizione che esso mantiene

[74] Sul punto PASSALACQUA, *Diritto del rischio*, *op. cit.*, p. 266, argomentando con riferimento ai mercati finanziari, ritiene che la "cooperazione amministrativa diviene ancor più irrinunciabile".
[75] Regolamento (UE) n. 1024/2013, art. 1, par. 1.
[76] Si v. CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, in *Dir. Pubbl.*, 3, 2013, p. 975 ss.
[77] Si v., MOLONEY, *European Banking Union*, *op. cit.*, p. 1625 ss.
[78] Sul punto si v. TORCHIA, *La nuova governance economica dell'Unione europea e l'Unione bancaria*, *op. cit.*, p. 59.

come *coordinatore* dei compiti di vigilanza nazionale delle ANC, oltre che come organo che garantisce il rispetto della normativa sulla trasparenza[79].

Va enfatizzato, infine, che la clausola generale della cooperazione deve essere ricollegata al più generale principio di legalità dell'ordinamento europeo. In tal senso, potremmo affermare che la BCE, nell'adozione di tali ed altri poteri previsti dalla disciplina europea sulla vigilanza prudenziale, sia comunque tenuta ad applicare il pertinente regime armonizzato, specialmente quel *corpus* unico di regole previste dal diritto dell'UE per il settore bancario, vale a dire il *single banking rule-book*[80], anche prestando attenzione a conformare la sua azione sulla base delle pertinenti calibrazioni nazionali[81], e alle relative norme non legislative e delegate, compresi gli standard tecnici vincolanti e gli orientamenti emanati dall'ABE[82].

3.2.1. La conformazione dei poteri della BCE alla clausola della cooperazione procedimentale riveste carattere di particolare rilievo nell'ambito della supervisione sulle banche "significative". A livello delle funzioni amministrative, come è noto, specifici criteri di matrice economica definiscono la competenza esclusiva della BCE, in qualità di organo centrale del modello di vigilanza, con riguardo alla supervisione di tale tipologia di intermediari[83]. In questi termini, assume importanza la competenza

[79] Ivi, art. 6, par. 5, lett. *a*).
[80] Sul punto si v. Commissione europea, *European supervisory authorities proposals impact assessment*, SEC (2009)1234, 23.9.2009.
[81] Nel panorama italiano, per un inquadramento delle funzioni degli intermediari bancari, anche alla luce del nuovo assetto organizzativo europeo, si v. URBANI (a cura di), *L'attività delle banche*, Padova, 2020.
[82] Su questi strumenti si v. GARDELLA, *L'EBA e i rapporti con la BCE e con altre autorità di supervisione e di regolamentazione*, in CHITI – SANTORO, *L'Unione bancaria europea*, *op. cit*., p. 115 ss., ma spec. pp. 124-130. Sui rapporti fra BCE e ABE, si v. DEL GATTO, *Il problema dei rapporti tra la Banca centrale europea e l'Autorità bancaria europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, pp. 1221 ss.
[83] Regolamento (UE) n. 1024/2013, art. 6, par. 4. Più nel dettaglio, possiamo osservare come l'assegnazione delle banche soggette alla vigilanza diretta dell'organo centrale dell'MVU avviene utilizzando una serie di criteri legati alle dimensioni, all'importanza economica e all'impronta transfrontaliera. In particolare, l'art. 6, par. 4, del regolamento (UE) n. 1024/2013 stabilisce la competenza esclusiva della BCE sulle banche il cui valore totale delle attività supera i 30 miliardi di

della BCE a seguito della notifica da parte di una ANC con cui viene deciso che una banca riveste un'importanza significativa in relazione all'economia nazionale. In tal caso, non è difficile supporre che spetti ad una valutazione discrezionale di natura tecnica della BCE decidere se confermare o meno tale significatività sulla base di un esame approfondito dell'ente creditizio in questione, compresa l'analisi sullo stato patrimoniale della banca vigilata[84].

Va detto che, nei casi in cui vi sia attività discrezionale, a maggior ragione se di tipo tecnico come nei casi sopra menzionati, se il nostro ragionamento funziona, una clausola generale come la cooperazione fra organi risulterebbe di grande utilità. Ciò perché, come detto, guardare alla cooperazione come *modus operandi* dell'azione amministrativa servirebbe a conformare funzioni e poteri dei vari attori in gioco in vista di ottenere la migliore soluzione prevista dalla normativa e dai principi generali dell'ordinamento europeo per il caso specifico.

Nei casi dove, invece, l'azione sia vincolata e quindi la discrezionalità pressoché assente, la cooperazione fra organi risulterà di più agevole gestione, non avendo margini di apprezzamento differenti rispetto a quelli già fissati nelle leggi europee per i singoli casi.

3.2.2. L'utilità della cooperazione come clausola conformativa dei poteri della BCE può ravvisarsi anche nel contesto dei poteri di supervisione dell'organo centrale sulle banche "meno significative". In quest'ambito, una disposizione contenuta nell'art. 6, par. 5, lett. *b*) del regolamento (UE) n. 1024/2013 è di particolare interesse

euro o il rapporto tra le attività totali e il PIL dello Stato membro partecipante supera il 20%, a meno che il valore totale delle attività sia inferiore a 5 miliardi di euro.

[84] Inoltre, sono di competenza dell'organo centrale gli istituti di credito che ricevono o richiedono assistenza finanziaria pubblica dal Fondo europeo di stabilità finanziaria (FESF) o dal meccanismo europeo di stabilità (MES), così come le tre banche più significative di ciascuno Stato membro partecipante, a meno che, in quest'ultimo caso, la loro esclusione sia giustificata da circostanze particolari che fanno venire meno l'attribuzione della significatività. La BCE può anche classificare d'ufficio una banca come significativa, qualora quest'ultima abbia le sue filiali in più di uno Stato membro partecipante e le attività o passività transfrontaliere rappresentino una parte rilevante delle attività o passività totali.

per la nostra discussione. Si tratta della nota regola che assegna alla BCE la possibilità di esercitare la *vigilanza diretta* anche sulle banche meno significative, generalmente di competenza delle ANC, tutte le volte che ciò sia necessario ad assicurare l'applicazione coerente di "standard di vigilanza elevati".

Dal tenore letterale di questa disposizione, già a prima vista si può osservare che ci troviamo di fronte ad una delle funzioni amministrative più importanti di cui dispone l'organo centrale all'interno del meccanismo unico di supervisione bancaria. In termini più precisi, sulla base di tale regola, potremmo dire che la BCE vanta un potere amministrativo generale, a carattere tecnico-discrezionale e di ampia portata – anche se pur sempre inserito nei canoni della funzione regolatoria e non conformativa del mercato[85] – che conferisce a tale organo la vigilanza diretta sulle banche "meno significative", generalmente di competenza degli organi periferici (ANC).

Dal momento che siamo di fronte ad una regola che assegna, almeno sulla carta, un ampio potere discrezionale all'organo centrale, riteniamo di fondamentale importanza assoggettare un simile potere della BCE al canone procedimentale della cooperazione, prevedendo forme di collaborazione fra l'organo centrale e gli organi periferici della supervisione bancaria, oltre che un ruolo *attivo* degli stessi organi periferici, non solo per quanto riguarda la loro *partecipazione* alla procedura, ma soprattutto in vista di esercitare funzioni di *controllo* e *garanzia* con riguardo a tale particolare tipologia di potere che la BCE può esercitare nei confronti di intermediari bancari generalmente supervisionati dalle ANC.

Nel diritto positivo, una conferma della nostra argomentazione può ritrovarsi nella disposizione di cui all'art. 6, par. 5, lett. *b*) del regolamento (UE) n. 1024/2013,

[85] PASSALACQUA, *Diritto del rischio nei mercati finanziari*, *op. cit.*, p. 100 ss., che chiarisce come il potere discrezionale della BCE e delle banche centrali, oggi inserito in un contesto concorrenziale dove le autorità pubbliche esercitano funzioni di regolazione e non di conformazione dei mercati, oltretutto nei limiti della disciplina del diritto positivo europeo, non possa avere che il fine di sottoporre gli intermediari bancari ad un vaglio secondo il canone della "sana e prudente gestione".

laddove viene stabilito che la supervisione diretta di una banca meno significativa da parte della BCE, in qualità di organo centrale, debba avvenire "previa consultazione dell'ANC" o "su richiesta di quest'ultima"[86] e quindi tramite la *cooperazione* degli organi periferici.

3.3. Un'importante conferma della validità della clausola della cooperazione procedimentale nell'ambito dei rapporti fra centro e periferia della vigilanza bancaria europea è fornita dall'orientamento della Corte di giustizia dell'UE nella nota sentenza *Landeskreditbank*[87]. Nell'ambito di una controversia inerente alla qualificazione di un istituto tedesco come banca significativa, la Corte di giustizia ha ricostruito la funzione di supervisione esclusiva della BCE[88] per l'esercizio dei compiti[89] previsti nell'art. 6, par. 1, del regolamento (UE) n. 1024/2013, ricomprendendo "tutti gli enti creditizi stabiliti negli Stati membri partecipanti *senza distinzione* tra gli enti significativi e gli enti meno significativi"[90].

[86] Sul punto, vanno menzionati i noti poteri amministrativi che la BCE possiede in merito all'autorizzazione e/o revoca dell'autorizzazione a svolgere l'attività bancaria e all'approvazione dell'acquisizione di partecipazioni qualificate in un ente creditizio. Si tratta di funzioni che l'organo centrale svolge sia con riguardo alla supervisione degli istituti di credito significativi, sia di quelli meno significativi.

[87] Per una approfondita analisi ed una disamina dei vari profili critici che presenta la decisione della Corte di giustizia europea nel caso *Landeskreditbank,* soprattutto per ciò che riguarda l'allocazione delle competenze e dei poteri di vigilanza fra centro e periferia nell'ambito dell'MVU, si v. ANNUNZIATA, *European Banking Supervision in the Age of the ECB: Landeskreditbank Baden-Württemberg - Förderbank v. ECB*, in *European Business Organization Law Review*, 21, 2020, pp. 545-570, ma sul punto spec. pp. 553-557.

[88] Cfr. Corte di giustizia dell'UE (prima sezione), *Landeskreditbank Baden-Württemberg Förderbank v. BCE*, 8 maggio 2019, caso C-450/17, punto 37. In particolare, la banca tedesca in questione aveva contestato sotto diversi profili l'illegittimità della decisione della BCE inerente alla classificazione come ente creditizio "significativo" ai sensi dell'articolo 6, par. 4, del regolamento (UE) 1024/2013. Su cui si v. MAGLIARI, *Il sistema di ripartizione delle competenze all'interno del Single Supervisory Mechanism: una questione di 'signifcatività'. Considerazioni critiche a margine della sentenza Landeskreditbank Baden Württemberg c. BCE,* in *Riv. Dir. Banc.*, 23, 2017, pp. 1-20. Per una sintesi del caso, si v. SCIASCIA, *Meccanismo unico di vigilanza: la parola fine sul caso LBW*, visionabile online al seguente link: *https://www.irpa.eu/pubblicazione/meccanismo-unico-di-vigilanza-la-parola-fine-sul-caso-lbw/* (consultato il 28 settembre 2022).

[89] Corte di giustizia dell'UE (prima sezione), *Landeskreditbank Baden-Württemberg Förderbank v. BCE*, 8 maggio 2019, caso C-450/17, punto 38.

[90] Ivi, punto 37, enfasi aggiunte.

Se, almeno a prima vista, appare chiaro che la Corte di giustizia sia orientata ad interpretare le disposizioni del regolamento (UE) n. 1024/2013 nel senso di uno spiccato "accentramento" delle funzioni e dei poteri amministrativi di controllo e supervisione degli intermediari bancari in capo alla BCE, con il conseguente ampliamento del ruolo 'autoritativo' dell'organo centrale, tuttavia non è di minore importanza osservare come la stessa Corte assegni, in più punti della citata sentenza, un certo rilievo a due fattori nodali della presente ricerca: vale a dire, da un lato, le funzioni e i poteri degli organi periferici e, dall'altro, la cooperazione fra BCE e ANC.

A ciò depone il ragionamento giuridico seguito dalla Corte nelle sue argomentazioni e particolarmente in due specifici punti del caso citato. Nel primo, sono enfatizzati i compiti delle ANC. Infatti, secondo la Corte "[è] vero che, in forza dell'articolo 6, paragrafo 1, del regolamento n. 1024/2013, la BCE assolve i suoi compiti nel quadro dell'MVU, composto dalla stessa e dalle autorità nazionali competenti", fatto questo che rende l'organo centrale "responsabile del funzionamento efficace e coerente dello stesso"[91]. Ma è pur vero, continua la Corte, che "in tale contesto, conformemente all'articolo 6, par. 6, del regolamento n. 1024/2013, le autorità nazionali competenti assolvono e sono responsabili dei compiti di cui all'art. 4, par. 1, lett. *b*), da *d*) a *g*) e *i*) di detto regolamento", ossia "adottando tutte le pertinenti decisioni di vigilanza in relazione agli enti creditizi […] meno significativi".

Nel secondo punto ad essere messa in luce è la collaborazione prestata dalle ANC come organi periferici di supervisione bancaria. La Corte conferma che gli organi periferici "assistono la BCE nell'esercizio dei compiti che il regolamento n. 1024/2013 le riconosce" mediante una significativa "attuazione decentralizzata" delle funzioni e dei poteri di vigilanza che l'MVU demanda a tali organi[92], fatto che, a nostro avviso, pone in risalto nuovamente il ruolo svolto dalla cooperazione nella *governance*

[91] Ivi, punto 39.
[92] Ivi, punto 41.

multilivello "a rete" del sistema bancario europeo[93].

4. Il meccanismo di vigilanza unico ha trasformato radicalmente l'architettura organizzativa della vigilanza europea, introducendo a nostro modo di vedere una *governance* bancaria multilivello a "rete" che appare ben differente rispetto al modello verticale di tipo gerarchico di *command and control*[94], dove l'organo centrale è individuato in una istituzione comunitaria come la BCE ed è affiancato da organi periferici, che, in veste di autorità nazionali competenti (ANC), "cooperano" con la Banca centrale al fine di garantire una supervisione coerente ed efficace per la stabilità finanziaria dell'UE e l'efficienza del sistema economico europeo nel suo complesso.

A nostro modo di vedere, gran parte di tale architettura e la stessa operatività di una clausola generale come la cooperazione non si sarebbero potute facilmente realizzare senza la predisposizione di un particolare assetto organizzativo della *governance* interna della BCE[95] di cui ora ci occupiamo in vista di completare la nostra indagine sull'organo centrale e passare all'analisi riguardante gli organi periferici della supervisione bancaria.

Bisogna subito dire che uno snodo fondamentale dell'assetto organizzativo dell'organo centrale è stata l'istituzione del Consiglio di vigilanza in seno alla BCE[96].

---

[93] Sul punto si v. CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, op. cit., *passim*; secondo l'A. la disciplina della vigilanza bancaria dà origine a un sistema inedito di "cogestione" dei poteri di regolazione e amministrativi in senso stretto e di integrazione di apparati tra BCE e autorità nazionali competenti.

[94] Sul passaggio da una *governance* verticale ad una reticolare, si v. OST – VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau. Pour une theorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

[95] Per un approfondimento sulla composizione della BCE, si v. ANTONIAZZI, *La Banca centrale europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, *op. cit.*, pp. 15-22.

[96] Per quanto riguarda la composizione interna, il Consiglio di vigilanza è formato dal presidente, che viene proposto dalla BCE e approvato dal Parlamento ad esclusione degli Stati membri dell'UE non partecipanti all'eurozona, dal vicepresidente che viene proposto dalla BCE nell'ambito del Comitato esecutivo e approvato dal Parlamento. Vi sono poi quattro rappresentanti della BCE, nominati dal Consiglio direttivo della stessa Banca centrale, i quali sono privi di poteri direttamente connessi ai compiti di politica monetaria.

Non a caso la creazione di tale organo interno ha rappresentato una tappa fondamentale di questo radicale mutamento dei modelli di governo degli intermediari bancari in Europa. Certamente, l'istituzione di un organo *ad hoc* per le funzioni di supervisione è stato concepito nell'ottica di porre argine al ben documentato rischio di conflitto di interessi legato alla combinazione delle funzioni monetarie e di vigilanza in capo alla BCE[97]. A questo scopo, il legislatore europeo ha fissato il principio della separazione delle funzioni di politica monetaria e di vigilanza della Banca centrale, prevedendo espressamente all'interno del modello di vigilanza un dovere di esercizio delle funzioni e dei poteri micro e macro prudenziali da parte dell'organo centrale che deve svolgersi "senza arrecare pregiudizio ai compiti di politica monetaria"[98].

Va detto che il principio di separazione in seno alla BCE fra poteri di vigilanza e di politica monetaria non è sostenuto solo dallo specifico mandato conferito all'organo centrale ai sensi dell'art. 1 del regolamento (UE) n. 1024/2013, sulla base peraltro della previsione di cui al citato art. 127 TFUE disciplinante la delega dei poteri di controllo prudenziali degli intermediari alla BCE da parte del Consiglio europeo, ma anche dalla collocazione del potere decisionale *de facto* sulle questioni relative all'MVU all'interno del nuovo Consiglio di vigilanza della Banca centrale.

A livello organizzativo, il principio di separazione viene implementato dalle disposizioni che prevedono l'autonomia del personale della BCE impegnato nei compiti di vigilanza rispetto al personale a cui sono demandate le funzioni di politica monetaria nell'ambito della *governance* interna dell'organo centrale. In tal senso depone quella disposizione che prescrive alla BCE e in particolare al Consiglio

[97] Sull'argomento, con particolare riguardo alle funzioni monetarie della BCE, si v. ZATTI, *Il controllo della BCE sulle economie nazionali*, in CAFAGNO - MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, *op. cit.*, pp. 487-508. Sul versante della vigilanza, si v. PACINI, *La "vigilanza prudenziale" tra banche centrali nazionali e Banca centrale europea*, in *Banca, Impresa, Società*, 2003, p. 355 ss.; VELLA, *Banca centrale europea, banche centrali nazionali e vigilanza bancaria: verso un nuovo assetto dei controlli nell'area dell'euro?*, in *Banca, Borsa, Titoli di Credito*, 2022, p. 150 ss.

[98] Regolamento (UE) n. 1024/2013, art. 25, par. 2, primo capoverso.

direttivo di svolgere le funzioni di politica monetaria e vigilanza "in modo completamente differenziato"[99], evitando quindi eventuali commistioni tra i compiti di politica monetaria e i compiti di vigilanza prudenziale e incentivando la cooperazione fra organi centrali e periferici della vigilanza bancaria.

Il quadro organizzativo è poi arricchito da una importante disposizione che prevede la cooperazione degli organi decentrati all'organo centrale tramite la partecipazione alla composizione interna del Consiglio di vigilanza da parte di rappresentati delle ANC, nel numero di uno per ogni Stato membro dell'UE[100]. L'assetto organizzativo della *governance* bancaria, per ciò che concerne particolarmente la distinzione delle funzioni e dei poteri di vigilanza prudenziale da quelli di politica economica, è perfezionato dal principio di indipendenza[101], con i suoi

[99] Ivi, art. 25, par. 2, secondo capoverso. A questo scopo la norma in questione richiede che le riunioni e gli ordini del giorno, relativi alle due funzioni della BCE – monetaria e di vigilanza – si svolgano in modalità tali da assicurare che gli stessi risultino "rigorosamente separati" e che comunque siano in grado di garantire una efficace "differenziazione" alle due funzioni.

[100] Ivi, art. 26, parr. 1-6. Per quanto concerne le delibere del Consiglio di vigilanza, queste sono adottate a maggioranza qualificata e senza tener conto del voto dei componenti degli Stati membri non partecipanti all'eurozona, mentre a ciascun membro della BCE spetta il diritto di voto. A differenza delle delibere, le decisioni del Consiglio di vigilanza sono adottate a maggioranza semplice dei componenti, i quali dispongono di un solo voto, mentre in caso di parità il voto del presidente risulta determinante.

[101] In particolare, l'art. 19 del regolamento (UE) n. 1024/2013 stabilisce che sia i membri del Consiglio di vigilanza, sia i componenti del Comitato direttivo "agiscono in piena indipendenza e obiettività nell'interesse dell'Unione nel suo complesso, senza chiedere né ricevere istruzioni da parte delle istituzioni, degli organismi dell'Unione, dai governi degli Stati membri, nonché dagli altri soggetti pubblici o privati". Sull'indipendenza della BCE nell'esercizio delle funzioni di vigilanza, si v. MATTASSOGLIO, *Dalla Banca d'Italia alla Banca Centrale Europea: come sono cambiate le modalità di finanziamento del debito*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comun.*, 5, 2016, p. 1145 ss.; nonché ID., *La Banca Centrale Europea come una Penelope schizofrenica?* in COCCO – LA PORTA (a cura di), *Il pendolo delle autonomie, tra aspirazioni federalistiche e tentazioni di semplificazione. Scritti in onore di Anna Marzanati*, Torino, 2018, pp. 181-194. Sulle relazioni fra organo centrale e organi periferici nello scenario della condivisione delle competenze, si v. MONACI, *Banca centrale europea e sistema europeo delle banche centrali: attori della governance comunitaria*, in AMMANNATI (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea*, Milano, 2008, p. 221 ss.; Sull'indipendenza della BCE nell'ambito delle relazioni con gli Stati dell'area dell'euro, si v. BEUKERS, *The new ECB and its relationship with the eurozone Member States: Between central bank independence and central bank intervention*, in *Common Market Law Review*, 50, 6, 2013, pp. 1579-1620.

aspetti positivi e negativi[102]. Fra quest'ultimi vi è la spinosa questione che suscita la posizione del Parlamento europeo per l'effettiva indipendenza dell'organo centrale europeo, dato il suo coinvolgimento nelle nomine chiave del Consiglio di vigilanza della BCE[103]. Allo stesso tempo, un'altra criticità di non poca importanza per l'indipendenza operativa dell'organo centrale è legata alla *governance* interna della BCE e al ruolo che gioca il Consiglio direttivo nell'ambito dei rapporti con il Consiglio di vigilanza, dati i possibili conflitti di interesse che possono sorgere nel processo decisionale.

Tuttavia, anche in questi casi, l'indipendenza e il rischio di conflitto di interessi legati all'influenza dei rappresentanti delle ANC in seno al Consiglio direttivo della BCE, possono essere mitigati grazie al criterio della cooperazione fra l'organo centrale e il gruppo di esperti di mediazione, che è stato pensato dal legislatore europeo con l'obiettivo di risolvere le divergenze dei pareri espressi dalle ANC degli Stati membri partecipanti in ordine ad un'obiezione del Consiglio direttivo relativo a un progetto di decisione del Consiglio di vigilanza[104].

Per l'operatività della clausola della cooperazione nei difficili equilibri tra funzioni di politica monetaria e vigilanza nella *governance* interna della BCE, una

[102] Ivi., art. 26, par. 8. Va osservato, tuttavia, che l'indipendenza della BCE può essere minata dal fatto che le decisioni vengono adottate dal Consiglio direttivo, in cui rimane predominante l'influenza dei governatori delle banche centrali nazionali dell'eurozona. Tuttavia, a nostro avviso, tale rischio può essere mitigato dalla procedura di silenzio-assenso, grazie alla quale una decisione del Consiglio di vigilanza si può considerare adottata a meno che il Consiglio direttivo non vi si opponga entro un certo lasso di tempo.

[103] Per un esame dei limiti dell'indipendenza della BCE, si v. FORDER, *The limits of 'independence' and the policy of the ECB*, in *Public Choice*, 125, 3-4, 2005, pp. 431-444. Sui profili di responsabilità della BCE, si v. DAWSON, BOBIC, MARICUT-AKBIK, *Reconciling Independence and accountability at the European Central Bank: The false promise of Proceduralism*, in *European Law Journal*, 25, 1, 2019, p. 75 ss.

[104] Ivi, art. 25, par. 5. La disposizione prevede che il gruppo di mediazione "[c]omprend[a] un membro per Stato membro partecipante, scelto da ciascuno Stato membro tra i membri del consiglio direttivo e del consiglio di vigilanza e decide a maggioranza semplice; ciascun membro dispone di un solo voto. La BCE adotta e rende pubblico il regolamento istitutivo di tale gruppo di esperti di mediazione e il relativo regolamento interno".

certa enfasi va posta sui sistemi di *accountability*[105]. Ciò in quanto i meccanismi introdotti dal legislatore europeo, specialmente con le disposizioni del TFUE, per rafforzare l'indipendenza dell'organo centrale all'interno del modello di vigilanza accentrata dell'MVU, sembrano aver "allentato" l'applicazione di solidi controlli di responsabilità alla BCE. Non è un caso che il nuovo assetto della responsabilità inserito nel contesto istituzionale dell'MVU sia piuttosto simile al generale regime di *accountability* previsto dal TFUE, anche se le disposizioni specifiche sulla responsabilità della Banca centrale sono più intrusive, giacché riflettono la necessità di robusti controlli nell'ambito della vigilanza prudenziale dell'eurozona.

Tale regime di accountability è il frutto dell'accentuata indipendenza di cui gli organi centrali e periferici ora godono come attori istituzionali incaricati della vigilanza prudenziale europea. Per questo l'MVU ha portato ad una rimodulazione del regime di *accountability* della BCE e delle ANC in vista di garantire una supervisione efficace e coerente nei confronti dei singoli intermediari bancari. Stante ciò, l'indipendenza della BCE va bilanciata con efficaci controlli di responsabilità, che devono essere applicati favorendo un'ampia cooperazione fra i vari enti deputati al controllo al fine di garantire la legittimità dell'azione prudenziale di tale organo.

In quest'ottica vanno richiamate le specifiche disposizioni del diritto positivo europeo in materia di *accountability*, secondo cui, in linea generale, la BCE è tenuta a rispondere dell'attuazione dell'MVU al Parlamento e al Consiglio[106]. Dal momento che

[105] Per un'analisi sull'*accountability*, anche se precedente all'istituzione dell'MVU, ma comunque sempre attuale, si v. CHITI, *L'*accountability *delle reti di autorità amministrative dell'Unione europea*, *op. cit*., p. 29 ss.

[106] Regolamento (UE) n. 1024/2013, art. 20, parr. 1 e 7. Inoltre, sempre in capo alla BCE sono fissati determinati obblighi di segnalazione e revisione periodica, i quali impongono all'organo centrale di riferire i dati relativi all'attività svolta al Parlamento e al Consiglio, oltre che all'Eurogruppo e alla Commissione. Poi, un controllo *ad hoc* è quello che viene esercitato dalla Corte dei conti europea sulle funzioni di vigilanza proprie della BCE nell'ambito dell'esame dell'efficienza operativa, effettuato dal giudice contabile ai sensi dello statuto del SEBC. Il SEBC è previsto dall'art. 282, par. 1, TFUE. Sull'organizzazione amministrativa derivante dal SEBC si v. le rilevanti osservazioni di MERUSI, *Governo della moneta e indipendenza della Banca centrale nella federazione monetaria dell'Europa*, in *Dir. Un. Eur*., 1997, p. 89 ss., che enfatizza il ruolo dell'organo centrale (la BCE), per quanto concerne la funzione di politica monetaria, rispetto al marginale ruolo degli organi periferici, ossia le

è largamente basato sui dispositivi di segnalazione istituzionale, si può sostenere che il regime di responsabilità della BCE debba essere per forza di cose esercitato mediante la cooperazione e la collaborazione dei vari soggetti e organi istituzionali tenuti al controllo della BCE.

Non è detto, tuttavia, che un simile regime sia in grado di contemperare la responsabilità e l'indipendenza della BCE. Senz'altro, i molteplici obblighi di rendicontazione cui l'organo centrale è sottoposto nell'ambito dell'MVU forniscono un indice con cui valutare l'efficienza e la trasparenza dell'azione della BCE nel raggiungimento degli obiettivi stabiliti dalla normativa europea[107], ma un ruolo cruciale sarà giocato dall'effettiva cooperazione che i vari organi deputati al controllo saranno in grado di mettere in campo.

5. L'architettura istituzionale della *governance* bancaria nell'ambito dell'MVU viene completata con l'istituzione delle autorità nazionali competenti (ANC) che, secondo l'impostazione qui proposta, costituiscono gli organi periferici della struttura organizzativa multilivello "a rete" disegnata dal legislatore europeo[108]. Il ruolo

banche centrali nazionali, nel contesto della *governance* progettata dal legislatore europeo con il SEBC.

[107] Sulla responsabilità e la trasparenza della BCE nell'ambito della discussione sulla sua indipendenza, si v. CURTIN, *Accountable Independence' of the European Central Bank: Seeing the Logics of Transparency*, in *European Law Journal*, 23, 1-2, 2017, pp. 28-44. Per una discussione sulla legittimazione democratica della BCE nel contesto del principio di indipendenza, si v. CIANCIO, *I nodi della governance europea: Euro, politica fiscale, bilancio unico dell'Unione. Per una nuova legittimazione democratica della BCE*, in *Federalismi.it*, 16, 2015, ma già prima si v. GORMLEY-DE HAAN, *The democratic deficit of the European Central Bank*, in *European Law Review*, 21, 1996, pp. 95 ss. Già in passato, sui profili critici della demarcazione fra funzioni e poteri monetari e di vigilanza, si v. GOODHART-SCHOENMAKER, *Should the Functions of Monetary Policy and Banking Supervision Be Separated?*, in *Oxford Economic Papers, New Series*, 4, 1995, p. 539 ss.; nonché sull'indipendenza della BCE nel suo controllo della politica monetaria, si v. GOEBEL, *Court of Justice Oversight Over the European Central Bank: Delimiting the ECB's Constitutional Autonomy and Independence in the OLAF Judgment*, in *Fordham International Law Journal*, 29, 4, 2005, pp. 610-654.

[108] Per la tesi della *governance* a "rete", si v. PASSALACQUA, *Diritto del rischio nei mercati finanziari*, *op. cit.*, pp. 269-277, che a questo proposito argomenta l'affermarsi del "pluralismo amministrativo e del sistema di amministrazione a '*rete*'" (p. 270, enfasi aggiunta). In senso favorevole, si v. anche DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, Padova, 2008,

cruciale svolto dalle ANC[109] come organi periferici dell'infrastruttura bancaria europea "accentrata" dell'MVU suggerisce, come sostenuto in questo articolo, la presenza non tanto di una organizzazione gerarchica di tipo verticale, improntata al tradizionale modello del *command and control*[110], quanto piuttosto di un modello reticolare in cui gli attori istituzionali, a vario titolo coinvolti nel meccanismo di vigilanza, sono legati da una fitta trama di funzioni e poteri amministrativi[111]. Su queste relazioni gioca un ruolo fondamentale, come argomentato, la cooperazione. Alla luce di una simile impostazione, appare interessante esplorare, come fatto prima per l'organo centrale, anche le principali funzioni degli organi periferici così come faremo di seguito, a partire dall'esame dei principali poteri di competenza delle ANC.

Si può dire che, nell'ambito dei compiti che ad esse spettano all'interno del modello europeo, le ANC costituiscono la sede predefinita delle funzioni e dei poteri amministrativi di tipo macroprudenziali[112]. Per meglio comprendere la sua

---

pp. 1-12, che considera le reti istituzionali dispositivi di "cooperazione" e attraverso le quali si può raggiungere una "decisione cooperata". Con riferimento al dibattito pre-crisi finanziaria del 2008, si v. AMOROSINO, *La governance delle banche fra Banca centrale europea e banche centrali nazionali*, in *Bancaria*, 2005, pp. 54-55. Secondo l'A., la *governance* delle banche coinvolge una pluralità di interessi generali quali l'interesse alla stabilità delle banche, ma anche la tutela dei risparmiatori; sicché appare chiaro che ci si trovi dinnanzi ad una organizzazione multidimensionale che coinvolge varie sfere, come quella della politica, della concorrenza e quella regolamentare dei mercati societari. Sul punto, sempre prima della crisi del 2008, si v. anche PELLEGRINI, *Banca centrale nazionale e Unione Monetaria Europea. Il caso italiano*, Bari, 2003.

[109] In tal senso, si v. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, *op. cit.*, p. 20, che chiarisce come "la Banca centrale europea, in veste di 'responsabile' della vigilanza unica, opera in virtù di compiti e poteri conferiti dalle autorità nazionali, di cui queste non sono interamente spogliate, tanto è vero che partecipano […] all'esercizio di tali compiti e poteri (artt. 1-4 del Regolamento 1024/2013)".

[110] In senso contrario si v. LO SCHIAVO, *The Single Supervisory Mechanism (SSM) and the EU Anti-Money Laundering framework compared: governance, rules, challenges and opportunities*, in *Journal of Banking Regulation*, 23, 2022, pp. 91-105, ma sul punto spec. p. 93 , che sostiene come l'MVU sia un modello "ibrido, con un sistema gerarchico di competenze", in quanto "l'attribuzione di compiti prudenziali è stata conferita esclusivamente alla BCE" cui si affianca "un modello parallelo di esercizio pratico delle responsabilità, con la BCE e le autorità nazionali garanti della concorrenza che condividono la vigilanza in corso tra istituzioni 'significative' e 'meno significative'"[traduzione mia].

[111] In senso favorevole, si v. CIRAOLO, *Il Regolamento UE n. 1024/2013 sul meccanismo unico di vigilanza e l'unione bancaria europea. Prime riflessioni*, *op. cit.*, p. 15, secondo cui l'MVU viene concepito dal legislatore "come una rete di autorità, strutturata attorno ad una complessa ripartizione di competenze tra il livello centrale e quelli periferici".

[112] Sul punto, CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, *op. cit.*, p. 20.

importanza, anche dal punto di vista economico, la vigilanza macroprudenziale mira più precisamente ad aumentare la solidità economica del sistema finanziario[113], limitando l'accumulo di vulnerabilità nel tempo, e a controllare le fragilità strutturali che potrebbero derivare dalle interconnessioni, nonché a monitorare costantemente le cc.dd. banche *too big to fail*[114].

L'obiettivo di portata generale della vigilanza macroprudenziale è pertanto quello di identificare, valutare e mitigare il rischio per il sistema finanziario nel suo complesso, in modo che non si creino alterazioni gravi a tal punto da innescare una recessione economica[115]. Gli obiettivi intermedi della politica macroprudenziale possono essere anche legati alle esternalità che si manifestano attraverso le dimensioni del rischio sistemico[116]. Per pensare ad un caso concreto, le misure macroprudenziali sono in grado di attenuare l'impatto del coefficiente patrimoniale sui prestiti, in particolare durante una crisi e possono avere alcune implicazioni per i responsabili politici nell'ambito dell'attuazione di norme volte a ridurre l'assunzione di rischi da parte dei mutuatari.

Da questo punto di vista e in un'ottica *cooperativa*, dunque, le ANC possono chiedere alla BCE di fissare requisiti più elevati in materia di riserve di capitale, in

[113] Sul punto si v. ANGELINI – NICOLETTI ALTIMARI – VISCO, *Macroprudential, microprudential and monetary policies: conflicts, complementarities and trade-offs*, in *Occasional Papers Series, n. 140, Banca d'Italia*, 2012; GUALANDRI - NOERA, *Rischi sistemici e regolamentazione macroprudenziale*, in BISONI – GUALANDRI – LANDI – LUSIGNANI (a cura di), *Scritti in onore di Marco Onado*, Bologna, 2014; BURLON – GERALI – NOTARPIETRO – PISANI, *Non-standard monetary policy, asset prices and macroprudential policy in a monetary union*, in *Journal of International Money and Finance*, 88, 2018, pp. 25-53; CERUTTI – CLAESSENS – LAEVEN, *The use and effectiveness of macroprudential policies: New Evidence*, in *Journal of Financial Stability*, Vol. 28, 2017, pp. 203-224; FAHR – FELL, *Macroprudential policy: closing the financial stability gap*, in *Journal of Financial Regulation and Compliance*, 25, 4, 2017, pp. 334-359.

[114] RADEK, *An Overview of Micro and Macroprudential Policy Tools in the EU in the Times of the COVID-19 Pandemic Economic Shock*, in *Studia Europejskie – Studies in European Affairs*, 2, 2021, p. 49 ss., ma sul punto spec. pp. 50-51.

[115] Ivi, p. 52. Si v. anche ALIN-MARIUS, MELNIC, NISTOR, *Effects of Macroprudential Policy on Systemic Risk and Bank Risk Taking*, in *Finance a úvěr-Czech Journal of Economics and Finance*, no. 68, 3, 2018.

[116] Sul punto si v. GALATI – MOESSNER, *What Do We Know About the Effects of Macroprudential Policy*?, in *Economica*, no. 85, 340, 2018, pp. 735-770.

conformità alla direttiva CRD IV e al regolamento CRR, comprese le riserve di capitale anticicliche, quando ciò sia necessario per far fronte ad una situazione specifica del sistema finanziario e dell'economia. In verità, sempre agli stessi fini, le ANC possono chiedere all'organo centrale di applicare misure più rigorose per affrontare rischi sistemici dovuti ad esempio ad una grave crisi di una banca[117]. In questi casi, la normativa europea prevede espressamente che la BCE sia tenuta a "coopera[re] strettamente con le autorità nazionali"[118].

Le ANC, sempre in un'ottica cooperativa, rivestono un importante ruolo di supporto dell'organo centrale in qualità di organi decentrati del modello di supervisione bancaria, dal momento che sono responsabili della preparazione e dell'attuazione di tutte quelle funzioni che, come abbiamo visto, sono formalmente di competenza della BCE[119]. Questo ruolo di supporto è confermato anche dalla previsione che assegna alle autorità nazionali la competenza residuale per tutte le altre misure non espressamente attribuite alla BCE e che siano utili a far fronte ai problemi sistemici e di sicurezza in ambito bancario[120].

In effetti, va enfatizzato il fatto che l'MVU è appunto un meccanismo e non un'unica entità di vigilanza e, sebbene sia fortemente associato all'attività di supervisione prudenziale dell'organo centrale, in tale meccanismo un ruolo cruciale per l'efficace e coerente svolgimento dei compiti della BCE va riconosciuto alle ANC, come organi decentrati che sono chiamati a cooperare, al pari dell'organo centrale, in

[117] Regolamento (UE) n. 1024/2013, art. 5, parr. 2-3.
[118] Ivi, art. 5, par. 4. Nel caso di specie, l'organo centrale di vigilanza notifica la propria intenzione alle ANC dieci giorni lavorativi prima di adottare una decisione. Qualora una delle autorità interessate sollevi un'obiezione, essa deve motivare le sue ragioni per iscritto entro cinque giorni lavorativi. La BCE dovrà tenere debitamente in considerazione tali ragioni prima di procedere con la decisione.
[119] Prima dell'Unione bancaria, per una lettura dell'impianto di governance multilivello fra centro e periferia nell'ambito della vigilanza prudenziale, si v. MERUSI, *Stato e mercato: convergenze e divergenze nei diritti amministrativi in Europa*, in AA.VV., *La convergenza dei diritti amministrativi in Europa*, Atti dell'incontro di studio svoltosi a Roma, Palazzo Spada, 13 giugno 2000, Milano, 2002, p. 45 ss.
[120] Regolamento (UE) n. 1024/2013, art. 5, par. 1.

vista dell'assolvimento efficiente delle rispettive funzioni[121]. Sempre nell'ambito delle funzioni macroprudenziali, la cooperazione può essere incentivata grazie anche alla previsione di appositi *memorandum* d'intesa che sono stipulati con le ANC degli Stati membri dell'UE non partecipanti all'eurozona[122].

Nell'attuale organizzazione multilivello e reticolare della *governance* bancaria europea, sebbene abbiano perduto molte delle loro originarie funzioni, le ANC conservano ancora importanti poteri di tipo microprudenziale. Non è un caso che, ad eccezione delle autorizzazioni, acquisizioni e cessioni delle banche – come il potere amministrativo di rilasciare e revocare l'autorizzazione agli enti creditizi di esclusiva competenza della BCE[123] – alle ANC siano assegnati gli stessi poteri microprudenziali dell'organo centrale, ma con riguardo alle banche "meno significative"[124]. Le ANC, in virtù di siffatta valutazione, possono imporre alle banche obblighi specifici in materia di fondi propri aggiuntivi e specifici requisiti di informativa e di liquidità[125]. Sempre con riguardo agli istituti di credito meno significativi, le autorità nazionali svolgono il controllo su base consolidata sulle imprese madri delle banche stabilite in uno degli Stati membri partecipanti, comprese le società di partecipazione finanziaria e le società di partecipazione finanziaria mista[126].

6. Nel corso della ricerca è stata evidenziata in più occasioni, dal punto di vista del diritto positivo, l'importanza della cooperazione procedimentale fra centro e periferia nell'esercizio delle funzioni e dei poteri amministrativi all'interno della

[121] MOLONEY, *European Banking Union*, *op. cit.*, p. 1630.
[122] Regolamento (UE) n. 1024/2013, art. 6, par. 3, secondo capoverso.
[123] Ivi, art. 4, par. 1, lett. *a*).
[124] Ivi, art. 6, par. 6. A questo riguardo, le ANC sono competenti a svolgere valutazioni microprudenziali per il controllo sui requisiti dei fondi propri, cartolarizzazione, limiti ai grandi rischi, liquidità, leva finanziaria, segnalazione e informativa al pubblico, inclusi gli *stress test* e la loro pubblicazione, per appurare se i dispositivi, le strategie, i processi e i meccanismi adottati dalle banche, nonché i fondi propri da esse detenuti, assicurino una gestione solida dell'ente e garantiscano in modo coerente la copertura dei rischi di mercato.
[125] Regolamento (UE) n. 1024/2013, art. 4, par. 1, lett. *f*).
[126] Ivi, art. 4, par. 1, lett. *g*).

supervisione bancaria, mostrando anche le significative ricadute di tale clausola generale sul versante dell'organizzazione amministrativa. Ulteriori e importanti riferimenti normativi vanno ora presi in considerazione, al fine di offrire un quadro sistematico completo e una migliore visione d'insieme delle argomentazioni sostenute nel presente articolo.

Vero è che il diritto positivo europeo e lo stesso regolamento (UE) n. 1024/2013 prevedono in più parti la clausola della cooperazione come criterio direttivo dell'azione e dell'organizzazione amministrativa della BCE e delle ANC nelle procedure di supervisione bancaria. È significativa, a tal riguardo, la disposizione del citato regolamento laddove, nell'ambito dell'intero quadro della supervisione prudenziale propria dell'MVU, assoggetta l'organo centrale ad "un dovere di cooperazione in buona fede" e a un "obbligo di scambio di informazioni" con gli organi periferici[127]. Altrettanto rilevante è la disposizione con cui viene previsto che la BCE "cooper[i] strettamente" con le autorità nazionali competenti nell'ambito degli specifici "poteri di vigilanza e di indagine"[128].

Forme specifiche di "stretta" cooperazione sono alla base della vigilanza prudenziale degli Stati membri partecipanti la cui moneta non è l'euro e che hanno deciso di affidare alla BCE la supervisione sulle banche del proprio territorio. In simili casi, una particolare tipologia di cooperazione procedimentale si instaura tra la BCE e l'ANC di uno Stato membro partecipante la cui moneta non è l'euro a seguito di una decisione adottata dalla stessa Banca centrale e in presenza di determinate condizioni[129].

[127] Ivi, art. 6, par. 2.
[128] Ivi, art. 9, par. 2.
[129] Ivi, art. 7, par. 2, lett. *a*), *b*), *c*). Le condizioni sono le seguenti: *i*) lo Stato membro interessato comunica agli altri Stati membri, alla Commissione, alla BCE e all'ABE la richiesta di instaurare una cooperazione stretta con la BCE relativamente all'esercizio dei compiti di vigilanza macro e micro prudenziale per tutti gli enti creditizi; *ii*) nella comunicazione lo Stato membro interessato si impegna ad assicurare che la propria ANC rispetti gli orientamenti o le richieste della BCE e a comunicare tutte le informazioni sugli enti creditizi stabiliti in tale Stato membro di cui la BCE può aver bisogno per sottoporli ad una valutazione approfondita; *iii*) lo Stato membro interessato deve adottare una

Sempre dal punto di vista del diritto positivo europeo, un tassello normativo di particolare importanza è costituito dal regolamento (UE) n. 468/2014[130]. Le disposizioni di tale normativa rappresentano, assieme al regolamento (UE) n. 1024/2013, il tessuto disciplinare di riferimento per l'esercizio delle funzioni e dei poteri amministrativi dei vari organi responsabili della supervisione bancaria nell'ambito del modello di vigilanza unico, con ricadute rilevanti anche per il meccanismo di risoluzione delle crisi (SMR).

Nella prospettiva della cooperazione tra i diversi attori istituzionali coinvolti nei procedimenti di controllo degli intermediari bancari è interessante notare come la stessa rubrica del regolamento (UE) n. 468/2014 faccia espressamente riferimento ad un "quadro di cooperazione nell'ambito del meccanismo di vigilanza unico tra la banca centrale europea e le autorità nazionali competenti"[131]. Il fatto che si tratti di un obiettivo primario è confermato già nelle premesse della normativa europea, dal momento che il *considerando* (9) del citato regolamento rivela come uno degli obiettivi preminenti sia quello di "sviluppa[re] e specifica[re] ulteriormente le procedure di cooperazione stabilite dal regolamento sull'MVU tra la BCE e le ANC" in vista di garantirne "un funzionamento efficace e coerente"[132]. Nella stessa direzione va anche il *considerando* conclusivo (11) del regolamento (UE) n. 468/2014, dove può leggersi che per il "corretto funzionamento dell'MVU, è essenziale che vi sia una piena cooperazione tra la BCE e le ANC e che le stesse condividano tutte le informazioni che possono incidere sui rispettivi compiti"[133].

Che la cooperazione, intesa come clausola generale di tipo procedimentale,

pertinente normativa nazionale per assicurare che l'ANC sia tenuta, nei confronti degli enti creditizi, alle misure chieste dalla BCE ai sensi della disciplina sull'MVU.

[130] Regolamento (UE) n. 468/2014 della Banca centrale europea del 16 aprile 2014 che istituisce il quadro di cooperazione nell'ambito del meccanismo di vigilanza unico tra la banca centrale europea e le autorità nazionali competenti e con le autorità nazionali designate, (Regolamento quadro sull'MVU).

[131] *Ibid*.

[132] Ivi, *Considerando* (9).

[133] Regolamento (UE) n. 468/2014, *Considerando* (11).

abbia un certo peso nel contesto dei rapporti istituzionali fra i vari organi deputati alla vigilanza degli intermediari bancari europei, è una circostanza che viene confermata anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. La fondamentale pronuncia sul caso *Landeskreditbank*, esaminata in questo articolo (*cfr.* paragrafo 3.2.3), chiarisce in più punti la rilevanza di tale clausola richiamando espressamente il testo del *considerando* (9) del regolamento (UE) n. 468/2014 sulle "procedure di cooperazione […] tra la BCE e le autorità nazionali competenti nell'ambito dell'MVU", in vista di garantire "un funzionamento efficace e coerente di detto meccanismo"[134].

In conclusione, si può sostenere come tali forme di "condivisione" di funzioni e poteri amministrativi fra livello sovranazionale e nazionale, fra organo centrale e organi periferici, fra BCE e ANC, siano la dimostrazione tangibile, nel diritto positivo dell'UE, della volontà di realizzare un modello di *governance* efficiente, in cui i differenti livelli di governo dialoghino fra loro attraverso la più ampia cooperazione procedimentale e al contempo, le criticità, le problematiche e i limiti insiti nei precedenti modelli siano superati dalla realizzazione di un assetto organizzativo multilivello a "rete" alternativo al classico modello verticale di tipo gerarchico di *command and control*[135].

7. Nei paragrafi precedenti, attraverso l'interpretazione dei dati del diritto positivo europeo, abbiamo cercato di mettere in luce i fondamenti argomentativi per sostenere una *governance* bancaria multilivello a "rete".

Alla ricerca di un modello giuridico-organizzativo di tipo "cooperativo", come alternativa al tipico modello verticale e gerarchico di *command and control*, questo

[134] Corte di giustizia dell'UE (prima sezione), *Landeskreditbank*, *cit.*, punti nn. 42 e 43.

[135] Sul punto si v. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, *op. cit.*, p. 20, che, come già accennato, parla di un "ordine giuridico 'a cascata', non gerarchico, ma ordinato su più piani", includendo il modello dell'MVU in un modello più ampio, composto da almeno tre livelli organizzativi, di cui il secondo di questi livelli è costituito dalla BCE, responsabile dell'MVU, operante nell'eurozona, "del quale però fanno parte anche le ANC, con obbligo di cooperazione". Su cooperazione e coordinamento nell'MVU si v. anche MACCHIA, *Modelli di coordinamento della vigilanza bancaria*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2, 2016, pp. 367-402.

studio ha inteso enfatizzare il ruolo cardine che gioca e può giocare la cooperazione come *clausola generale di tipo procedimentale* nell'ambito dei rapporti fra gli organi centrali e periferici di vigilanza degli intermediari bancari, quale canone direttivo dell'azione e della stessa organizzazione amministrativa in vista di comporre i conflitti e incentivare l'efficienza del sistema economico europeo nel suo complesso.

Si è cercato inoltre di porre in evidenza i punti di forza e le criticità che si palesavano nella ricostruzione dell'impianto normativo e disciplinare del sistema bancario europeo nell'ambito del meccanismo di vigilanza prudenziale. In particolare, attraverso la ricostruzione della complessa architettura che è seguita alla monumentale riforma del 2014, partendo dagli antefatti che hanno portato alla grande crisi del 2008 e passando per l'esame dei più recenti dati normativi e delle prassi dell'UE, questa ricerca ha inteso analizzare la fitta trama di relazioni organizzative e l'intricato mosaico di funzioni e poteri amministrativi di cui a più livelli, nella composita architettura della *governance* bancaria europea, sono stati protagonisti i principali attori istituzionali centrali e periferici.

Partendo dai risultati ottenuti nei precedenti paragrafi con l'indagine sui modelli di *governance* bancaria nell'ambito del meccanismo di vigilanza, in questa parte conclusiva dell'articolo si discutono, da un lato, le principali criticità e i rischi insiti nell'architettura organizzativa e procedimentale realizzata dal legislatore europeo, suggerendo alcune possibili soluzioni e, dall'altro, si enfatizzano i vantaggi che deriverebbero da tale modello di *governance*.

Anzitutto, guardando ad un livello più generale dell'analisi sulla *governance* bancaria, possiamo osservare che il modello giuridico-organizzativo di vigilanza potrebbe presentare alcune significative criticità nella stessa infrastruttura portante prescelta dal regolatore europeo. In effetti, il meccanismo che governa i processi di supervisione può essere considerato vulnerabile per via della ripartizione delle competenze fra elementi centralizzati e decentralizzati fatta principalmente sulla

base del modello di classificazione per "significatività" previsto per il modello dell'MVU.

Ci sono alcuni buoni motivi, tuttavia, per sostenere la bontà e l'efficacia di un simile impianto di *governance*. Uno su tutti è l'inefficienza cui andrebbe incontro un modello organizzativo e procedimentale di *governance* in cui l'organo centrale della vigilanza sia responsabile di tutti gli intermediari bancari dell'eurozona. In altri termini, la competenza esclusiva della BCE per quanto concerne la supervisione sulle oltre 6000 banche dell'area euro sarebbe alquanto impraticabile e comunque si presterebbe facilmente ad inefficienze e difficoltà operative di non poco conto, cui si aggiungerebbero i costi di transazione e gli oneri amministrativi conseguenti ad una gestione esclusivamente accentrata.

Inoltre, consegnare la responsabilità di tutti gli istituti di credito al solo organo centrale significherebbe sacrificare quel *know-how* maturato dalle autorità nazionali nella loro lunga tradizione di organi deputati alla vigilanza degli intermediari bancari in ambito domestico.

Ma vi è di più. Per quanto si è argomentato nella presente ricerca con riferimento alla clausola della cooperazione, un accentramento "totale" delle funzioni e dei poteri amministrativi in capo all'organo centrale potrebbe far venir meno quel *processo dialettico* fra organi di differente livello, favorendo possibili comportamenti opportunistici dell'organo che detiene la responsabilità esclusiva dei compiti, il quale si sentirebbe legittimato, ogniqualvolta lo ritenesse opportuno, a sottrarsi ad un confronto "sul campo" con le autorità nazionali di riferimento.

A nostro modo di vedere, dunque, una *governance* multilivello a "rete"[136] che condivide poteri accentrati con poteri dislocati sui territori contribuisce a mitigare il

[136] Si è visto come la tesi sia stata avanzata dalla dottrina specialistica. Si v. AMMANNATI, Governance *e regolazione attraverso reti*, *op. cit.*, *passim*, che argomenta sulla creazione e sui poteri/funzioni delle reti come strumenti giuridici di *governance*. Per questa tesi nell'ambito dei mercati finanziari e con riferimento al controllo del rischio, si v. PASSALACQUA, *Diritto del rischio nei mercati finanziari*, *op. cit.*, p. 265 ss.

rischio di un organo centrale, troppo distante dalle dinamiche territoriali e che dunque adotta decisioni inefficienti per le singole componenti del mercato e comunque non ottimali per il sistema economico nel suo complesso.

Un altro aspetto problematico attiene sempre alla "significatività" delle banche come criterio di riparto delle competenze e dell'allocazione dei poteri amministrativi fra i diversi livelli di governo[137], vale a dire fra ambito sovranazionale/centrale per gli istituti di credito significativi e ambito nazionale/decentrato per gli istituti di credito meno significativi.

Se potessimo ipotizzare che in linea di principio tale criterio di riparto sia ragionevole, data l'appropriata suddivisione dei compiti sulla base della rilevanza dell'intermediario su cui vengono esercitate le varie funzioni previste dalla normativa bancaria, tuttavia sul versante pratico non possiamo escludere a priori, ma anzi potremmo semmai confermare stante le recenti crisi finanziarie, come le banche meno significative abbiano rilevanti implicazioni a livello sistemico.

Ciò accade a maggior ragione quando i criteri di classificazione prescelti per tali istituti si prestano ad essere modellati da valutazioni di carattere politico o comunque discrezionale, per lo più tesi a privilegiare gli interessi nazionali piuttosto che essere retti principalmente da contenuti tecnico-economici orientati a favorire l'interesse generale.

Un'altra criticità di rilievo che può essere connaturata alla *governance* multilivello a "rete" è quella del cattivo uso dei poteri discrezionali da parte delle autorità nazionali, derivante dall'eccesso di delega dell'organo centrale all'organo periferico. Si tratta di una preoccupazione basata sul fatto che, nell'ambito del meccanismo unico europeo di vigilanza, l'allocazione di funzioni e poteri amministrativi alle autorità nazionali, come ad esempio alle banche centrali degli

[137] Sull'allocazione dei poteri nella governance bancaria europea, si v. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, *op. cit.*, p. 19. Si v. anche PREDIERI, *Non di solo euro. Appunti sul trasferimento di poteri al Sistema europeo delle banche centrali e alla Banca centrale europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 1998, p. 27 ss.

Stati membri dell'UE, non è una semplice questione di organizzazione interna, ma è piuttosto una delegazione esterna, dal momento che organi centrali e periferici mantengono la loro autonomia organizzativa.

Tuttavia, una soluzione per limitare in modo significativo tale criticità potrebbe derivare dalla costante applicazione delle *policies* regolatorie elaborate dagli organi centrali nelle materie della vigilanza e della gestione delle crisi e dall'implementazione delle norme disciplinari contenute nel *single rule-book* bancario da parte delle autorità nazionali.

Si tratta di criticità che, come argomentato nel presente articolo, possono essere superate o almeno mitigate nel loro impatto globale dall'applicazione della clausola di cooperazione.

Si è visto in più punti dell'analisi, come significativi vantaggi del modello giuridico-organizzativo prescelto dal legislatore europeo possano essere individuati nel diritto positivo europeo, grazie ai puntuali riferimenti sulla cooperazione che sono disseminati sia nel regolamento (UE) n. 1024/2013 istitutivo dell'MVU, sia nel successivo regolamento (UE) n. 468/2014[138] contenente un vero e proprio quadro di regole sul "rafforzamento dei livelli di cooperazione" fra organi centrali e periferici nell'ambito della *governance* bancaria europea.

In quest'ottica può essere interpretata la regola che permette all'organo centrale di assumere a determinate condizioni e in una prospettiva "collaborativa" il controllo diretto di qualsiasi banca, anche se "meno significativa". Un simile "accentramento" delle funzioni e dei poteri amministrativi può prevenire o se non altro mitigare il rischio di valutazioni estranee all'ambito tecnico-economico e non improntate all'efficienza operativa del modello in questione, purché tale accentramento avvenga comunque nel rispetto della clausola generale di cooperazione tra i diversi livelli di governo in modo che le autorità nazionali possano

[138] Regolamento (UE) n. 468/2014.

pur sempre svolgere un ruolo di garanzia e controllo nel procedimento centralizzato sugli organi centrali.

Diversamente, si tornerebbe ad un modello giuridico-organizzativo verticale di tipo gerarchico, tipico del *command and control*, in cui gli organi centrali esercitano i propri poteri amministrativi in modo autoritativo sugli organi periferici che così vengono sostanzialmente privati di qualsivoglia utilità e ridotti a mere infrastrutture burocratiche di tipo esecutivo.

La clausola generale della cooperazione è arricchita da ulteriori dati di matrice normativa contenuti nella dettagliata disciplina dettata dal regolamento (UE) n. 468/2014. Tale regolamento si sofferma sugli obblighi di collaborazione fra i diversi livelli di governo e particolarmente sulla cooperazione fra organo centrale e organi periferici nella prospettiva di attenuare il rischio di "fughe in avanti" da parte della BCE sugli altri organi decentrati nell'esercizio dei rispettivi poteri. La stessa cosa vale per la specifica procedura di riesame della "significatività" degli intermediari bancari, contemplata sempre nel citato regolamento del 2014, la quale assoggetta i vari organi coinvolti nelle ipotesi di procedimento amministrativo per la revisione della classificazione (e, quindi, delle competenze) a quel "generale obbligo di cooperazione"[139], rendendo più agevole la gestione dei conflitti tra BCE da un lato e ANC dall'altro.

È stato evidenziato che i modelli di *governance* basati su una architettura multilivello possono nel medio e lungo periodo ingenerare rischi di coordinamento tra i vari organi coinvolti nella gestione dei procedimenti amministrativi di rispettiva competenza[140]. Nel caso del meccanismo unico europeo di vigilanza le criticità maggiori sul versante del coordinamento si possono avere allorché l'attribuzione alle autorità nazionali (ANC) delle responsabilità e dei compiti sulle banche meno significative non permetta all'organo centrale (BCE) di disporre di un'ampia

[139] Ivi, art. 43.
[140] Sul punto, si v. MOLONEY, *op. cit*., p. 1644 ss.

panoramica dei problemi emergenti sufficiente per intervenire tempestivamente.

Tuttavia, a nostro modo di vedere, nel medio e lungo periodo la formulazione di prassi improntate ad "elevati standard" di vigilanza da parte dell'organo centrale, così come espressamente prescritto dal regolamento europeo sull'MVU[141], può mitigare un simile rischio. A maggior ragione, in questi casi, è necessario un coordinamento costante dell'organo centrale al fine di garantire lo svolgimento coerente delle attività di competenza delle autorità nazionali sulle banche non significative e, viceversa, l'adozione di una vigilanza efficace da parte della BCE, con il supporto delle ANC, per gli intermediari bancari significativi.

D'altra parte, la cooperazione fra i diversi livelli di governo può favorire migliori standard operativi, dato soprattutto che forti incentivi reputazionali spingerebbero i membri degli organi centrali ad avere ottimi rapporti di collaborazione con i membri degli organi periferici. Ciò si giustifica alla luce del fatto che le ANC possono risultare di grande aiuto nelle procedure di vigilanza delle banche significative, non solo perché hanno una conoscenza maggiore nei vari settori dei mercati e degli intermediari finanziari del proprio territorio, ma anche perché le autorità nazionali vantano una specifica *expertise* ed una lunga attività nella supervisione bancaria rispetto alla BCE.

Una certa instabilità nella *governance* bancaria potrebbe derivare dalla "demarcazione" normativa delle funzioni e dei poteri dell'organo centrale della BCE ai compiti tassativamente elencati nel regolamento sull'MVU. Pertanto, è possibile che tale organo non possa eseguire legittimamente alcuni dei suoi compiti per via dei limiti normativi ai suoi poteri imposti dal diritto positivo. Vero è che, da tale situazione, potrebbero derivare alcuni rischi con riguardo alla creazione di un'area di confine *de facto*, dove le competenze, le funzioni e i poteri amministrativi dell'autorità centrale si intersecano con quelli delle autorità nazionali decentrate,

[141] Regolamento (UE) n. 1024/2013, art. 4, par. 3 e art. 6, par. 5, lett. *b*).

dando luogo a potenziali conflitti di non facile soluzione.

Una simile situazione potrebbe verificarsi, come visto, nel campo della fitta trama di relazioni organizzative presenti nella *governance* multilivello del settore bancario, particolarmente fra la supervisione nazionale sulla condotta delle banche, intrinsecamente legata alle attività di intermediazione del mercato e spesso attribuita ad una autorità esperta per condotte e mercati di riferimento, e la vigilanza prudenziale della BCE per quanto riguarda la gestione del rischio sistemico e della stabilità finanziaria. A maggior ragione, il rafforzamento della cooperazione fra organi che sono chiamati ad operare su più livelli di governo sembra un efficace rimedio per mitigare il rischio di possibili conflitti derivanti dalla differente allocazione delle funzioni e dei poteri amministrativi fra centro e periferia.

Nel corso della trattazione si è visto che, in materia di autorizzazione all'attività bancaria e di acquisizioni e cessioni rilevanti, la BCE è l'organo formalmente investito in modo esclusivo ad adottare i relativi provvedimenti autorizzativi. Qui vale la pena di mettere in rilievo il ruolo di non poco conto delle ANC, le quali sono incaricate di formulare e presentare un progetto di decisione da sottoporre alla BCE per il rilascio dell'atto autorizzativo, laddove ritengano che i requisiti del diritto nazionale siano soddisfatti, oppure a respingere la domanda presentata dall'ente creditizio che non soddisfi i prescritti requisiti.

Ciò significa che, sebbene la BCE sia l'organo competente per l'emanazione del provvedimento finale, gli atti presupposti e la stessa decisione sono compiti spettanti all'autorità nazionale di riferimento. Pertanto, secondo la nostra opinione, nel modello di *governance* "a rete" qui proposto, anche per i casi nei quali risulti pacifico che la competenza esclusiva spetti all'organo centrale, dovrebbe essere enfatizzato il ruolo cruciale che gioca la cooperazione sui rapporti tra i diversi attori istituzionali coinvolti nei procedimenti decisionali per il buon andamento e l'efficienza dell'azione amministrativa.

***

In conclusione, non possiamo che osservare come quelli appena esaminati siano solo alcuni dei rischi e delle criticità che si incontrano nel vasto e composito scenario della *governance* bancaria europea. Ulteriori problemi, anche di maggiore impatto sistemico, si potrebbero manifestare nel prossimo futuro, soprattutto in un contesto fortemente caratterizzato dalle crisi finanziarie.

In un simile scenario, i principali attori istituzionali saranno sempre più chiamati ad affrontare le sfide che le crisi sistemiche pongono nei diversi livelli di governo su cui poggia l'Unione bancaria europea.

Una di queste sfide sta nel riconoscere l'importanza del dialogo tra centro e periferia della *governance* multilivello e il ruolo cruciale che gioca la cooperazione per l'efficienza amministrativa del sistema economico.

Donato Vese

Ricercatore di Diritto dell'economia

nell'Università di Pisa

IL MERCATO DEI *GREEN BOND* ALLA PROVA DELLA DISCIPLINA EUROPEA*

(*Green bond market under European law test)*

ABSTRACT: *The European institutions have attached increasing importance to environmental policies, setting ambitious goals in terms of sustainability and the fight against climate change. The pursuit of these goals has forced the sector authorities to articulate a renewed financial planning, which has been elevated to a consubstantial element of the national and European economic recovery in light of the market imbalances generated by the recent and well-known economic crisis events. At the same time, specific organizational and financial efforts are required of companies to adapt to government initiatives; it follows the need to obtain the liquidity necessary for the pursuit of these purposes, hence the opportunity to resort to market credit, especially that related to the issuance of certain thematic bonds. In this context, the market for green bonds stood out, which are used to support corporate finance. This contribution, therefore, aims to verify the adequacy of the current European supervisory system with the peculiarities of green bonds, with particular regard to the consequences deriving from the failure of the objective set at the time of issue.*

SOMMARIO: 1. La *finanza sostenibile* al centro del dibattito politico internazionale. – 2. I *green bond* tra diritto ed economia. – 3. Il ruolo ricoperto dall'Autorità di Vigilanza alla luce del rinnovato quadro disciplinare. – 4. *Segue*. La *governance* aziendale: nuovi organi o nuove competenze? – 5. Considerazioni conclusive.

*Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio.

Il presente contributo rientra tra le attività svolte nell'ambito del progetto PRIN 2020 dal titolo "*An analysis of the Italian financial legal framework vis-a-vis the Capital Markets Union action plan: the perspective of regulatory fragmentation and sustainability*" (Prot. 2020SMP7A7, Principal Investigator: Diego Rossano).

1. Com'è noto, la strategia di risposta *pubblica* alle minacce globali causate dai cambiamenti climatici costituisce, al presente, il fulcro della programmazione economica europea, la quale suggerisce l'opportunità di rinnovare la relazione tra Stato e mercato[1]. Si assiste, infatti, ad un processo di rivalutazione delle scelte effettuate in sede tecnica, espressione degli indirizzi strategici adottati da ciascun Paese, con l'obiettivo di coniugare le esigenze della politica con quelle dell'economia, specularmente a quelle di etica e finanza[2].

Consegue la necessità di prestare adeguata cura alla realizzazione di forme e tecniche di produzione, nonché di orientare le scelte imprenditoriali verso modalità che contemperino la logica dell'interesse con quella della solidarietà[3]. Appare, dunque, condivisibile la tesi autorevolmente sostenuta secondo cui un'impresa *crea valore* se riesce a combinare gli elementi che integrano i suoi profili funzionali (efficienza, remunerazione del capitale) con «*una condotta etica rispettosa della legalità, dei diritti umani e del contesto ambientale*»[4].

Assumono rilievo, in tale contesto, gli esiti cui è pervenuto il c.d. Rapporto Brundtland[5] sulla necessità di conciliare lo sviluppo economico mondiale con la tutela

[1] Cfr. CELATI, *Stato e mercato nella disciplina giuridica del "governo dell'economia sostenibile"*, in *Amministrazione in Cammino*, 2021, p. 1.
[2] Cfr. CAPRIGLIONE, *Etica della finanza e sostenibilità economica*, in *Riv. elett. dir., econ. manag.*, n. 2/2020 pp. 12-25.
[3] *Ibidem*, p. 14.
[4] Cfr. MASERA, *L'impresa e la creazione di valore*, in CAPRIGLIONE (a cura di), *Finanza impresa e nuovo umanesimo*, Bari, 2007, p. 81.
[5] Ci si riferisce al Rapporto pubblicato nel 1987 dalla Commissione mondiale per l'ambiente e lo sviluppo (*World Commission on Environment and Development*), istituita nel 1983 in seguito ad una risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, con l'obiettivo di definire "*un'agenda globale per il cambiamento*". Siffatto documento venne sottoscritto in occasione della Conferenza sull'ambiente, tenutasi a Rio de Janeiro nel 1992, dalle delegazioni dei paesi partecipanti; vennero quivi fissati criteri - non impegnativi - riguardanti le responsabilità ed i diritti degli Stati nell'associare le esigenze dello sviluppo con quelle della salvaguardia ambientale.
Nello stesso senso, si sono posti, successivamente, la cd. Dichiarazione di Rio ed il Protocollo di Kyoto, la cui sottoscrizione ha promosso, sul piano internazionale, la *sostenibilità* ad obiettivo verso il quale indirizzare e coordinare il sistema economico mondiale. A tal fine, si è inteso prospettare la progressiva realizzazione di un nuovo modello di sviluppo incentrato sul concetto di circolarità

dell'ecosistema, presupposto quest'ultimo indispensabile per scongiurare il cd. rischio ambientale. Significativa, inoltre, è la definizione, rinvenibile in detto Rapporto, del concetto di *sviluppo sostenibile* coincidente con la necessità di soddisfare "*i bisogni del presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di realizzare i propri*". Di qui, la predisposizione di un programma di misure da adottare in tempi congrui; si ha riguardo, tra l'altro, all'Agenda 2030 delle Nazioni Unite[6], all'Accordo di Parigi[7] e a quello di Addis Abeba[8], con cui i Paesi firmatari si sono impegnati a rendere i flussi finanziari compatibili con un percorso che conduca ad una attività produttiva ispirata al principio di neutralità climatica, coerentemente peraltro con gli *Sustainable Development Goals* (SDGs) (recentemente oggetto anche di un lavoro pubblicato dall'OCSE in collaborazione con le Nazioni Unite[9]).

Dunque, si è in presenza della presa d'atto, avvenuta a livello internazionale, della necessità di adottare politiche di intervento adeguate, da attuare secondo un approccio di carattere interdisciplinare, al fine di garantire una produzione sostenibile senza, per tale via, ostacolare lo sviluppo economico[10].

Va da sé che il conseguimento dell'obiettivo sopramenzionato "*richiede*

sistemica e sull'uso "rigenerativo" delle risorse. Da ultimo, nel medesimo contesto, si menziona il *Glasgow Climate Pact* del novembre del 2021.

[6] Cfr., in particolare, l'obiettivo 9.2 dedicato a imprese, innovazione e infrastrutture.

[7] Ci si riferisce, in particolare, all'articolo 2, paragrafo 1, lettera c) dell'Accordo, il quale fissa l'obiettivo del rafforzamento della risposta ai cambiamenti climatici, tra l'altro rendendo i flussi finanziari coerenti con un percorso che conduca a uno sviluppo a basse emissioni di gas a effetto serra e resiliente ai cambiamenti climatici.

[8] L'Accordo in parola, sottoscritto nel luglio 2015 dai 193 Paesi membri delle Nazioni Unite nel corso della Terza Conferenza Internazionale per il finanziamento allo sviluppo, individua oltre cento misure concrete per fare fronte alle sfide economiche, sociali e ambientali che il mondo deve affrontare.

[9] Ci si riferisce al "*Framework for SDG Aligned Finance*", nel cui ambito il finanziamento degli SDGs viene proposto come il mezzo per preservare il valore degli *asset* sul lungo termine, nonché per ridurre i rischi e per aumentare la resilienza del sistema finanziario globale. Il documento è disponibile al sito *www.oecd.org*.

[10] Come autorevolmente sostenuto in dottrina, "*non v'è dubbio che questa è la strada per addivenire all'affermazione di una geopolitica che eviti lo sviluppo di un arido capitalismo orientato all'idolatria dell'accumulazione, rinunciando a costruire una 'nuova frontiera' nella realizzazione di obiettivi sociali*". Cfr. CAPRIGLIONE, *"Etica e finanza" alla luce della recente crisi finanziaria*, in *Riv. elett. dir. ec. e manag.*, n. 1/2011, p. 12 s.

investimenti significativi, una parte sostanziale dei quali dovrà provenire dal settore privato"[11]. Ne deriva che le imprese, chiamate ad adottare comportamenti *responsabili*, hanno il compito di mitigare gli effetti negativi derivanti da operazioni squisitamente *utilitaristiche* capaci di incidere negativamente sull'equilibrio dell'ecosistema.

L'inclusione dei fattori cd. *ESG* (*Environmental, Social and Governance*)[12] nel processo di investimento e di emissione dei titoli obbligazionari si è resa, dunque, necessaria al fine di permettere la crescita della cd. *finanza sostenibile*[13], che anche la

[11] Cfr. il Parere della Banca Centrale Europea del 5 novembre 2021, *relativo ad una proposta di regolamento sulle obbligazioni verdi europee (CON/2021/30)*, pubblicato in Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea il 19 gennaio 2022 e reperibile al link *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021AB0030&from=EN*; nonché la relazione che accompagna la Proposta di Regolamento sulle obbligazioni verdi europee (COM(2021) 391 final).
Sull'importanza dei finanziamenti privati nel quadro disciplinare europeo, cfr. altresì Considerando 8 e 9 del Reg. 2088/2019/UE.

[12] Siffatta espressione indica, *generaliter*, tutte le forme di approvvigionamento di capitali caratterizzate da criteri di selezione dei soggetti o dei progetti finanziati diversi da quelli propri della finanza *tradizionale*. Assume rilievo la valorizzazione dell'obiettivo di contribuire ad una crescita inclusiva e sostenibile dell'economia reale. Di tal che, si è in presenza di un modello costruito sul sistema degli incentivi economici e sugli strumenti di finanza *alternativa*, che si propone di raccogliere risorse destinate a realizzare obiettivi di sostenibilità ambientale dei processi produttivi. In effetti, le emissioni di obbligazioni ESG (tra i quali, *Green bonds*, *Social bonds* e *Sustainability bonds*) hanno mostrato, soprattutto in Europa, un aumento esponenziale dal 2015 ad oggi, tanto che – secondo *Climate Bonds Initiative* – nel 2021 esse hanno superato l'ammontare di USD 700 miliardi, il doppio rispetto a due anni prima.
Per un approfondimento, in dottrina, cfr., *ex multis*, MONTALENTI, *Società, mercati finanziari e fattori ESG: ultimi sviluppi*, in *Riv. Corporate Governance*, n. 1/2022, p. 10 ss.

[13] La Commissione UE ha definito finanza sostenibile il processo che prende in considerazione i fattori ambientali, sociali e di *governance* (*i.e.* fattori "ESG, di cui alla precedente nota) nell'assunzione delle decisioni di investimento per contribuire, da un lato, alla crescita sostenibile e, dall'altro, a rafforzare la stabilità finanziaria. Cfr. la Comunicazione della Commissione UE, denominata *Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibi*le, (COM(2018) 97 final).
Secondo un rapporto della *Global Sustainable Investment Alliance*, nel 2020 gli investimenti finanziari sostenibili, che costituivano circa il 36% degli attivi globali in gestione, avevano raggiunto 35,3 trilioni di dollari, un valore più che doppio rispetto a quello del 2016. Cfr. il Report denominato *Global Sustainable Investment Alliance Review 2020* pubblicato sul sito *www.gsi-alliance.org.*
In tale ambito, assume rilievo la recente adozione di specifiche misure per integrare il cambiamento climatico nell'assetto di politica monetaria dell'Eurosistema da parte del Consiglio direttivo della Banca centrale europea (BCE), la quale ha deciso di adeguare le consistenze di obbligazioni societarie nei portafogli detenuti per finalità di politica monetaria e introdotto precisi obblighi di informativa relativi al clima e di migliorare le prassi di gestione dei rischi. Cfr. il Comunicato Stampa, intitolato *La*

Commissione UE, come si vedrà, ha inteso favorire[14]. Ciò appare coerente, peraltro, con le indicazioni fornite dall'*European Action Plan*[15] e dall'*European Green Deal*[16].

É di tutta evidenza la crescita esponenziale di forme di *impact investing*[17] ispirate alla *sostenibilità* e all'obiettivo di tutela ambientale; si comprende per tale via l'emissione sempre più frequente di obbligazioni di carattere *tematico,* necessaria per coniugare gli interessi dei privati con quelli del pubblico.

2. Nel delineato contesto, assumono particolare rilievo le operazioni aventi ad oggetto *green bond*, il cui mercato è notevolmente cresciuto negli ultimi anni[18], sia per quantità delle emissioni che per qualità degli emittenti[19], in misura proporzionale

BCE adotta ulteriori misure per integrare il cambiamento climatico nelle proprie operazioni di politica monetaria, pubblicato il 4 luglio 2022 sul sito www.ecb.europa.eu.

[14] Cfr. il Considerando 11 del Regolamento (UE) 2020/852 del 18 giugno 2020 *relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088*.

[15] Ci si riferisce al *Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile* (COM(2018) 97 final), pubblicato dalla Commissione UE l'8 marzo 2018.

[16] Ci si riferisce alla Comunicazione della Commissione UE COM(2019) 640 final, denominata *Il Green Deal europeo*.

[17] Cfr. la Comunicazione pubblicata dal Forum per la finanza sostenibile, intitolata *L'Investimento Sostenibile e Responsabile: una definizione al passo con i tempi*, il 3 settembre 2014, sul sito www.finanzasostenibile.it; in argomento, recentemente, LENZI, *La finanza d'impatto e i green e social bonds. Fattispecie e disciplina tra norme speciali e principi generali*, in *Riv. Banca, Impr. e soc*., n. 1/2021, p. 118 s.

[18] Sulla base dei dati forniti dalla CBI nel *Report* riferito al 2022, il debito classificato come *green, social e sustainability (GSS)*, correlato alla sostenibilità e alla transizione, ha raggiunto un volume complessivo di 417,8 miliardi di dollari nella prima metà dell'anno. Nel secondo trimestre dell'anno, in particolare, si è verificato un incremento delle emissioni in parola con un volume di 121,3 miliardi di dollari. L'aumento dei tassi d'interesse e l'elevata volatilità dei mercati hanno tuttavia determinato una diminuzione delle emissioni obbligazionarie, compresi i volumi di GSS *bonds* che hanno registrato un'impennata negli ultimi anni. I volumi cumulativi delle emissioni etichettate GSS si sono attestati a 3,3 miliardi di dollari alla fine del primo semestre 2022, mentre i volumi cumulativi verdi si sono attestati a 1,9 miliardi di dollari. Cfr. i dati riportati sul sito *www.ntplusdiritto.ilsole24ore.com*.

[19] Nei primi anni di disponibilità dello strumento, ad emettere le obbligazioni verdi erano soprattutto (e all'inizio esclusivamente) le istituzioni finanziarie internazionali, come la BEI, la quale ha emesso il primo *green bond* il 4 luglio 2007. Con il passare del tempo questo genere di titoli è stato utilizzato anche da singole aziende e da società municipalizzate, come sostegno alla propria transizione ecologica, soprattutto in contesti come quelli dei Paesi in via di sviluppo e nelle economie emergenti, al fine di raggiungere gli obiettivi di sviluppo sostenibile fissati dalle Nazioni Unite. Tra le *grandi* aziende Italiane più coinvolte nell'emissione di *green bond*, a titolo esemplificativo, si citano

all'incremento della lotta istituzionale al cambiamento climatico.

In assenza di un chiaro quadro normativo di riferimento in materia, nel 2014, la *International Capital Markets Association*[20] ha riservato siffatti titoli obbligazionari al finanziamento (o al rifinanziamento) – integrale o parziale - di progetti destinati a generare utilità economiche private e benefici di carattere ambientale[21]. Si ha riguardo, tra gli altri, ai programmi di riqualificazione di beni o processi produttivi - come la riconversione o la ristrutturazione di sistemi di produzione di energia - e allo sviluppo di determinati progetti imprenditoriali nel rispetto di *standard* ambientali - come la costruzione di edifici a ridotto impatto energetico rivolti al mercato -.

Nella prassi nazionale, i *green bond* assumono dunque le vesti di strumenti finanziari, *i.e.* di frazioni standardizzate di operazioni di finanziamento unitarie, deliberate esclusivamente da soggetti qualificati, tenuti ad osservare apposite procedure[22]; tali titoli non si presentano ontologicamente dissimili dalle obbligazioni

---

Enel, Cdp, Ferrovie dello Stato e Intesa Sanpaolo. Almeno a partire dal 2013, infatti, emittenti privati, quali banche, fondi pensione e società commerciali – indotti anche da vincoli e indicazioni statutarie in ordine al carattere socialmente responsabile delle strategie di investimento e, più in generale, dall'idea della cd. *Corporate Social Responsability* – hanno concorso ad un consistente volume d'affari collegato alle emissioni *green*.

[20] La *International Capital Markets Association* (ICMA) è l'associazione internazionale dei mercati di capitali, la quale si propone di promuovere a livello globale la resilienza del mercato dei titoli e il suo funzionamento ottimale. Per un approfondimento in ordine all'attività svolta da tale ente, cfr. il sito www.icmagroup.org

[21] L'ICMA ha testualmente definito i *green bond* come "*any type of bond instruments where the proceeds will be exclusively applied to finance or re-finance in part or in full new and/or existing eligible Green Projects and which follows the four Green Bond Principles*". L'associazione ha, quindi, elaborato i cd. *Green Bond Principles*, che rappresentano oggi lo standard più diffuso per qualificare come *green* determinati titoli. Si tratta di principi applicati su base volontaria, i quali disciplinano, in particolare, la valutazione e la selezione dei progetti, la gestione e l'utilizzo dei ricavi, la rendicontazione, il contenuto è reperibile al link *https://www.icmagroup.org/assets/documents/Sustainable-finance/2022-updates/Green-Bond-Principles_June-2022-280622.pdf*.
Siffatti principi si pongono in linea con gli obiettivi ambientali di cui all'articolo 9 del regolamento (UE) 2020/852.

[22] In ordine alla definizione di strumenti finanziari, cfr. *ex multis*, STELLA RICHTER JR., *Strumenti finanziari e società per azioni*, in AA.VV. *La riforma del diritto societario dieci anni dopo. Per i quarant'anni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2015, pp. 53 ss.

tradizionali, distinguendosi da queste ultime per l'obiettivo di finanziamento[23] il cui conseguimento incide, tra l'altro, sulla remunerazione dell'investitore il quale, per solito, ottiene un tasso di interesse inferiore a quello previsto acquisendo *asset not green*[24].

Si è in presenza quindi di strumenti finanziari che assumono uno specifico rilievo nell'attuale contesto di mercato, essendo idonei a soddisfare tutti gli eterogenei interessi – privatistici e collettivi – coinvolti nelle operazioni di cui

[23] Ci si riferisce, in particolare, non tanto alle forme di remunerazione derivanti all'obiettivo individuato in sede di emissione, quanto all'impatto positivo sull'ambiente che, mediante il progetto di finanziamento di cui trattasi, si intende realizzare. Esso verrà definito dall'emittente e comunicato agli investitori in via preventiva tramite documenti informativi, sulla base dei criteri individuati nel cd. Regolamento Tassonomia.

[24] Cfr. LAS CASAS, *Dai diritti di emissione alla finanza green. Le nuove frontiere e i limiti dei modelli privatistici per la tutela dell'ambiente*, in *Teoria e critica della ragione sociale*, n. 2/2020 (*Diritto e antropocene. Mutamenti climatici e trasformazioni giuridiche, a cura di A. Andronico e M. Meli*), p. 138.

A ben vedere, il *boom* di emissioni obbligazionarie verdi ha generato una tendenza secondo cui, negli ultimi anni, gli investitori hanno pagato un premio per entrare in possesso di *green bond* a fronte di un rendimento inferiore rispetto all'acquisto di obbligazioni *not green*. Il differenziale di prezzo pagato *in aggiunta* viene chiamato *greenium* - premio verde -, per cui si registra quella che viene definita sovra-performance. L'Associazione per i mercati finanziari in Europa, nel 2021, ha registrato una riduzione di premio a carico degli investitori a fronte di un premio medio di 9 punti base nel 2020. Analogamente è a dirsi con riguardo ai risultati statistici pubblicati nel 2022, i quali hanno evidenziato variazioni di minore entità rispetto all'anno precedente e maggior dispersione; in alcuni casi i *green bond* non hanno *sovraperformato* affatto (sul punto, cfr. CHELLI, *I green bond continuano a offrire protezione ma serve selezione*, pubblicato il 30 settembre 2022 sul sito *www.financialounge.com*).

La riduzione in commento potrebbe conseguire (anche parzialmente) all'aumento dell'offerta di titoli tematici la quale, secondo la società inglese Refinitiv (che si annovera tra i maggiori *provider* mondiali di dati e infrastrutture tecnologiche a servizio dei mercati finanziari), ha portato le obbligazioni verdi a raccogliere, nei primi cinque mesi del 2021, oltre 193 miliardi di dollari, quasi tre volte la cifra ottenuta nel 2020. Un ulteriore segnale della *minore scarsità* delle obbligazioni tematiche, secondo i dati raccolti da Refinitiv, è da rinvenire nella circostanza che le emissioni verdi, nel 2021, hanno rappresentato il 16% delle vendite di obbligazioni societarie cd. *investment grade*, il doppio rispetto a quelle emesse nel 2020. Sul punto, cfr. i dati esposti sul sito *www.onlinesim.it*.

Con riferimento al comportamento del *greenium*, invece, cfr. FATICA – PANZICA, *Sustainable debt instruments: green bonds and beyond*, in *Riv. di economia, cultura e ricerca sociale*, n. 20/2021, i quali sottolineano la discordanza in ordine agli studi statistici, probabilmente in ragione della natura, pubblica o privata, del campione di emittenti considerato da ciascuno. In particolare, gli autori rilevano un premio di rendimento negativo per le obbligazioni verdi emesse da istituzioni sovranazionali e società non finanziarie, diversamente da quanto rilevato con riguardo ai titoli verdi emessi da istituzioni finanziarie. Queste ultime potrebbero trovare *più difficile* segnalare il proprio atteggiamento ambientale nei confronti del mercato, dal momento che il finanziamento obbligazionario è probabilmente utilizzato per finanziare cd. *prestiti verdi*, piuttosto che progetti di investimento diretto in capitale fisso "verde".

trattasi[25]. Vengono in rilievo, sul punto, le considerazioni espresse dalla dottrina, in materia di mutuo di scopo, secondo cui «*una volta stipulato il contratto di finanziamento, per ridurre lo scarto tra il fine del finanziamento e la sua realizzazione, le leggi in materia contemplano dei meccanismi di controllo intesi ad eliminare la possibilità di inadempimento dell'obbligo di destinazione da parte del mutuatario*»[26]. Se ne deduce che la fattispecie qui in discorso, pur presentando elementi in comune con il contratto di finanziamento cd. di scopo, si discosta da quest'ultimo per l'assenza di adeguati strumenti di controllo volti a verificare l'effettiva destinazione delle risorse reperite sul mercato.

Ulteriore elemento problematico è rinvenibile nella mancanza di specifiche previsioni normative che regolino le conseguenze connesse all'inadempimento degli obblighi informativi in materia *green*. Infatti, a fronte dei recenti interventi del legislatore europeo tesi ad ampliare, in detto ambito, gli oneri posti a carico degli emittenti (i quali sono tenuti a fornire ai sottoscrittori ogni dato utile relativo ai titoli obbligazionari emessi), non si riscontra la medesima attenzione con riguardo agli impatti negativi, sul piano endemico e sul mercato, derivanti dall'utilizzo improprio della liquidità ottenuta. Sicché, come è stato osservato in letteratura, gli attori economici, di fatto, in tale ambito assumono quasi il *ruolo di regolatori della sostenibilità dei processi di produzione*[27].

Si comprende, quindi, l'esigenza di identificare, a livello disciplinare, i rimedi utili a contenere i rischi di possibili lesioni degli interessi dei singoli investitori, nonché della collettività, al fine di evitare turbamenti del regolare andamento del mercato.

---

[25] Sembra condivisibile, dunque, l'orientamento sostenuto in dottrina secondo cui il contratto di investimento appare lo strumento idoneo a fornire tanto alle imprese quanto agli investitori *adeguati incentivi per perseguire obiettivi di miglioramento ambientale.* Cfr. LAS CASAS, *Dai diritti di emissione alla finanza green*, cit. p. 138.

[26] Cfr. PASSALACQUA, *Finanziamenti agevolati e gestione di fondi pubblici. Commento sub art. 47*, in F. CAPRIGLIONE (diretto da), *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2018, p. 520.

[27] LAS CASAS, cit., p. 143.

Chiaro il riferimento al noto fenomeno del cd. *greenwashing* derivante dal pericolo che l'emittente qualifichi strumenti finanziari tradizionali come *green bond* al solo scopo di attrarre investitori sensibili ad istanze di sostenibilità, senza che di fatto alcun obiettivo ambientale venga perseguito[28]. Concreto appare, inoltre, il rischio cd. di "*non performance*", ipotesi nella quale vengono ricondotti i casi in cui le finalità *green* perseguite dai finanziamenti concessi non vengano raggiunte per una sopravvalutazione degli obiettivi strategici originari.

3. Sul punto, non appare tuttavia risolutivo il pacchetto di norme predisposto, tra il 2018 e il 2020, dalla Commissione europea[29] secondo cui i sopramenzionati profili problematici dovrebbero essere affrontati attraverso l'introduzione di specifici obblighi informativi di carattere preventivo, posti a carico dell'emittente e a favore dell'investitore. È evidente che l'identificazione di specifici indici di misurazione del rendimento e della *performance* ambientale dei *green bond*, nonché la definizione di una classificazione di investimento cd. "ecosostenibile", non possano costituire presidi sufficienti ad assicurare il buon andamento del mercato di riferimento.

[28] In tal senso, si pensi al caso SNAM, descritto nel Report intitolato "*La finanza (per niente) di SNAM*", a cura di GEREBIZZA e TAGLIERI, pubblicato il 26 aprile 2022 sul sito *www.recommon.org*. Tale azienda, impegnata nel campo della distribuzione del gas, ha emesso una consistente quantità di *green bond* tra il 2019 ed il 2022, al fine di finanziare progetti verdi in linea con gli *standard* delle Nazioni Unite, a fronte del pagamento di interessi periodici in favore degli investitori. Il capitale, tuttavia, non viene versato immediatamente e per intero per la realizzazione delle iniziative sostenibili prescelte, a vantaggio un'assegnazione graduale dei fondi. Va da sé che la quota non ancora allocata possa essere impiegata per finanziare nell'immediato qualsiasi altro tipo di operazione, comprese quelle *non sostenibili*.

[29] Ci si riferisce, in particolare, al pacchetto di norme attuativo del *Piano d'Azione per la finanza sostenibile*, adottato dalla Commissione UE nel 2018 ed innovato con la pubblicazione della *Strategia per finanziare la transizione verso un'economia sostenibile*, nel luglio del 2021, i quali hanno dato seguito all'adozione da parte della Commissione europea del menzionato *Green Deal Europeo* nel giugno 2019. Assumono particolare rilievo in tale contesto, dunque, il Regolamento (UE)2019/2088 *sulla trasparenza delle informazioni sulla finanza sostenibile* (*Sustainable Finance Disclosure Regulation - SFDR*), cd. *Regolamento Disclosure*; il Regolamento (UE)2020/852 *sulla tassonomia delle attività economiche eco-compatibili* (*Taxonomy Regulation - TR*), cd. *Regolamento Tassonomia*; Regolamento (UE) 2019/2089, che modifica il Regolamento (UE) 2016/1011, (cd. *Regolamento Benchmark*).

Nel delineato contesto, dunque, specifico rilievo va riconosciuto all'autonomia contrattuale dei soggetti coinvolti nelle operazioni in esame; significativa, al riguardo, è la circostanza che lo scopo cui è preordinato il finanziamento concesso costituisce elemento dirimente nella scelta di investimento. Sicché, è nella fase negoziale che le parti hanno interesse a definire misure apposite volte ad assicurare che l'emittente persegua, sul piano delle concretezze, l'obiettivo di *sostenibilità* prefissato[30]. Diviene dunque importante determinare con chiarezza il contenuto del regolamento di emissione dei titoli, nel quale potrebbero essere individuati specifici dispositivi rimediali da attivare in caso di *inattuazione* dello scopo "promesso" [31].

Sintomatico dell'esigenza di rinvenire una soluzione alle menzionate problematiche è quanto emerge dalla Proposta di regolamento europeo del 2021 in materia di obbligazioni verdi[32]. Va osservato, al riguardo, l'importante ruolo che detta Proposta attribuisce ai soggetti revisori esterni i quali, sotto la supervisione dell'ESMA, sono abilitati a rilasciare agli emittenti certificazioni EuGB richieste a fronte delle singole operazioni di emissione[33]. Va da sé che detti soggetti dovranno essere in possesso di specifici requisiti di competenza e di indipendenza al fine di poter assolvere il rilevante compito assegnato loro dal regolatore.

Sotto altro profilo, la Proposta di regolamento non fornisce risposte alla questione di cui si è dato conto in precedenza della necessità di individuare, a livello normativo, gli opportuni rimedi all'ipotesi in cui l'emittente non destini la liquidità reperita allo scopo programmato. Condivisibile, pertanto, è il parere critico espresso

[30] Cfr. LENZI, cit.

[31] Sul punto, come sostenuto di recente "*voler attribuire alle imprese un ruolo di supplenza di regole chiare, puntuali e prescrittive che distinguano ciò che è lecito da ciò che non lo è, imponendo (..) generali (e potenzialmente sterminati) obblighi di "comportarsi bene*", con concreto "*rischio (..) di avvicinarsi a una discutibile "legislazione dell'etica*". Cfr. VENTORUZZO, *Troppa responsabilità per l'impresa*, pubblicato il 2 aprile 2021, sul sito *www.lavoce.info*.

[32] Ci si riferisce alla *Proposta del Parlamento europeo e del Consiglio sulle obbligazioni verdi europee* (COM(2021) 391 final).

[33] Cfr. Considerando 25 della Proposta di Regolamento (UE)2021/0191 *sulle obbligazioni verdi europee*.

di recente dalla BCE alla soprammenzionata Proposta[34] con riguardo alla scelta di delegare alle autorità di vigilanza nazionali competenti il compito di introdurre eventuali sanzioni, amministrative o penali, coerenti con i quadri normativi interni di riferimento, per il caso di violazione dei disposti contenuti negli articoli da 8 a 13 (art 41 della Proposta)[35].

4. A prescindere dalla soluzione che si intenderà trovare con riguardo alla problematica testé evidenziata, l'emittente, inadempiente, subirà una sanzione *di mercato* nell'ipotesi in cui non dovesse rispettare gli standard EuGB selezionati o *fallisca* l'obiettivo *green* prefissato[36]; ci si riferisce al *danno reputazionale* che deriverebbe dall'aver disatteso le aspettative degli investitori[37] i quali potrebbero affidare le proprie risorse ad imprese che abbiano dimostrato di aver maggiore cura

[34] Cfr. le osservazioni contenute *sub* par. 3.2.2. del Parere della Banca Centrale Europea del 5 novembre 2021 *relativo a una proposta di regolamento sulle obbligazioni verdi europee* (CON/2021/30), pubblicata in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il 19 gennaio 2022.

[35] Invero, anche la Commissione affari economici del Parlamento UE ha approvato il testo della Proposta di regolamento in commento, il 16 maggio 2022, apportando numerose modifiche al testo. Cfr. il Rapporto denominato "*Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and the Council on European green bonds*", pubblicato il 20 maggio 2022 sul sito *www.europarl.europa.eu*.

[36] É evidente, infatti, che l'analisi delle politiche ESG adottate dalle imprese stia assumendo valore sempre maggiore nel processo decisionale degli investitori.

[37] Per comprendere l'importanza della reputazione sul mercato, si consideri quanto avvenuto, in diverso contesto, in occasione dell'emissione di una sentenza pronunciata dal Tribunale dell'Aja, il 26 maggio 2021, (Caso Royal Dutch Shell), il quale ha accolto la domanda proposta da sette associazioni ambientaliste al fine di obbligare un colosso petrolifero olandese a ridurre le proprie emissioni di CO2. Nonostante il quadro normativo nazionale non prevedesse norme imperative in materia di sostenibilità ambientale, avendo rimesso la relativa disciplina agli strumenti di *soft law*, l'impresa condannata non ha contestato la *necessità* del proprio impegno a favore della tutela dell'ambiente, dichiarando invece di essere già adempiente a tale richiamo. Si comprende come, in considerazione della particolare sensibilità pubblica verso il tema, l'azienda si sia preoccupata, in via prioritaria, delle possibili conseguenze economiche derivanti dalla condanna che la comunità avrebbe inflitto all'azienda in seguito al comportamento accertato. Dunque, è evidente che la sanzione reputazionale, pur non essendo coercitiva, appaia idonea ad indurre indirettamente l'adesione volontaria da parte delle imprese ai programmi di responsabilità sociale, pena la progressiva esclusione dal mercato dell'operatore che non vi si conforma. Per un approfondimento sul contenuto della sentenza, cfr. NAPOLETANO, SPINELLI, *Il caso Royal Dutch Shell. La Corte olandese impone il taglio del 45% delle emissioni di CO2 al 2030: abuso di diritto o rispetto degli accordi internazionali?*, in *Riv. Giurisprudenza Penale Web*, 2021, p. 7-8.

degli obiettivi *sostenibili* e di salvaguardia dell'ambiente[38].

Diviene dunque una precisa scelta strategica che ciascuna impresa dovrebbe adottare quella di predisporre, al proprio interno, presidi idonei ad identificare, misurare, monitorare e mitigare i rischi connessi al *fallimento* dell'obiettivo di *sostenibilità* selezionato, per tale via evitando gli eventuali effetti negativi derivanti dal danno alla propria immagine[39]. Pertanto, l'impresa interessata potrebbe valutare l'opportunità di costituire appositi organismi interni (*i.e.* appositi comitati) dotati di competenze specifiche in materia di gestione dell'impatto ambientale, in grado di svolgere attività di supervisione sui fattori ESG e di prevenzione dei rischi sanzionatori di cui si è fatto cenno in precedenza[40].

É appena il caso di osservare che l'opportunità di attuare politiche aziendali coerenti con le istanze di *sostenibilità* nel senso innanzi delineato, è stata recentemente ribadita dalla proposta di Direttiva europea in materia di *due diligence*[41]. Quest'ultima si propone di ridefinire i doveri di diligenza degli

[38] Della tendenza ad orientare le scelte negoziali dei consumatori sono testimonianza le lettere annuali di Larry Fink, cofondatore e presidente del fondo di investimento BlackRock ai propri azionisti, che dal 2017 iniziano a sottolineare l'importanza dell'adozione di una visione di lungo periodo e della considerazione dell'impatto delle imprese sulla società civile; così come la dichiarazione della *Business Roundtable* "*Statement on the Purpose of a Corporation*", pubblicata nel 2019, a firma degli amministratori delegati di molte delle più grandi imprese multinazionali globali.

[39] Infatti: "*Questa linea risponde anche alla crescente pressione esercitata dal mercato sulle società affinché agiscano in modo sostenibile, in modo da poter scongiurare rischi reputazionali indesiderati nei confronti dei consumatori e degli investitori, sempre più consapevoli degli aspetti legati alla sostenibilità*". Cfr. la *Relazione esplicativa della Proposta di Direttiva relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la Direttiva (UE) 2019/1937*.
Cfr. altresì rapporto Assonime n. 6/2021 intitolato *Doveri degli Amministratori e sostenibilità*, reperibile sul sito *www.assonime.it*, il quale mostra come, al presente, gran parte del campione di imprese considerato ai fini dell'indagine condotta, reputi i fattori ambientali e sociali nella definizione delle proprie strategie, inserendo negli statuti sociali riferimenti al perseguimento di obiettivi di sostenibilità e "modella", di conseguenza, la propria struttura di *governance*.

[40] In tal senso, cfr., *ex multis*, lo Studio dal titolo *Resilience Report 2021*, presentato da *Deloitte* nel corso del *World Economic Forum 2021* ed il Report intitolato *The Board of the Future Le sfide del Board nel definire l'evoluzione della Governance del futuro*, reperibile al link *https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/it/Documents/about-deloitte/board-future_ITApdf.pdf*.

[41] Ci si riferisce alla proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio *relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937*, (COM(2022) 71 final), del 23 febbraio 2022.

amministratori delle società e a tal fine suggerisce l'adozione di "misure appropriate" per l'individuazione e la mitigazione dei *rischi ESG* nella gestione dell'attività di impresa. Orienta in tale direzione il disposto di cui all'art. 25 della menzionata Direttiva, secondo cui, nel perseguimento dell'interesse sociale, gli amministratori devono considerare l'impatto delle proprie decisioni in una prospettiva di sostenibilità, nel medio e lungo periodo[42].

Va da sé che andrebbe valutata l'opportunità di aver riguardo, nella composizione dei *board* delle imprese emittenti, al possesso da parte dei consiglieri di apposite competenze in materia di fattori ESG con l'obiettivo di rafforzare le conoscenze in materia, necessarie per delineare idonee strategie economiche orientate verso gli obiettivi di finanza sostenibile[43].

5. Sulla base delle considerazioni espresse in precedenza, può concludersi sul punto come segue. D*e jure condito*, il rafforzamento della *governance* aziendale degli enti in discorso sembra costituire la strategia opportuna per arginare il rischio di danno reputazionale cui le imprese emittenti green bond si espongono.

Con riferimento alle questioni di carattere sanzionatorio di cui si è detto in precedenza, vanno condivise le considerazioni di chi reputa «*difficile che, in assenza di vincoli legali, gli operatori si sottopongano a un* self restrain *evitando di spingersi al*

[42] Per tale via, alla teoria contrattualistica dell'impresa, sarebbe da preferibile la teoria istituzionalistica, secondo la quale l'impresa si distacca dagli interessi particolari dei propri soci per perseguire lo scopo più ampio di produrre ricchezza, lavoro e benessere per l'intera collettività in cui opera.

[43] Si consideri che anche il nuovo Codice di autodisciplina delle società quotate, approvato dal Comitato nel gennaio 2020 ed in vigore dal 1 gennaio 2021, all'art. 1, rubricato "Ruolo dell'organo di amministrazione", stabilisce, al principio I che: "*l'organo di amministrazione guida la società perseguendone il successo sostenibile*", il quale viene ivi definito 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 stakeholders rilevanti per la società*". Per un commento alla modifica normativa menzionata, cfr. ALPA, *Il nuovo codice della "corporate governance" delle società quotate*, in *Contr. e impr.*, 2020, 2, p. 567; ABRIANI, *Il nuovo codice di corporate governance*, per gli Atti del Convegno di Courmayeur 2021 e in *Riv. dir. soc.*, 2022.

margine di ciò che le regole consentono e trascurando la possibilità di massimizzazione del possibile guadagno»[44]. Deve dunque valutarsi seriamente l'opportunità di delineare, *de jure condendo*, un quadro normativo europeo più puntuale in materia, avuto riguardo alla circostanza che, tra le priorità del progetto di *Capital Markets Union*, è ricompresa l'adozione di *azioni* volte a superare gli ostacoli posti dalle divergenti discipline nazionali[45].

Delegare la predisposizione di apposite sanzioni alle autorità di vigilanza nazionali, in caso di fallimento dell'obiettivo del finanziamento – o del suo inesatto conseguimento -, infatti, non ci sembra costituisca una risposta normativa adeguata agli obiettivi fissati in sede politica; ciò, tenuto conto della natura transnazionale del mercato dei *green bond* e del conseguente rischio che, specularmente alla diversa priorità che i singoli governi attribuiscono al tema della sostenibilità ambientale, si generino significativi disallineamenti disciplinari[46]. V'è da chiedersi allora se non possa rivelarsi auspicabile conferire all'ESMA nuovi poteri al fine di preservare l'interesse collettivo allo sviluppo del mercato di riferimento, in considerazione della priorità che la lotta al cambiamento climatico ha ormai assunto nella programmazione politica ed economica dei governi.

Ovviamente tale rafforzamento dei poteri dell'Autorità di vigilanza in materia di supervisione dei mercati finanziari va valutato alla luce della ampiezza della facoltà di delega di proprie funzioni da parte delle istituzioni europee alle agenzie. Concreto, infatti, è il rischio di rimettere alla circostanza del momento il conferimento di poteri particolarmente incisivi nei riguardi dei diritti dei singoli con l'ovvia conseguenza di

[44] Cfr. PRESTI, *Mezzi e fini della nuova regolazione finanziaria*, in *Riv. Banca Borsa e Titoli di Credito*, 2010, p. 208 e ss.
[45] Cfr. Report "*Accelerating the Capital Markets Union: addressing national barriers to capital flows (COM(2017)147 final)*", consultabile al sito *www.eur-lex.europa.eu*.
[46] É chiaro l'impatto negativo che siffatti disallineamenti potrebbero determinare nel perseguimento degli obiettivi prefissati a livello politico nell'ambito dell'Accordo di Parigi. Sul punto, si menziona il Considerando n. 5 della Proposta di Regolamento sulle obbligazioni verdi UE.

violare principi ormai consolidati nella giurisprudenza UE[47].

Sebbene dunque il conferimento di poteri ulteriori all'ESMA possa presentare profili problematici, appare auspicabile attribuire a quest'ultima il compito di poter infliggere sanzioni amministrative nell'ipotesi di violazione degli impegni assunti dalle imprese emittenti *in subiecta materia*; in alternativa potrebbe essere valutata l'opportunità di istituire *ex novo* un'autorità *ad hoc*, la quale sia dotata di specifiche competenze in detto ambito, alla medesima stregua di quanto già proposto con riguardo alla regolamentazione di specifici segmenti di mercato[48].

Claudia Marasco

Assegnista in Diritto dell'economia

nell'Università degli Studi di Napoli "Parthenope"

[47] Cfr. ROSSANO, *Lo short selling e i poteri dell'ESMA*, in *Riv. Trim. dir. ec.* n. 4/2014, p. 232.
In argomento, si abbia riguardo a quanto già osservato, in contesto affatto diverso, con riferimento alla sentenza della Corte di Giustizia UE 22 gennaio 2014, nella causa C-270/12, tra *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord* contro *Parlamento Ue e Consiglio UE*.

[48] Ci si riferisce alla proposta di Regolamento presentata dalla Commissione UE il 21 luglio 2021 che istituisce una nuova autorità di vigilanza sovranazionale per la lotta al riciclaggio di denaro e al finanziamento del terrorismo denominata AMLA (*Anti Money Laundering Authority*), la quale è parte del pacchetto legislativo (AML *Package*), volto a rafforzare le regole europee in materia di AML/CFT.

PARTE II. ECOSISTEMI DIGITALI E INNOVAZIONI GIURIDICHE

L'ECOSISTEMA DIGITALE E L'EVOLUZIONE DEI MERCATI *

(Digital ecosystem and the evolution of markets)

ABSTRACT: *This work focuses on some problematic aspects concerning the relationship between digital innovation and regulation of financial markets. In particular, we will refer to some of the most recent regulatory measures (MiCAR, DLT Pilot Regime, and ECSPR), to highlight how the construction of a coherent and homogeneous regulatory framework requires a very complex reconciliation of vertical and horizontal rules, which may also be conflicting.*

We assume that remedies such as cooperation among authorities and the use of flexible and innovative regulatory techniques, such as sandboxes, can certainly prove to be useful for this purpose, but the role of the economic law experts should not be neglected either, since these latter can offer, through their multidisciplinary skills, an important contribution in both the creation and application of a consistent legal framework.

SOMMARIO: 1. Premessa: problematiche di fondo della disciplina degli ecosistemi finanziari digitali. – 2. Primo tema: difficoltà di inquadramento giuridico dei nuovi servizi finanziari digitali. – 3. Secondo tema: frammentarietà e contraddittorietà del quadro giuridico complessivo. – 4. (*Segue*) Difficoltà di coordinamento fra norme settoriali. Alcuni esempi: *a)* il Regolamento sui mercati delle cripto-attività (MiCAR); *b)* il Reg. (UE) 2020/1503 sui fornitori di servizi di *crowdfunding* per le imprese (ECSPR); *c)* il Reg. (UE) 2022/858 relativo ad un regime pilota per le infrastrutture di mercato basate sulla tecnologia a registro distribuito (*DLT Pilot Regime*) – 5. (*segue*). La complessa interazione tra norme di taglio "verticale" e norme di taglio "orizzontale". – Brevi considerazioni conclusive.

1. Associare in un unico frangente due nozioni come quelle di *ecosistema digitale* e di *mercati* conferisce al tema che mi è stato assegnato dall'organizzatrice di

*Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio.

questo Convegno, già ad una prima impressione, una portata di straordinaria ampiezza, ancor più in ragione della sollecitazione, implicita nel titolo di questo contributo, a cogliere anche i profili evolutivi dell'argomento in discussione.

Nell'intento di delimitare l'oggetto del mio intervento, quindi, preciso subito che, mentre l'espressione *ecosistema digitale* può essere genericamente riferita ad un ambiente nel quale le interazioni tra i vari partecipanti avvengono, in presenza di regole più o meno dettagliate e con gradi differenziati di complessità, tramite il ricorso alle nuove tecnologie digitali, con il termine *mercati* si indicheranno specificamente, invece, i soli mercati finanziari (locuzione che intende ricomprendere, secondo la consueta formula riassuntiva, l'insieme dei mercati bancari, mobiliari e assicurativi).

Anche così circoscritto, peraltro, il campo di indagine resta assai vasto, poiché il binomio tecnologie digitali/mercati finanziari richiama subito alla mente l'ampio ventaglio di problematiche inerenti a quell'eterogenea realtà che gli studiosi sono ormai avvezzi a definire comunemente con il termine *FinTech*.

Non è questa la sede per affrontare le complesse questioni giuridiche che riguardano tale proteiforme fenomeno, cui negli ultimi anni sono state dedicate, del resto, numerose ed autorevoli opere, anche di taglio manualistico.

Pare comunque opportuno fissare alcuni punti fermi, che possano costituire la base di partenza per le osservazioni che seguiranno.

È noto – e ciò sembra ormai rappresentare la premessa quasi obbligata di ogni trattazione sul *FinTech* – che, in ambito finanziario, le innovazioni tecnologiche e digitali si accompagnano ad una frammentazione della catena del valore dei servizi finanziari (*unbundling*) e ad una ricomposizione della stessa in nuove formule operative (*rebundling*), che possono essere lette, per un verso, in chiave di marginalizzazione o disintermediazione degli operatori tradizionali, per l'altro, alla

stregua di fattori in grado di generare nuove ed inedite forme di intermediazione[1]. Tale fenomeno, oltre ad obbligare gli intermediari tradizionali, per ragioni che qui non è possibile analizzare, ad un ripensamento dei propri *business models*[2], pone delicati problemi sotto il profilo della regolazione (oltre che della supervisione), riassumibili, in estrema sintesi, in alcuni interrogativi di base, vale a dire *se* e *come* regolare tali nuove attività[3]; interrogativi ai quali se ne potrebbero fondatamente aggiungere altri non meno stimolanti, ossia *chi* deve regolare (questione affatto oziosa, se si riflette sulla spiccata dimensione transnazionale dei mercati finanziari e sulla complessità del sistema di produzione delle fonti in ambito finanziario[4]) e *quando* si deve regolare (posto che la tempistica degli interventi regolatori è condizionata da molteplici fattori, tra i quali, ad es., il grado di "maturazione" di determinati fenomeni nel contesto del mercato, il livello di comprensione dei medesimi da parte del regolatore stesso, o la necessità di non soffocare sul nascere l'innovazione attraverso una troppo precoce imposizione di stringenti vincoli normativi).

Esauriti questi brevi e sommari cenni alla regolamentazione dei nuovi ecosistemi finanziari digitali, mi preme ulteriormente chiarire che, per tenere fede al

[1] SCIARRONE ALIBRANDI, *Innovazione tecnologica, regolazione e supervisione dei mercati*, in FALCE (a cura di), *Financial Innovation tra disintermediazione e mercato*, Torino, 2021, p. 1 ss.; FALCONE, *Contratti bancari e FinTech*, in CAPOBIANCO (a cura di), *I contratti bancari*, Milano, 2021, p. 617 ss.; LA SALA, *Intermediazione, disintermediazione, nuova intermediazione: i problemi regolatori*, in CIAN, SANDEI (a cura di), *Diritto del Fintech*, Milano, 2020. Sul tema si rivela utile anche la lettura dei contributi raccolti in LENER, LUCHENA, ROBUSTELLA (a cura di), *Mercati regolati e nuove filiere di valore*, Torino, 2021.

[2] Nella letteratura giuridico-economica, invero, viene spesso evidenziato il processo evolutivo che sta interessando gli enti creditizi, sempre più orientati verso l'adozione dei nuovi modelli della *bank as a platform*, *bank as a marketplace* e *bank as a service*. Al riguardo, v. MILANESI, *A New Banking Paradigm: The State of Open Banking in Europe, The United Kingdom, and the United States*, Stanford-Vienna, TTLF *Working Paper* No 29, 2017, p. 159 ss. (*http://ttlf.stanford.edu*).

[3] Sul punto, diffusamente, PARACAMPO, FinTech, *evoluzioni tecnologiche e sfide per il settore bancario tra prospettive di cambiamento ed interventi regolamentari. Fenomenologia di un processo* in fieri, in PARACAMPO (a cura di), *FINTECH. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, vol. II, Torino, 2021, p. 15 ss.

[4] In arg. ANNUNZIATA, LAMANDINI, *"Questo è un nodo avviluppato": divagazioni sulla regolazione del mercato finanziario,* in *Giur. comm.*, 2022, n. 1, p. 34 ss. Sul sistema delle fonti, per tutti, CAPRIGLIONE, *Fonti normative*, in CAPRIGLIONE (a cura di), *L'ordinamento finanziario italiano*, t. 1, Padova, 2010, p. 3 ss.

taglio dichiaratamente generico di questa relazione, mi soffermerò solo su alcune problematiche di fondo riguardanti il rapporto tra innovazione digitale e disciplina dei mercati finanziari, avvalendomi al più, per conferire concretezza al discorso, di alcuni esempi tratti dalla recente legislazione di settore.

Mi concentrerò, in particolare, su alcuni aspetti che mi pare impegnino ormai in modo sistematico le capacità del giurista che intenda accostarsi alla disciplina, in perenne transizione, dei "nuovi" servizi finanziari, per tali intendendosi quelli basati proprio sull'impiego delle moderne tecnologie digitali.

2. Per quanto l'osservazione possa apparire banale, la prima difficoltà con la quale lo studioso del diritto è costretto a misurarsi riguarda l'inquadramento giuridico delle nuove fattispecie, le quali, a prescindere dall'approccio metodologico utilizzato, offrono spesso forti resistenze rispetto ad ogni tentativo di classificazione.

Il problema si pone principalmente, com'è ovvio, nei casi in cui manchi ogni riferimento normativo, o qualora i riferimenti normativi, seppur esistenti, siano "minimali": accade, ad es., che l'ordinamento offra la definizione di taluni fenomeni tecnologicamente evoluti, insistendo tuttavia su aspetti più tecnici che giuridici, che non consentono di ricostruirne in modo compiuto la natura giuridica e il regime disciplinare (si pensi al caso delle criptovalute o degli *smart contracts*, rispetto ai quali non risulta affatto semplice addivenire a conclusioni certe e definitive)[5].

Altre volte, invece, l'opera di riconduzione delle nuove realtà all'interno di istituti o fattispecie già noti risulta molto più agevole, ma ciò non implica l'automatica soluzione di ogni problema. Si pensi, ad es., al caso del *robo-advisor* (a prescindere dalle modalità, più o meno automatizzate, attraverso le quali tale attività può essere

[5] Con riferimento agli esempi citati nel testo v., rispettivamente, GASPARRI, *Riflessioni sulla natura giuridica del bitcoin tra aspetti strutturali e profili funzionali*, in *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, 2021, p. 127 ss., e ROBUSTELLA, *Verso le transazioni algoritmiche: gli* smart contracts *e i modelli negoziali intelligenti*, in PASSALACQUA (a cura di), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, Padova, 2021, p. 378 ss.

prestata): non mi pare, infatti, si possa contestare che ove tale servizio si traduca nell'erogazione di raccomandazioni di investimento personalizzate, aventi ad oggetto specifici strumenti finanziari, si rientri nell'ambito della consulenza in materia di investimenti (art. 1, comma 5-*septies*, TUF), con conseguente assoggettamento alla relativa disciplina normativa. Allo stesso tempo, tuttavia, è noto che le particolari modalità di erogazione del servizio medesimo (basato sull'impiego di tecnologie algoritmiche tanto sofisticate quanto opache, nonché su una significativa riduzione dell'interazione umana diretta) prospettano specifiche problematiche (ampiamente analizzate dalla dottrina ed attinenti, in larga misura, ai profili di tutela del cliente)[6], in merito alle quali è lecito porsi quanto meno il dubbio circa l'opportunità di modificare/integrare il quadro normativo di riferimento, adeguando le attuali disposizioni di settore alle peculiarità della fattispecie in esame[7]. Il principio di neutralità tecnologica, che dovrebbe fungere da criterio-guida dell'attività di regolazione del settore finanziario, mostra quindi la corda, in simili situazioni, non essendo necessariamente vero, né opportuno, che la disciplina di un medesimo servizio finanziario debba risultare del tutto indifferente alle soluzioni tecnologiche sottese all'erogazione del medesimo[8].

Si vuole con ciò significare che, a fronte dell'utilizzo di tecnologie finanziarie così dirompenti, in grado di mettere in crisi il ricorso alle tradizionali categorie concettuali, lo sforzo che i regolatori sono chiamati a compiere, come da più parti osservato, dovrebbe dirigersi verso l'elaborazione di regole altrettanto dirompenti, che si rivelino capaci di allontanarsi, ove necessario, anche dai consueti paradigmi

[6] LENER, *Sviluppo del* Fintech *e trasformazioni dei mercati*, in PASSALACQUA (a cura di), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, op. cit., p. 378 ss.; SARTORI, *La consulenza finanziaria automatizzata: problematiche e prospettive*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2018, n. 3, p. 261 ss.
[7] Di recente, ZUNZUNEGUI, *Robo-Advice as a Digital Finance Platform*, in *ECFLR*, vol. 19, 2, 2022, p. 272 ss.
[8] MATTASSOGLIO, *Algoritmi e regolazione. Circa i limiti del principio di neutralità tecnologica*, in *Riv. reg. mercati*, 2018, n. 2, p. 244 ss.

normativi[9].

3. A dire il vero, è possibile constatare come, al di là di ogni giudizio in merito ai risultati effettivamente raggiunti, un simile sforzo sia stato in alcuni casi compiuto. E tuttavia, anche là dove il legislatore si è deciso ad intervenire, con l'obiettivo di offrire un'adeguata cornice disciplinare a nuovi prodotti, servizi o attività finanziarie ad alto contenuto tecnologico, si palesano alcuni problemi di fondo, derivanti dal modo in cui la regolamentazione finanziaria va in concreto formandosi.

È un dato difficilmente confutabile, infatti, che quest'ultima non progredisce secondo un disegno organico e coordinato, ma muove per passi spesso isolati, arricchendosi, nel tempo, di tessere (atti normativi veri e propri, regole vincolanti adottate dalle autorità di settore, ma anche eterogenei provvedimenti di *soft law*) che compongono un mosaico ancora incompleto, frammentario e talvolta contraddittorio. Un limite, questo, che dipende certamente, in buona parte, dalla distinta velocità alla quale procedono le innovazioni tecnologiche che si manifestano nei vari ambiti dell'intermediazione finanziaria e, correlativamente, dalla maggiore o minore prontezza di reazione del regolatore rispetto a fenomeni non soltanto di difficile comprensione, ma anche rapidamente mutevoli.

Non che manchino, per la verità, esempi di provvedimenti in qualche modo coordinati: si pensi ai Regolamenti destinati a comporre il *Digital Finance Package* (MiCA, DORA e DLT *Pilot Regime*), ispirati quanto meno da obiettivi comuni, che emergono anche dai rinvii incrociati dall'uno all'altro provvedimento[10]. Si avverte

[9] PARACAMPO, *op. cit.*, pp. 59-60; CIPOLLONE, *Risposte (e proposte) della Banca d'Italia alle sfide dell'evoluzione tecnologica*, in *Riv. dir. banc.*, 2022, n. 3, p. 603 ss., il quale sostiene, in linea con la recente Comunicazione della Banca d'Italia in materia di tecnologie decentralizzate nella finanza e cripto-attività (giugno 2022), che le Autorità di settore possano affrontare le sfide poste dall'innovazione tecnologica facendo ricorso, in via complementare alla leva normativa, alla definizione di *standards* e *best practises* settoriali - individuabili anche attraverso forme di collaborazione tra settore pubblico e soggetti privati, rispondenti ad una logica di co-regolazione - che possano costituire un parametro di valutazione delle nuove tecnologie, quali *blockchain* e *smart contracts*.

[10] Nel momento in cui si scrive, risulta formalmente adottato solo il DLT *Pilot regime* (Reg. UE 2022/858 del 30 maggio 2022, pubblicato in G.U. il 2 giugno 2022), mentre sul contenuto dei

tuttavia, sul piano generale, la difficoltà di ricostruire un quadro normativo complessivamente coerente e unitario, all'interno del quale trovino efficace raccordo le numerose disposizioni nelle quali si articola la regolamentazione del settore finanziario; difficoltà che pare sostanzialmente tradursi, come cercheremo di mettere in luce qui di seguito, in un duplice ordine di problemi.

4. Sotto un primo profilo, emerge il tema del reciproco rapporto tra le normative di taglio "verticale", riferite ai vari ambiti dell'intermediazione finanziaria.

Alcuni esempi potranno essere d'aiuto a dare concreta evidenza al problema.

a) Il primo riguarda il Regolamento MICA, di ormai imminente approvazione[11]. Sul punto mi soffermerò solo per un breve cenno, poiché la questione costituisce già oggetto del contributo da me offerto al Volume di studi dedicato al prof. Mauro Giusti, al quale mi permetto di rimandare per maggiori dettagli[12].

Qui, mi limito a rammentare soltanto che, nel tracciare la nuova tassonomia delle cripto-attività, il Reg. MiCA introduce la nuova categoria degli *e-money tokens* (EMTs), configurando a livello normativo una fattispecie – la moneta elettronica *tokenizzata* – che catalizza attorno a sé il tradizionale regime disciplinare della moneta elettronica (EMD/PSD2) e quello, in via di adozione, immaginato per tale famiglia di *crypto-assets.*

Si tratta di una scelta dalla quale originano - stando almeno al testo della proposta di Regolamento – diversi problemi interpretativi, che si auspica vengano

Regolamenti MiCA e DORA è stato raggiunto un accordo politico definitivo, che ne consentirà la pubblicazione nei necessari tempi tecnici.

[11] V. nota precedente. Nel testo ci si riferisce più correttamente, pertanto, alla *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai mercati delle cripto-attività e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937* del 24/09/2020 (COM (2020) 593 final).

[12] CIRAOLO, *I sistemi di pagamento tra dinamiche tecnologiche e di mercato*, in PASSALACQUA (a cura di), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, cit., p. 419 ss.

risolti nella versione definitiva del provvedimento[13]. Il caso in esame offre emblematica rappresentazione, nondimeno, della necessità di raccordare in modo adeguato le varie componenti della legislazione dell'UE in materia finanziaria, là dove le stesse trovino, come nella specie, un punto di convergenza unitario.

b) Nella medesima ottica (ossia quella della composizione dei rapporti fra distinte norme dell'ordinamento finanziario), anche se in una prospettiva in un certo senso rovesciata rispetto all'esempio precedente, possono leggersi anche alcuni fra i provvedimenti di più recente adozione, che offrono ulteriore prova della necessità (e della difficoltà) di creare "ecosistemi" normativi innovativi, ma al tempo stesso coerenti con l'insieme delle disposizioni in materia finanziaria. E così, mentre in alcuni casi – come quello cui si è accennato in precedenza - sussiste il problema di assicurare, a valle dell'intervento regolatorio, una convivenza "pacifica e ordinata" fra distinte norme, potenzialmente confliggenti, dichiarate applicabili ad una medesima attività, in altri casi il regolatore interviene già a monte, proprio al fine di evitare potenziali sovrapposizioni tra plessi normativi distinti: definire compiutamente il raggio di applicazione delle nuove disposizioni, invero, realizza l'obiettivo di creare regimi disciplinari quanto più possibile lineari e razionali.

Si pensi, in questo senso, alle tanto dibattute problematiche regolatorie sollevate dalle attività di *crowdfunding*, nelle loro molteplici configurazioni[14].

Negli ultimi tempi, invero, l'attenzione della dottrina è stata rivolta specialmente al c.d. *marketplace lending*, attività variamente strutturata, che ha posto gli studiosi di fronte alla necessità di individuarne le caratteristiche tipiche (e, dunque, le analogie e le differenze) rispetto ad altre attività riservate del ramo finanziario (l'attività creditizia *in primis*, ma anche la prestazione di servizi di

[13] Per maggiore approfondimento, mi sia concesso rinviare al mio *La disciplina degli* e-money tokens *tra proposta di Regolamento MiCA e normativa sui servizi di pagamento. Problematiche regolatorie e possibili soluzioni*, in *Riv. reg. mercati*, 2022, n. 1, p. 247 ss.

[14] Al riguardo, diffusamente, CARATOZZOLO, *La finanza innovativa per le imprese: sviluppi digitali ed evoluzioni regolatorie*, Padova, 2020.

investimento, la prestazione di servizi di pagamento, il credito al consumo, ecc.)[15].

Orbene, il Regolamento (UE) 2020/1503 sui fornitori di servizi di *crowdfunding* per le imprese (Reg. ECSP)[16], definitivamente applicabile dal 10 novembre 2022, dà piena contezza proprio dell'esistenza di numerosi punti di contatto tra l'attività svolta da tali soggetti e le altre attività di natura finanziaria, tant'è che l'obiettivo che chiaramente traspare dalla lettura del preambolo è quello di "perimetrare" le attività di *crowdfunding* (sia *investment-based* che *lending-based*) e di definire per queste ultime un regime disciplinare che appaia coerente con l'articolato sistema delle riserve che caratterizza l'ordinamento finanziario[17].

Numerosi sono gli spunti che possono trarsi, in tal senso, dagli iniziali "considerando" (rappresentativi, in modo più o meno esplicito, del tema di cui si discute), ove si legge ad esempio che:

- i prestatori di servizi di *crowdfunding* non possono raccogliere fondi con obbligo di rimborso ed erogare crediti, a meno che non siano banche (n. 9);

- il Regolamento ECSP si applica ai servizi che consistono nell'erogazione congiunta del servizio di ricezione e trasmissione di ordini dei clienti e nel collocamento di valori mobiliari senza impegno irrevocabile su una piattaforma pubblica accessibile agli investitori (ed in questa misura tale attività intercetta, quindi, la materia dei servizi di investimento[18]) (n. 10);

- il *lending-based crowdfunding* si distingue dall'attività tipica di un ente

[15] Il tema è sviscerato in SCIARRONE ALIBRANDI, BORELLO, FERRETTI, LENOCI, MACCHIAVELLO, MATTASSOGLIO, PANISI, *Marketplace lending. Verso nuove forme di intermediazione finanziaria?*, in Consob, *Quaderni FinTech*, n. 5, 2019.

[16] Per un primo commento v. PERRINO, *Appunti sul* lending-based crowdfunding *nel reg. UE 2020/1503*, in *Banca Impresa Società*, 2022, n. 1, p. 27 ss.

[17] Non a caso, l'art. 45 prevede che, prima del 10 novembre 2023, la Commissione presenti al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione sull'applicazione del Regolamento, corredata da un'eventuale proposta legislativa, nella quale dovrà essere valutato, tra l'altro, l'impatto del Regolamento in relazione ad altre normative pertinenti dell'Unione, tra cui la dir. 97/9/CE, la dir. 2011/61/UE, la dir. 2014/65/UE e il Reg. (UE) 2017/1129.

[18] Si badi tuttavia che, ai sensi della direttiva (UE) 2020/1504 del 7 ottobre 2020, ai fornitori di servizi di *crowdfunding*, per come definiti dal Reg. 2020/1503, non si applica la direttiva 2014/65/UE (MiFID 2), al fine di evitare che una stessa attività sia soggetta a più autorizzazioni all'interno dell'Unione.

creditizio, in quanto non consiste nell'erogazione di crediti per proprio conto, né nella raccolta del risparmio (n. 11);

- il quadro normativo istituito con il Regolamento ECSP si sovrappone a quello stabilito con il Regolamento n. 2017/1129 sui prospetti, in ragione della fissazione di una soglia di offerta pari ad € 5.000.000 (così aumentando il rischio di arbitraggio regolamentare e di creazione di un effetto destabilizzante sull'accesso ai finanziamenti e sullo sviluppo dei mercati di capitali in alcuni Stati membri) (n. 17)[19];

- l'autorizzazione all'erogazione dei servizi di *crowdfunding* non comporta il diritto a svolgere servizi di gestione patrimoniale, individuale o collettiva (pur essendo prevista la figura, ispirata ai servizi gestori, di "gestione individuale di portafogli di prestiti") (n. 19);

- l'esistenza di strumenti c.d. di "filtraggio" (che mostrano, cioè, risultati basati su criteri relativi a caratteristiche meramente oggettive del prodotto) non implica (necessariamente) una consulenza in materia di investimenti, se non si traduce in una raccomandazione personalizzata (n. 20);

- l'autorizzazione a fornire servizi di *crowdfunding* non comporta l'autorizzazione a fornire servizi di pagamento (n. 29);

- la bacheca elettronica messa a disposizione dai fornitori di servizi di *crowdfunding*, nella quale vengono pubblicizzati gli interessi di acquisto e di vendita di prestiti o di valori mobiliari dei clienti, non deve comprendere un sistema interno di abbinamento degli ordini per l'esecuzione dei medesimi su base multilaterale, a meno che, in relazione ai valori mobiliari, il fornitore non abbia un'autorizzazione

[19] Il Reg. 2017/1129, pertanto, è stato modificato, esonerando dall'obbligo di pubblicazione del prospetto le offerte pubbliche di titoli effettuate da fornitori di servizi di *crowdfunding* in misura inferiore alla predetta soglia (art. 46 Reg. ECSP). Inoltre, è stato previsto che, per un periodo massimo di 24 mesi, decorrenti dal 10 novembre 2021, il Regolamento 2020/1503 si applichi, negli Stati membri ove la soglia del corrispettivo totale per la pubblicazione del prospetto a norma del Reg. 2017/1129 sia stata fissata in misura inferiore a 5.000.000 di euro, solo alle offerte di *crowdfunding* il cui importo totale non superi tale soglia (art. 49). In tal modo si tiene conto delle diversità nazionali nell'attuazione del Regolamento prospetti e dello sforzo che alcuni Stati membri dovranno compiere al fine di adeguare la propria legislazione domestica e garantire l'applicazione di una soglia unica ai sensi del Reg. ECSP.

come impresa di investimento o come mercato regolamentato (n. 53).

Tali esempi appaiono sintomatici, in sostanza, della necessità di definire prioritariamente, come sopra accennato, l'esatto perimetro delle attività dei fornitori di servizi di *crowdfunding*, pur non escludendosi – lo si è visto - che questi ultimi possano prestare, per le particolari qualifiche soggettive rivestite, altre attività finanziarie disciplinate da regole specifiche.

Questo modo di procedere, basato su una sorta di *actio finium regundorum*, denota quindi la necessità per il legislatore di confrontarsi con una duplice esigenza: da un lato, quella di evitare le interferenze tra il nuovo regime disciplinare delineato per i servizi di *crowdfunding* e quelli relativi ad attività (all'apparenza simili, ma) ontologicamente differenti; dall'altro, quella di gestire, ancora una volta, le problematiche che potrebbero derivare dall'eventuale cumulo in capo al medesimo soggetto di statuti normativi distinti, potenzialmente contrastanti.

c) Altro esempio è rappresentato dal recentissimo Regolamento (UE) 2022/858 del 30 maggio 2022, relativo ad un regime pilota per le infrastrutture di mercato basate sulla *Distributed Ledger Technology*.

In breve, può affermarsi che l'emanazione di questo provvedimento soddisfa l'esigenza di favorire la diffusione di strumenti finanziari "tokenizzati" (ossia strumenti finanziari che possano essere emessi, registrati, trasferiti e stoccati mediante la tecnologia a registro distribuito), tramite la predisposizione di nuove regole relative alle strutture di negoziazione e di *post-trading* che utilizzano la DLT.

Ora, il preambolo del Regolamento precisa che l'attuale quadro giuridico è stato concepito senza tenere conto dell'avvento della tecnologia a registro distribuito e della diffusione delle cripto-attività e presenta, quindi, diverse lacune normative riguardo alle specificità tecnico-giuridiche proprie della DLT (considerando n. 4). In questo senso, ad es., si rileva come la creazione di infrastrutture di mercato per strumenti finanziari tokenizzati resti vincolata al rispetto di alcuni requisiti contenuti

nella legislazione UE, che, tuttavia, non risultano pienamente congruenti con gli strumenti finanziari in forma di criptoattività e con la DLT (considerando n. 5)[20].

L'obiettivo è dunque quello di testare un nuovo regime temporaneo concernente le c.d. infrastrutture di mercato DLT, per tali intendendosi, più in particolare, i sistemi di negoziazione multilaterali DLT (MTF DLT), i sistemi di regolamento titoli DLT (SS DLT) e i sistemi misti (TSS DLT, che, peraltro, introducono nell'ordinamento un tratto di particolare novità, giacché la tecnologia a registro distribuito consente di superare la tradizionale distinzione tra attività di negoziazione e strutture di post-negoziazione, combinandole all'interno di un'unica entità).

Ciascuna di tali figure pone, nondimeno, problemi di compatibilità con la preesistente normativa dell'Unione, rispetto alla quale viene espressamente legittimato, pertanto, un regime di deroghe ed esenzioni, destinate ad essere ridiscusse in futuro, in sede di riesame del provvedimento.

Focalizzando l'attenzione, per economia di trattazione, sulla sola fattispecie del sistema di regolamento titoli DLT (SS DLT), si prevede, ad esempio, che il depositario centrale che lo gestisce possa essere esonerato dal rispetto di alcune disposizioni del Regolamento (UE) n. 909/2004 (CSDR)[21], tali da poter rappresentare degli ostacoli normativi allo sviluppo delle predette infrastrutture[22].

Ora, si potrebbe anche obiettare che la previsione di siffatto regime in deroga abbia poca ragione di esistere, poiché la tokenizzazione degli strumenti finanziari non rappresenterebbe altro che una più evoluta manifestazione (digitale, e non soltanto

[20] Si pensi, ad es., alle disposizioni che precludono agli investitori non professionali l'accesso diretto ai sistemi di negoziazione, o ai sistemi di regolamento e di consegna gestiti da un CSD, costituendo un ostacolo allo sviluppo di modelli alternativi basati sulla DLT, che consentano invece tale accesso.

[21] Per esteso, Regolamento (UE) 909/2014 del 23 luglio 2014 relativo al miglioramento del regolamento titoli nell'Unione europea ed ai depositari centrali di titoli, recante modifica delle direttive 98/26/CE e 2014/65/UE e del regolamento (UE) n. 236/2012.

[22] La tradizionale struttura di gestione accentrata degli strumenti finanziari, tipica degli attuali sistemi CSD, risulta tendenzialmente incompatibile, invero, con l'impiego di tecnologie decentralizzate e con la tokenizzazione degli strumenti finanziari: ANNUNZIATA, MINTO, *Il nuovo Regolamento UE in materia di* Distributed Ledger Technology. *Analisi del nuovo DLT Pilot Regime*, 13 luglio 2022, reperibile su *www.dirittobancario.it*.

elettronica) del già ampiamente metabolizzato fenomeno della dematerializzazione degli strumenti finanziari, per come da tempo contemplato dall'ordinamento (v. la disciplina della gestione accentrata e del regolamento delle operazioni su strumenti finanziari dematerializzati, art. 83-*bis* TUF). Così ragionando, tuttavia, si trascurerebbe l'effettiva portata innovatrice delle nuove tecnologie a registro distribuito, la cui implementazione su larga scala potrebbe addirittura preludere alla scomparsa, in futuro, di soggetti come i depositari centrali o le controparti centrali, rendendone superflua l'esistenza[23]. In quest'ottica, dunque, trovano piena legittimazione le citate deroghe al regime ordinario dei depositari centrali, risultando difficoltoso applicare, in un contesto di negoziazioni basate sulla DLT (ed in mancanza di opportuni adeguamenti normativi), le vigenti disposizioni che fanno riferimento a nozioni come "forma dematerializzata", "conto titoli", "ordine di trasferimento" o "scritturazione contabile", per come tradizionalmente intese[24] (con l'ulteriore aggravante rappresentata dalla circostanza che attività come la registrazione dei titoli, la tenuta dei conti e la gestione dei sistemi di regolamento non sono del tutto armonizzate a livello europeo, ma sono disciplinate anche da norme nazionali di diritto societario o di diritto dei mercati mobiliari, che i gestori delle infrastrutture di mercato DLT saranno comunque tenuti a rispettare)[25].

Ancora una volta si tratta, in definitiva, di garantire la complessiva coerenza interna dell'ordinamento finanziario dell'Unione, assicurando, nella specie, la compatibilità tra regole volte a promuovere la diffusione sul mercato degli strumenti finanziari tokenizzati e la restante legislazione dell'UE in materia di mercati finanziari, superando i problemi che, in difetto di disposizioni *ad hoc*, l'operatività delle DLT *market infrastructures* inevitabilmente incontrerebbe.

[23] LENER, *Sviluppo del* Fintech *e trasformazioni dei mercati*, cit., p. 354, ove ulteriori riferimenti.
[24] In arg., v. LEOCANI, MALVAGNA, SCIARRONE ALIBRANDI, TRANQUILLINI, *Tecnologie di registro distribuito (*distributed ledger technologies – blockchain*) per la rappresentazione digitale di strumenti finanziari (*security token*): tra diritto cartolare e disciplina delle infrastrutture di mercato*, in *Riv. dir. banc.*, 2022, n. 2, p. 86 ss.
[25] Considerando n. 30 e n. 45 DLT *Pilot Regime*.

Solo l'esperienza applicativa, ad ogni modo, potrà dire se le deroghe alla disciplina ordinaria introdotte dal regime pilota saranno in grado di assicurare l'efficienza ed il buon funzionamento delle nuove infrastrutture di mercato DLT, non essendo consigliabile, allo stato, sbilanciarsi in previsioni di alcun genere.

5. Ulteriore ordine di problemi è poi rappresentato dalle complesse intersezioni tra le disposizioni sui servizi finanziari di taglio verticale e quelle, di taglio orizzontale, che si applicano trasversalmente a tutti i settori dell'intermediazione finanziaria (si pensi alle disposizioni in materia di tutela dei dati personali, alla normativa antiriciclaggio, alla normativa a protezione dei consumatori, alla normativa *antitrust* e, guardando al prossimo futuro, alle disposizioni in materia di intelligenza artificiale)[26].

Anche in questo caso, invero, la convivenza tra le disposizioni settoriali e quelle trasversali può risultare più o meno difficoltosa e scontare la mancanza di un adeguato coordinamento fra plessi normativi contestualmente riguardanti le medesime fattispecie.

Tra gli esempi più studiati in letteratura rientra senz'altro la normativa unionale in materia di servizi di pagamento, rappresentata dalla PSD2.

Tale provvedimento ha dettato, com'è noto, regole relative a servizi di pagamento digitali non ancora disciplinati nella prima versione della direttiva, quali i *Payment Initiation Services* (PIs) e gli *Account Information Services* (AISs). L'erogazione di tali servizi si basa, com'è altrettanto noto, sulla possibilità per i relativi

[26] Al riguardo, è stata efficacemente evocata l'immagine di una "matrice di regole normative", formata da linee verticali (ossia dalle diverse normative speciali che compongono il sistema finanziario allargato, integrate da regole di rango secondario e da atti di *soft law*) e da piani orizzontali (sui quali si collocherebbero, oltre alle disposizioni già citate nel testo, anche le norme facenti parte del regime generale per l'intermediazione digitale), la cui complessa articolazione può dare luogo a molteplici incertezze applicative: D'AGOSTINO, *Le piattaforme digitali come nuove forme di mercato. Alcune considerazioni in merito ai profili economico-giuridici alla luce del processo normativo in UE*, in AMMANNATI, CANEPA, GRECO, MINNECI (a cura di), *Algoritmi, Big Data, piattaforme digitali*, Torino, 2021, p. 116 ss.

fornitori (c.d. *Third-Party Providers*, TPPs) di accedere ai conti di pagamento detenuti dagli utenti presso altri intermediari (i prestatori di servizi di radicamento del conto), secondo l'innovativa logica dell'*open banking*.

Ora, è del tutto evidente che tale modello operativo pone, come minimo, un rilevante problema di tutela dei dati immagazzinati nei conti resi accessibili alle terze parti, sollevando, per tale ragione, la delicata questione dei rapporti tra le disposizioni (settoriali) della PSD2, che mirano appunto a garantire il libero accesso dei TPPs ai conti di pagamento (là dove sussista, naturalmente, il consenso dei rispettivi titolari), e quelle (generali) del GDPR, che intendono assicurare adeguata tutela ai dati delle persone fisiche. Rapporti che, come messo in luce dalla dottrina che ha indagato il tema, appaiono definiti in modo nient'affatto lineare, posto che l'impianto della PSD2 è alquanto conciso sul punto e non contiene regole idonee a garantire un adeguato coordinamento con la normativa generale in materia di protezione dei dati personali[27]. Circostanza dalla quale discendono numerosi interrogativi giuridici, legati anche al disallineamento fra i due plessi normativi, relativamente al significato e alla portata da attribuire a nozioni accomunate da identica denominazione (come quelle di "dati sensibili" o di "consenso").

Sarebbe auspicabile, pertanto, che ogni nodo interpretativo venisse definitivamente sciolto, specie guardando in prospettiva futura: la PSD2 aspira infatti a rappresentare un modello di riferimento per la creazione di un ecosistema ancora più aperto (c.d. *open finance*), basato su una più ampia circolazione di dati di natura finanziaria (non limitati, cioè, a quelli relativi ai conti di pagamento) tra operatori del

[27] RABITTI, SCIARRONE ALIBRANDI, *I servizi di pagamento tra PSD2 e GDPR: open banking e conseguenze per la clientela*, in CAPRIGLIONE, Liber amicorum *Guido Alpa*, Padova, 2019, p. 726 ss.; BURCHI, MEZZACAPO, MUSILE TANZI, TROIANO, *Financial Data Aggregation e Account Information Services. Questioni regolamentari e profili di business*, in Consob, *Quaderni* FinTech, n. 4, 2019; GENOVESE, FALCE (a cura di), *La portabilità dei dati in ambito finanziario*, in Consob, *Quaderni* FinTech, n. 8, 2021; HELGADOTTIR, *The Interaction between Directive 2015/2366 (EU) on Payment Services (PSD 2) and Regulation (EU) 2016/679 on General Data Protection (GDPR) Concerning Third Party Providers*, 12 dicembre 2019 (*https://ssrn.com/abstract=3455428*).

settore[28]. È chiaro, nondimeno, che se già le fondamenta dell'impalcatura normativa scricchiolano, ad analoga sorte saranno destinati, in assenza degli opportuni interventi di consolidamento, anche i piani superiori.

Ulteriore esempio può infine trarsi, ancora una volta, dal Reg. MiCA, là dove si precisa che, allorquando l'offerta al pubblico di cripto-attività implichi una relazione tra imprese e consumatori, troverà applicazione anche la legislazione UE a protezione di questi ultimi (ad es., la dir. 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, la dir. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali scorrette delle imprese nei confronti dei consumatori e la dir. 93/3/CEE sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori), così come si puntualizza che i servizi per le criptoattività dovrebbero essere considerati "servizi finanziari" ai sensi della direttiva 2002/65/CE, con conseguente assoggettamento alle relative disposizioni, in caso di commercializzazione a distanza nei confronti di consumatori[29].

Come in altra sede rilevato, dunque, anche in questo caso si pone il problema di valutare e assicurare la coerenza fra il regime MiCA e l'insieme di obblighi, rimedi e tutele dettati dalla normativa consumeristica (si pensi, ad es., agli articolati regimi informativi previsti dai suddetti provvedimenti normativi, o alla difficoltà di applicare lo strumento del recesso del consumatore acquirente di *crypto-assets*, in un ambiente tecnologico che presuppone l'irreversibilità delle transazioni tramite DLT[30]).

6. In un contesto che presenta così rilevanti problemi di razionalizzazione e coerenza complessiva del quadro normativo, resta da domandarsi quali rimedi siano

[28] L'introduzione, entro il 2024, di nuove regole sull'*open finance*, relative all'accesso e all'ampia condivisione dei dati dei consumatori tra imprese del settore finanziario, ai fini della produzione di nuovi e più efficienti servizi, è obiettivo dichiarato della *Digital Finance Strategy* della Commissione europea (COM (2020) 591 final, 24 settembre 2020). In letteratura, v. ARNER, BUCKLEY, ZETZSCHE, *Open Banking, Open Data and Open Finance: Lessons from the European Union*, 11 novembre 2021 (*https://ssrn.com/abstract=3961235*).

[29] Considerando n. 16 e n. 55 proposta Reg. MiCA.

[30] Sul punto, mi sia permesso rinviare ancora a CIRAOLO, *I sistemi di pagamento tra dinamiche tecnologiche e di mercato*, cit., pp. 422-23.

concretamente attuabili.

Le soluzioni solitamente invocate in letteratura contemplano il rafforzamento della cooperazione tra autorità (per tali dovendosi intendere, peraltro, non soltanto quelle preposte in via diretta alla regolamentazione e al controllo dei mercati finanziari[31])[32], l'incentivazione del dialogo con i vari *stakeholders* (assecondando una logica di co-regolazione che possa giovare a dirimere, ove possibile, anche i problemi giuridici legati all'impiego delle nuove tecnologie) o il ricorso a forme sperimentali di regolamentazione dei nuovi fenomeni, attraverso le quali raggiungere risultati di maggiore flessibilità ed efficienza (il modello delle *regulatory sandboxes* è quello in atto più dibattuto, anche alla luce della progressiva espansione oltre i confini della finanza, entro i quali è stato più ampiamente testato[33]).

Si tratta di soluzioni apprezzabili e senza dubbio condivisibili, per quanto la loro efficacia possa risultare di difficile misurabilità sul piano empirico. Ma ciò che più ci preme rivendicare, in una circostanza nella quale ci si propone di indagare le dinamiche intercorrenti tra innovazione tecnologica e regole di mercato, è il ruolo del giurista dell'economia, nel convincimento che lo stesso possa offrire, attraverso il bagaglio di competenze multidisciplinari che ne contraddistingue la formazione scientifica, un utile contributo sia nella fase, inarrestabile, di elaborazione delle norme, che, soprattutto, in sede di interpretazione e di ricostruzione sistematica del

[31] Occorre infatti tenere conto della varietà di interessi rilevanti nell'ambito dei mercati finanziari – dalla protezione dei consumatori alla *cyber-security*, dalla tutela della concorrenza alla protezione dei dati personali - e delle distinte competenze necessarie ai fini di un'adeguata composizione degli stessi.

[32] L'importanza di un rafforzamento della cooperazione tra autorità finanziarie e non finanziarie, segnatamente *"(i) to maintain awareness of policy developments happening across relevant sectors; (ii) to better identify and monitor market developments and emerging risks on a horizontal basis; and (iii) in the context of the growing platformisation of financial services and the development of MAGs (Mixed Activity Groups)"*, emerge anche dal *report* del 31 gennaio 2022 delle ESAs (p. 90 ss.), redatto in risposta al *Call for Advice on digital finance and related issues* pubblicato nel febbraio del 2021 dalla Commissione europea.

[33] Cfr. PARACAMPO, *Il percorso evolutivo ed espansivo delle* regulatory sandboxes *da* FinTech *ai nuovi lidi operativi del prossimo futuro*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 18, p. 207 ss; LEMMA, *La regolazione del* FinTech *tra* "same supervision" *e* "sandbox", in PASSALACQUA (a cura di), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, cit., p. 385 ss.

quadro regolamentare. Mai come oggi, in altri termini, lo studioso dei fenomeni economici è chiamato a partecipare alla definizione delle condizioni necessarie per l'affermarsi di un ecosistema digitale che, a livello normativo, appaia quanto più possibile lineare e coerente.

Francesco Ciraolo

Ordinario di Diritto dell'economia

nell'Università degli Studi di Messina

IN ATTESA DELL'EURO DIGITALE. ALCUNE RIFLESSIONI DI CARATTERE GIURIDICO *

(Waiting for the digital euro. Some legal thoughts)

ABSTRACT: *One of the most recently debated issues, concerns the possibility, of the central bank introducing its own digital currency, the so-called Central Bank Digital Currency (CBDC). A new form of money, which is a central bank liability, denominated in an existing unit of account, serves both as a medium of exchange and a store of value. The ECB also has similar plans. This decision justifies by the transformations imposed by technological innovation, which has introduced new digital currencies both private, like the Libra of Facebook, and both public, such as the digital Chinese Yan, which are likely to affect the same concept of monetary sovereignty. The introduction of a different and further form of public digital currency, especially a retail one, will have significant impacts on the concept of money, on the payment system, and so on which will need to be rethought from a legal point of view.*

SOMMARIO: 1. Contestualizzazione del tema di indagine. – 2. Alcune riflessioni circa l'evoluzione dell'uso della moneta. – 2.1. Dagli 'anni 90 ad oggi: la creazione di un sistema che poggia sulla moneta bancaria privata. – 2.2. Le tecnologie decentralizzate e il tentativo di sovvertire il sistema monetario e dei pagamenti tradizionali. – 3. Il progetto europeo di euro digitale: considerazioni di carattere generale. – 4. L'euro digitale verso cui sembrerebbe orientata la BCE. – 5. Euro digitale e privacy. – 6. Euro digitale e intermediari privati. – 7. Alcune questioni giuridiche connesse all'adozione di un euro digitale: il potere di emissione e il corso legale. – 8. I poteri della BCE finalizzati all'emissione di un euro digitale. – 8.1. L'ancoraggio normativo nel caso di un digital euro retail di tipo *account based*. – 8.2. L'ancoraggio normativo nel caso di un digital euro retail di tipo *token based.* – 8.3. La critica di queste tesi qualora l'euro digitale retail, di tipo *account* e *token based*, sia programmabile. – 9. L'euro digitale e la questione relativa al corso legale. – 10. Alcune riflessioni conclusive sull'euro digitale.

*Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio.

1. Uno dei temi più discussi, degli ultimi tempi, riguarda sicuramente la possibilità, per il banchiere centrale, di introdurre una sua moneta digitale, ossia una c.d. Central Bank Digital Currency (CBDC), intesa come «a new form of central bank money…. a central bank liability, denominated in an existing unit of account, which serves both as a medium of exchange and a store of value»[1].

Una mossa inimmaginabile, fino a poco tempo fa, e che trova giustificazione nelle profonde trasformazioni che l'innovazione tecnologica sta portando nel settore della moneta e dei pagamenti, ove ha reso possibile la creazione di nuove valute digitali sia private, come la famigerata Libra di Facebook, sia pubbliche, quali, in primis, il digital Yan Cinese, che rischiano di incidere sullo stesso concetto di sovranità monetaria.

Anche lo scoppio della pandemia ha senz'altro contribuito ad accelerare questo processo, imprimendo un'ulteriore spinta alla digitalizzazione e alla trasformazione dei pagamenti e delle abitudini degli utenti.

A conferma di questa situazione, un numero sempre più elevato di banchieri centrali sta considerando la possibilità di introdurre questa nuova fattispecie.

Tra gli operatori, e soprattutto tra le banche commerciali, è diffuso invece il pensiero che le CBDCs siano inutili, a fronte di monete digitali private e connessi servizi di pagamento che già soddisferebbero in modo più che adeguato le esigenze degli utenti[2].

La maggior parte dei comuni cittadini, poi, per parte loro, non ha consapevolezza delle implicazioni di una moneta digitale pubblica, molti la associano al mondo cripto e sono scettici circa l'introduzione di questo nuovo mezzo di pagamento, oltre che preoccupati che questo prefiguri la fine del contante, creando un sistema che potrebbe consentire al banchiere centrale di aumentare la

[1] Così il COMMITTEE ON PAYMENTS AND MARKET INFRASTRUCTURES AND MARKETS COMMITTEE, *Central bank digital currencies*, Joint Report, marzo 2018, in *https://www.bis.org/cpmi/publ/d174.pdf*.

[2] Sul punto v. MANDELLI, *Why CBDCs make little sense, and will likely fail*, del 3 ottobre 2021 in *https://www.linkedin.com/pulse/why-cbdcs-make-little-sense-likely-fail-michele-mandelli/*.

supervisione e il controllo sui cittadini, anche al fine di contrastare l'economia sommersa[3].

In generale, non si comprende la differenza tra questa nuova tipologia di moneta del banchiere centrale e l'euro, dollaro o sterlina, etc., che già vengono utilizzati, in forma digitale, nelle transazioni di ogni giorno.

Queste riflessioni si propongono di contribuire a questo dibattito, nella convinzione che sia ormai necessario che il banchiere centrale si affretti a introdurre una sua moneta digitale pubblica.

In caso contrario, l'evoluzione e i cambiamenti in atto rischiano di stravolgere, con esiti ben diversi rispetto al passato, il ruolo del soggetto pubblico, delle banche commerciali e anche delle nuove Fintech, nel settore della moneta e dei pagamenti. E non solo.

Siamo, infatti, in un momento di profondi cambiamenti.

L'intelligenza artificiale, i big data e i sistemi distribuiti stanno radicalmente trasformando il volto della moneta[4] e gli equilibri del sistema dei pagamenti, che si sono andati formando nel corso degli ultimi decenni.

Tutto è destinato a mutare e in modo molto veloce.

Contrariamente a quanto alcuni asseriscono, però, non si ritiene affatto che questo processo sia destinato a riconsegnare la moneta al popolo, e neppure a instaurare un sistema concorrenziale tra operatori privati teso a garantire agli utenti la miglior moneta possibile – realizzando il sogno prefigurato da Hayek[5]–; quanto di rischiare, semmai, di lasciar affermare un predominio assoluto di pochi, se non di un unico privato.

---

[3] In proposito, v. KANTAR PUBLIC, *Study on New Digital Payment Methods*, Report del marzo 2022, in *https://www.ecb.europa.eu/paym/digital_euro/investigation/profuse/shared/files/dedocs/ecb.dedocs220330_report.en.pdf*, studio commissionato dalla Banca Centrale Europea sulle abitudini di pagamento, p. 9.

[4] Sull'impatto dell'AI sulla moneta, sia consentito rinviare a MATTTASSOGLIO, *Intelligenza artificiale e moneta: grandi "poteri" e maggiori responsabilità. Alcuni motivi che inducono a riflettere circa l'urgente necessità di una moneta digitale del banchiere centrale,* in *Questa Rivista*, suppl. 2 al n. 3, 2021.

[5] HAYEK, *La denazionalizzazione della moneta*, Soveria Mannelli, 2018.

Il tentativo, pur al momento fallito di Facebook, di lanciare la sua Libra ha reso evidenti tutti i rischi che potremmo correre, se una big-Tech dovesse entrare in un ambito così delicato, inverando dinamiche ben più allarmanti del c.d. "moltiplicatore della moneta" delle banche commerciali, ossia un "moltiplicatore della dominanza", amplificato dalla loro capacità di controllo e dominio sui mercati grazie a un accesso completo alle informazioni degli utenti. Questo potrebbe portare a un ribaltamento di un sistema che si regge su un delicato equilibrio, non solo nei pagamenti, ma anche nella gestione della politica monetaria, oltre a prefigurare gravi lesioni dei diritti dei singoli, soprattutto dal punto di vista della privacy.

In questa fase, non comprendere il processo di trasformazione in atto, potrebbe essere estremamente pericoloso.

Sia gli utenti, sia gli intermediari privati dovrebbero prendere consapevolezza di questi rischi.

Ecco, dunque, perché, a fronte di un simile scenario, i banchieri centrali si stanno oramai avviando lungo un complesso percorso finalizzato a introdurre delle monete digitali pubbliche.

In proposito occorre essere chiari.

Anche l'introduzione di una diversa e ulteriore forma di moneta digitale pubblica, soprattutto se di tipo retail – cioè destinata a divenire di accesso universale anche per i privati – sarà destinata ad avere notevoli impatti sul concetto di moneta, sul sistema dei pagamenti, sulla privacy dei singoli, finanche sulle modalità di gestione della politica monetaria, che conosciamo. Oltre a richiedere, naturalmente, una riperimetrazione del ruolo e delle funzioni del banchiere centrale e degli intermediari, soprattutto bancari, privati.

Una CBDC, infatti, non costituirà la mera digitalizzazione del contante, ma potrà determinare, a seconda delle sue specifiche caratteristiche e del suo design[6],

[6] KUMHOF, NOONE, *Central Bank Digital Currencies – Design Principles and Balance Sheet Implications*, Staff Working Paper No. 725, maggio 2018, in *https://www.bankofengland.co.uk/-*

radicali impatti su ciascuno di questi profili, soprattutto se, contestualmente, si dovesse affermare la *cashless* society[7], senza più denaro fisico[8].

L'uso del condizionale, parlando delle possibili conseguenze dell'introduzione di una moneta digitale pubblica, è peraltro d'obbligo se si considera che essa, a differenza della moneta contante, potrà assumere tante e diverse forme, che dipenderanno dalle concrete scelte di progettazione.

A differenza delle banconote, infatti, non sarà configurabile una sola tipologia di valuta digitale retail del banchiere centrale, ma se ne potranno concepire tante, molto diverse le une dalle altre.

In particolare, le retail CBDCs potranno essere distinte a seconda che l'accesso sia basato su conto o su un token (*account* o *token based*); siano emesse direttamente dal banchiere centrale o da un altro intermediario (dirette o indirette); poggino o meno sulla tecnologia blockchain; prevedano la corresponsione di interessi, etc.

Da questo punto di vista, pertanto, sono comprensibili le cautele di fronte a simili nuovi strumenti monetari.

La moneta digitale pubblica è però ormai una necessità[9]. E ciò appare con

/media/boe/files/working-paper/2018/central-bank-digital-currencies-design-principles-and-balance-sheet-implications.pdf?la=en&hash=11469281B32821BCFD85B4A5483AB3577E38B2DD.

[7] Tra i primi ad affrontare questa tematica v., RODOTA', *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973.

[8] Già a partire dagli anni '90, si era fatta strada l'idea che l'avvento dell'innovazione tecnologica e, più precisamente, della moneta elettronica, avrebbe potuto consentire una radicale trasformazione del settore e l'affermarsi di un sistema privo di una moneta fisica pubblica. Tuttavia, come è noto, questa trasformazione non è avvenuta. Sul punto v. le riflessioni di PAPADOPOULOS, *Electronic Money and the Possibility of a Cashless Society*, in *Working Paper 18.02.2007*, *https://www.academia.edu/630789/Electronic_Money_and_the_Possibility_of_a_Cashless_Society;* ID., *Money in the new Technological Paradigm*, in *academia.edu/772145/Money_in_ the_New_Technological _Paradigm*. Secondo l'A. il calo nell'uso del contante e la proliferazione della moneta elettronica, oltre a richiedere un adeguamento tecnologico del sistema, avrebbe altresì dovuto essere accompagnato da un ripensamento teorico anche sulla nozione di denaro, mettendo in crisi, prima di tutto, la teoria della c.d. state money.

[9] Per la posizione della BIS, v., *Central Bank Digital Currencies. Technical report*, Basel Committee on Payments and Market Infrastructures, 2018, in *https://www.bis.org/cpmi/publ/d174.htm*; BECH, GARRATT, *Central Bank Cryptocurrencies*, in *BIS Quarterly Review*, 2017, in *https://ssrn.com/abstract=3041906;* BARONTINI, HOLDEN, *Proceeding with Caution - a Survey on Central Bank Digital Currency*, BIS Papers 101, 2019, in *https://www.bis.org/publ/ bppdf/bispap101.htm*; AUER,

evidenza se si riflette sull'evoluzione che la moneta ha subito nel corso del tempo.

2.1. Negli ultimi 300 anni, l'unico mezzo di pagamento che ha consentito l'utilizzo della moneta del banchiere centrale, da parte dei privati, è stato il contante[10]. Già da alcuni decenni, infatti, sebbene il valore totale delle banconote circolanti nell'economia reale sia rimasto quasi sempre elevato, le persone ricorrono sempre più spesso a metodi alternativi di pagamento che hanno portato a una progressiva "smaterializzazione" o "dematerializzazione"[11] dei mezzi monetari[12], che poggiano sulla moneta bancaria ed elettronica privata.

Questo è un fatto particolarmente emblematico soprattutto se si considera

---

CORNELLI, FROST, *Taking Stock: Ongoing Retail CBDC Projects*, in *BIS Quarterly Review*, marzo 2020, in *https://www.bis.org/publ/qtrpdf/r_qt2003z.htm*.
Per la posizione della Fondo Monetario internazionale (IMF), v. AGUR, ARI, DELL'ARICCIA, *Designing Central Bank Digital Currencies*, IMF Working Paper, novembre 2019, in *https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2019/11/18/Designing- Central-Bank-Digital-Currencies-48739*; ADRIAN, MANCINI-GRIFFOLI, *The Rise of Digital Money*, FinTech Notes 19/01, International Monetary Fund, luglio 2019, in *https://www.imf.org/en/Publications/fintech-notes/Issues/2019/07/12/The-Rise-of-Digital-Money-47097*; MANCINI-GRIFFOLI, MARTINEZ PERIA, AGUR, ARI, KIFF, POPESCU, ROCHON, *Casting Light on Central Bank Digital Currencies*, IMF Staff Discussion Notes 18/08, International Monetary Fund, 2018, in *https://www.imf.org/en/Publications/Staff-Discussion-Notes/Issues/2018/11/13/Casting-Light-on-Central-Bank-Digital-Currencies-46233*. Per la Banca Mondiale (WB), v. MEJIA-RICART, TELLEZ, NICOLI, *Paying across borders - Can distributed ledgers bring us closer together?*, 26 marzo 2019, in *https://blogs.worldbank.org/psd/paying-across-borders-can- distributed-ledgers-bring-us-closer-together*.

[10] Secondo l'opinione prevalente, sarebbe stata la Cina ad introdurre, per prima, la cartamoneta e il concetto di moneta legale. Sul punto, v. PRASAD, *Gaining Currency: The Rise of the Renminbi*, New York, 2017. Sempre su questo tema, v. KINDLEBERGER, ALIBER, *Manias, Panics, and Crashes: A History of Financial Crises*, 5 ed., Hoboken, New Jersey, 2005; WOLMAN, *The End of Money: Counterfeiters, Preachers, Techies, Dreamers--and the Coming Cashless Society*, Boston, MA, 2012. Sul tema della convivenza delle monete private e pubbliche v. WEBER, *Government and Private E-Money-Like Systems: Federal Reserve Notes and National Bank Notes*, Bank of Canada Working Paper 2015, in *https://www.bankofcanada.ca/2015/06/working-paper-2015-18/;* WHITE, *Competing Money Supplies*, 2018, in *https://www.econlib.org/library/Enc/CompetingMoneySupplies.html.*

[11] In generale su questo fenomeno v. SPADA, *La circolazione della "ricchezza assente" alla fine del millennio (riflessioni sistematiche sulla dematerializzazione dei titoli di massa)*, in *Banca borsa e tit. cred*., 1999, I, p. 407; CALLEGARI, *I titoli di credito e i processi di dematerializzazione*, in *I titoli di credito*, AA.VV (a cura di), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2006, p. 110.

[12] Secondo SCIARRONE ALIBRANDI, *L'interposizione della banca nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria*, Milano, 1997, p. 2, nota 3, questi termini vengono «impiegati in misura prevalente per segnalare che la circolazione del denaro e dei diritti di credito tende sempre più ad affrancarsi dalla circolazione dei pezzi monetari e dei titoli cartacei».

che, secondo alcuni studi, l'utilizzo del contante in dieci anni, dal 2008-2018, sarebbe sceso dal 60 al 28%, con una prospettiva di ulteriore discesa fino al 9% entro il 2028[13]; mentre in Paesi come la Svezia[14] e la Norvegia questa tendenza sarebbe già molto più accentuata.

Anche nel resto d'Europa, la percezione pubblica del contante, rispetto ai pagamenti elettronici sta mutando[15]; il suo utilizzo è costantemente in calo e questi dati sono destinate a variare ancora[16].

Di recente, poi, la stessa crisi del COVID-19 ha indotto un ulteriore cambiamento nelle abitudini di pagamento, spingendo verso forme ancora più contactless, così come ha incentivato il ricorso all'*e-commerce*[17]. Tutti fattori che stanno inducendo un'accelerazione del processo di digitalizzazione monetaria e quindi, conseguentemente, una riduzione del ruolo del banchiere centrale nella emissione e nel controllo della moneta[18].

Alla diminuzione dell'utilizzo del contante come mezzo di transazione[19], si è contrapposta così la crescita di sistemi di pagamento al dettaglio che poggiano su trasferimenti tra i conti deposito, l'uso di carte di credito o di debito ed oggi anche

---

[13] UK FINANCE, *UK Payments Market Summary*, 2019, in *https://www.ukfinance.org.uk/sites/default/files/uploads/pdf/UK-Finance-UK-Payment-Markets-Report-2019-SUMMARY.pdf*.

[14] ERLANDSSON, GUIBOURG, *Times are changing and so are payment patterns'*, *Sveriges Riksban*, *2018*, in *https://www.riksbank.se/globalassets/media/rapporter/ekonomiska-kommentarer/engelska/2018/ti*.

[15] Nell'ottica della c.d. *financial inclusion*, v., ARNER, BUCKLEY, ZETZSCHE, *FinTech for Financial Inclusion: A Framework for Digital Financial Transformation*, Alliance for Financial Inclusion & G-24 Special Report, settembre 2018, in *https://www.afi-global.org/publications/2844/FinTech-for-Financial-Inclusion-A-Framework-for-Digital-Financial-Transformation*.

[16] OFFICIAL MONETARY AND FINANCIAL INSTITUTIONS FORUM, *Digital currencies: A question of trust*, 2020, in *https://www.omfif.org/wp-content/uploads/2020/02/Digital-currencies-A-question-of-trust-1.pdf*.

[17] BOAR, SZEMERE, *Payments go (even more) digital*, Bank for International Settlements, gennaio 2021, in *https://www.bis.org/statistics/payment_stats/commentary2011.htm.*

[18] Per quanto riguarda la posizione della BCE, v. PANETTA, *Beyond monetary policy – protecting the continuity and safety of payments during the coronavirus crisis*, blog del 28 aprile 2020; ID, *Coronavirus accelerates shift away from cash*, in *Financial Time*, del 27 maggio 2020.

[19] FISH, WHYMARK, *How Has Cash Usage Evolved in Recent Decades? What Might Drive Demand in the Future?*, 55, in *Bank Eng. Q. Bull*. 216, 219 (2015), *https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/quarterly-bulletin/2015/how-has-cash-usage-evolved-inrecent-decades-what-might-drive-demand-in thefuture.pdf?la=en&hash=4AA04C755C1B8BBDC70CE55CAD488E348FEDDAC5*

strumenti di *mobile payment*, offerti da intermediari, soprattutto banche, privati. Se in un primo momento, infatti, il contante era stato sostituito da documenti cartacei, come gli assegni, dagli anni '90 si è affermato un utilizzo massiccio dei trasferimenti elettronici di fondi[20].

Un altro importante elemento da tenere in considerazione, e che inciderà senz'altro sull'uso delle banconote cartacee, è sicuramente quello generazionale. Secondo recenti indagini, condotte anche dalla BCE, sebbene i giovani utilizzino ancora largamente questo strumento, essi preferirebbero comunque i pagamenti elettronici e vorrebbero infrastrutture sempre più sicure e veloci[21].

Si noti, però, che la scomparsa del contante, oltre a incidere sul ruolo del banchiere centrale – fatto che di per se stesso potrebbe essere percepito come un bene per alcuni utenti – potrebbe comunque avere un impatto rilevante anche sui suoi utilizzatori.

Secondo una corrente di pensiero[22], che sta prendendo piede soprattutto nel mondo anglosassone, il passaggio a una c.d. c*ashless society*, potrebbe determinare una serie di gravi conseguenze non solo con riferimento alla tutela della privacy dei singoli, in considerazione dell'anonimato che solo il contante può tutt'ora garantire, ma anche causare l'esclusione dai servizi di pagamento dei soggetti più fragili, che potrebbero avere difficoltà nell'utilizzare le nuove monete digitali.

Questo potrebbe così creare un vero e proprio rischio di esclusione monetaria, intesa come l'incapacità di un individuo o impresa di trasferire valore monetario ad altri in cambio di beni o servizi[23]. Viceversa, un sistema davvero inclusivo dovrebbe

[20] Sul tema, v. più nel dettaglio TROIANO, *I servizi elettronici di pagamento. Addebiti in conti non autorizzati: un'analisi comparata*, Milano, 1996; MACCARONE, *I trasferimenti di fondi nel diritto italiano*, in *Dir. dell'inform*., 1985, p. 605 ss.; SANTORO, *Appunti sulla moneta elettronica*, in *Riv. not*., 1986, p. 879 ss.

[21] KANTAR, *Young people's view of the economy, finance, the ECB and their communication channels preferences*, ricerca commissionata dalla BCE, 2019.

[22] Per un'analisi del fenomeno e dei suoi rischi, v. LUPO-PASINI, *Is it a Wonderful Life? Cashless Societies and Monetary Exclusion*, in *Review of Banking and Financial Law*, Vol. 40, No. 1, 2021, in *https://ssrn.com/abstract=3774865*; ROGOFF, *The curse of cash*, Princeton, 2017.

[23] Per una dettagliata analisi di questi aspetti v. LUPO-PASINI, *Is it a Wonderful Life? Cashless*

consentire a ciascun utente di scegliere il mezzo che preferisce per ottemperare a un'obbligazione pecuniaria.

Simili posizioni stanno portando a una maggior presa di consapevolezza delle implicazioni che la trasformazione dei mezzi di pagamento sta portando e giustificano anche attente riflessioni in merito alla natura della moneta[24] e al suo sistema dei pagamenti.

Sebbene, infatti, proprio questi due elementi siano stati oggetto di grande trasformazione[25], grazie o a causa, dell'innovazione tecnologica, soltanto il contante sembrerebbe ancora capace di mantenere quelle caratteristiche di universalità e di bassi costi, tali da consentire l'accesso a tutte le fasce della popolazione, ivi incluse quelle più fragili. Le altre forme di denaro digitale privato, invece, fino ad oggi, hanno presentato comunque elevati costi e non paiono ancora riuscire a garantire condizioni davvero di accesso egualitarie.

Anzi, proprio a causa delle rendite di posizione, le banche commerciali e i gestori di carte di credito, grazie a una sorta di un accordo con lo Stato e il suo banchiere centrale, sarebbero ormai da decenni gli indiscussi produttori di moneta e padroni dei sistemi di pagamento[26].

Secondo questa impostazione, infatti, la tecnologia non avrebbe consentito di

---

Societies and Monetary Exclusion, op. cit., pp. 161-162. L'A. sottolinea come il passaggio a una società senza contanti non sarebbe privo di costi, in quanto potrebbe rendere molto difficile l'accesso ai servizi di pagamento per i cittadini più vulnerabili che, per ragioni diverse, non sono in grado di utilizzare strumenti alternativi. Si pensi, ad esempio, agli anziani, alle persone con disabilità o che soffrono di problemi di salute, i senzatetto, gli immigrati e gli individui che vivono in una condizione di povertà. Per loro, il contante è una necessità più che una scelta. Il problema sarebbe ancora più grande per quegli individui senza un conto bancario.

[24] CACHANOSKY, *Is Money a Public Good?*, in *Am. Inst. Econ. Res*., 17 febbraio 2011, in *https://www.aier.org/article/is-money-a-public-good/[https://perma.cc/DPP9-HQ89*, che sottolinea come l'inquadramento della moneta come bene pubblico, giustificherebbe l'intervento del potere pubblico per sopperire ai fallimenti di mercato e ristabilire l'efficienza, in questo caso, garantendo che anche le classi sociali più deboli non siano escluse dall'accesso alla moneta.

[25] Secondo un recente sondaggio, la stragrande maggioranza degli istituti finanziari ritiene che i servizi di pagamento siano il sottosettore più colpito dagli sviluppi tecnologici. In questo senso, v. PETRALIA, PHILIPPON, RICE, VÉRON, *Banking Disrupted? Financial Intermediation in an Era of Transformational Technology*, International Center for Monetary and Banking Studies, 2019, in *https://www.cimb.ch/uploads/1/1/5/4/115414161/banking_disrupted_geneva22- 1.pdf*.

[26] Per una critica molto decisa, v. ancora LUPO- PASINI, *Is it a Wonderful Life? Cashless Societies and Monetary Exclusion, op. cit.*

offrire migliori servizi di pagamento per i singoli, quanto piuttosto di avvantaggiare gli operatori di settore.

Da questo punto vista, pertanto, la situazione avrebbe già potuto legittimare l'introduzione di una moneta digitale di banca centrale[27].

Ma a questo, si aggiunge, ora, un ulteriore e più pressante motivo.

2.2. Come è noto, più di recente, sono nati una serie di nuovi strumenti privati, che, sfruttando le tecnologie distribuite, si propongono come potenziali alternative alla moneta bancaria e al contante tradizionale.

Questa ulteriore evoluzione è stata possibile grazie a bitcoin[28], ossia la *cryptocurrency* lanciata nel 2008 da Satoshi Nakamoto[29], per creare un sistema transazionale di riferimento, che consentisse ai singoli di scambiare tra loro valori in totale autonomia e nel rispetto della privacy[30].

Esso, grazie alla tecnologia decentralizzata su cui poggia, ha dato l'avvio a una radicale trasformazione, o meglio a un potenziale cambio di paradigma, destinato, secondo alcuni, a trasformare non solo il settore dei pagamenti, ma a incidere sulla natura stessa della moneta[31].

A questo proposito, però, è necessaria una precisazione importante.

---

[27] Sul punto v. le nuove teorie della c.d. *Sovereign Money*.

[28] In modo approfondito sul tema, v. NARAYANAN, BONNEAU, FELTEN, MILLER, GOLDFEDER, *Bitcoin and Cryptocurrency Technologies: A Comprehensive Introduction*, Princeton, 2016; BÖHME, *Bitcoin: Economics, Technology, and Governance*, (2015) 29(2), *J. Econ Perspect* 213, in *https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/jep.29.2.213*; BAUR, HOKG, LEE, *Bitcoin: Medium of Exchange or Speculative Assets?*, (2018) 54, in J. *Int Financial Mark*, p. 177, in *https://econpapers.repec.org/article/eeeintfin/v_3a54_3ay_3*.

[29] NAKAMOTO, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, consultabile sul sito *https://bitcoin.org/bitcoin.pdf*.

[30] HUGHES, *A Cypherpunk's Manifesto*, 1993, *http://www.activism.net/cypherpunk/manifesto.html*.

[31] DIDENKO, BUCKLEY, *The Evolution of Currency: Cash to Cryptos to Sovereign Digital Currencies*, 2019, 42:4 *Fordham Int'l L. J.* 1041, p. 1072, in *https://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol42/iss4/2/*; TAYLOR, ARNER, GIBSON, *Central Banks' New Macroprudential Consensus*, in DAVID G MAYES, PIERRE L SIKLOS & JAN-EGBERT STURM (eds), *The Oxford Handbook of the Economics of Central Banking*, 2019; AMETRANO, *Bitcoin: oro digitale per nuovi standard monetari*, in MIGLIETTA - MINGARDI (a cura di), *Dal Sesterzio al Bitcoin. Vecchie e nuove dimensioni del denaro*, 2020, Soveria Mannelli, p. 127 ss.

In questa sede, non si intende affatto sostenere che bitcoin possa o debba aspirare a divenire la moneta transazionale di riferimento, intesa come strumento di pagamento, riserva di valore e unità di conto. Se anche questa fosse stata l'originaria intenzione del suo creatore, la sua successiva evoluzione e, soprattutto, le sue caratteristiche intrinseche l'hanno di fatto resa inadatta a svolgere questo ruolo.

Bitcoin non può, pertanto, essere considerata una (buona) moneta.

Tuttavia, è indiscutibile il peso che questo asset, e, più precisamente, la tecnologia della blockchain ha svolto finora e sicuramente svolgerà, in futuro, nel processo di evoluzione della moneta e del sistema dei pagamenti.

La blockchain di bitcoin, infatti, risolvendo il problema della doppia spesa, ha reso concepibile la creazione di un sistema di transazioni alternativo a quello finora conosciuto; un sistema che prescinde dalla presenza di una terza parte sia essa il banchiere centrale o le banche commerciali[32].

È, in particolare, proprio questa tecnologia e, più precisamente, le sue evoluzioni che hanno consentito di creare quella nuova tipologia di *crypto-assets*, ossia le cd. *stablecoins*, che potrebbero diventare nuovi strumenti di pagamento e addirittura insediare il ruolo del contante e della moneta digitale bancaria che fino ad oggi abbiamo utilizzato, grazie a tecniche di stabilizzazione del valore.

Anche in questo caso, tuttavia, è necessaria una puntualizzazione.

Si ritiene, infatti, che né l'arrivo di queste tecnologie decentralizzate, né delle stablecoin, in sé, potrebbero da sole rappresentare un evento davvero *distruptive* rispetto al sistema monetario e dei pagamenti tradizionale.

Il vero e proprio cambio di paradigma potrebbe avvenire solo con l'aggiunta di un ulteriore elemento, ossia qualora l'emissione di una *stable-coin* sia avviata da un nuovo gigante digitale, in altre parole una c.d. big-Tech. Solo questi soggetti privati,

[32] In altre parole, essa ha reso obsoleto lo stesso principio del «*[W]hatever may have been the history of gold, at the present time, in a normally well-working economy, money is a creature of the state. Its general acceptability, which is its all-important attribute, stands or falls by its acceptability by the state*», così LERNER, *Money as a Creature of the State*, 1947, 37 *Am Econ Rev*, p. 312 e 313, in *https://esepuba.files.wordpress.com/2009/05/lerner.pdf*.

infatti, potrebbero avere la forza di insidiare e scalfire il ruolo dello Stato e delle banche commerciali, stravolgendo, con il loro ingresso, il mercato monetario.

Questa consapevolezza giustifica la forte reazione che si è avuta nel corso di questi ultimi anni, da parte delle autorità di vigilanza e regolazione, ossia da quando, nel 2019, Facebook ha tentato di lanciare la sua Libra.

Un'urgenza che ha spinto gli ordinamenti pressoché globali verso una regolazione del fenomeno, fino a quel momento per lo più ignorato, e a cominciare a riflettere circa l'opportunità di introdurre una moneta digitale pubblica[33].

3. A fronte di una simile situazione, era inevitabile che anche la BCE[34] cominciasse a lavorare all'ipotesi di un euro digitale, con l'annuncio di una fase di studio della durata di 24 mesi[35].

La spinta verso la realizzazione di un progetto, che poteva apparire impossibile fino a poco tempo fa, muove, infatti, dal timore di perdere terreno a fronte delle nuove monete digitali, siano esse pubbliche[36] o private.

L'importanza di questo profilo ben emerge nel Report – che la stessa Bce ha pubblicato a giugno 2021[37]–, ove si valutava la tenuta dell'euro negli scambi extra-

[33] BANK OF CANADA, *White Paper On Creating Digital Currency - Fin Tech – Canada*, in *http://www.mondaq.com/canada/x/656792/fin+tech/Bank+Of+Canada+White+Paper+On+Creating+Digital+Currency*; MOTTURA, *Banca e moneta di banca: teoria e regolamentazione*, in *Bancaria*, 2018, p. 20 ss.; dell'ampia letteratura in tema, si consideri BARONTINI - HOLDEN, *Proceeding with caution - a survey on central bank digital currency*, *op. cit.*; NABILOU, *Central Bank Digital Currencies: Preliminary Legal Observations*, 2019, in *https://ssrn.com/ abstract=3329993*; ID., *Testing the waters of the Rubicon: the European Central Bank and central bank digital currencies*, in *J Bank Regul* 21, 2020, pp. 299-314, in *https://doi.org/10.1057/s41261-019-00112-1*. WARD - ROCHEMONT, *Understanding Central Bank Digital Currencies*, marzo 2019, in *https://www.researchgate.net/publication/338792619_Understanding_Central_Bank_Digital_Currencies_CBDC*.

[34] *Report on digital euro*, pubblicato nel mese di ottobre 2020, *https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/Report_on_a_digital_euro~4d7268b458.en.pdf* e il successivo annuncio, del luglio 2021, in cui ha lanciato un progetto che la impegnerà i prossimi cinque anni, *https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2021/html/ecb.pr210714~d99198ea23.it.html*

[35] *https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2021/html/ecb.pr210714~d99198ea23.en.html.*

[36] Per alcuni primi commenti v., *La BCE apre all'adozione dell'Euro digitale,* consultabile sul sito *https://sellanews.it/-/la-bce-apre-all-adozione-dell-euro-digitale*, del 5 ottobre 2020.

[37] EBC, *The international role of the euro*, June 2021, in *https://www.ecb.europa.eu/pub/ire/html/ecb.ire202106~a058f84c61.en.html#toc2*,

UE[38], anche nell'ottica dell'introduzione di una CBDC che potrebbe avere un impatto positivo in virtù di caratteristiche specifiche dei mezzi di pagamento digitali, si pensi in primo luogo alla sicurezza[39], ai bassi costi di transazione, etc.[40]

La BCE è ben consapevole della necessità di offrire una moneta digitale, per evitare di lasciare il sistema dei pagamenti, sia nazionali, sia transfrontalieri, in balia di fornitori stranieri (ivi incluse le big-Tech), che potrebbero minacciare non solo la stabilità del sistema finanziario, ma anche creare pericolose concentrazioni di mercato, oltre a compromettere la sua stessa capacità di governare la politica monetaria, nonché il suo ruolo di prestatore di ultima istanza[41].

Accanto a queste considerazioni, si pone naturalmente anche la necessità di far fronte ad altre esigenze quali il fatto di dover supportare la digitalizzazione dell'economia europea, di dare una risposta al drastico calo del contante come strumento di pagamento[42], di creare un nuovo canale di trasmissione della politica monetaria, ma anche di mitigare i rischi nell'ambito dei tradizionali servizi di pagamento. Una situazione che, a lungo andare, potrebbe avere effetti sulla

[38] Per un'analisi di carattere economico circa il potenziale impatto delle CBDC, v. EICHENGREEN, MEHL, CHITU, *How global currencies work*, 2017; IMF, *Digital money across borders: macro-financial implications, IMF Policy Paper*, No 2020/050, 2020.

[39] La sicurezza deriva, prima di tutto, dal fatto che una CBDC costituisce un credito che grava sul bilancio della banca centrale; questo può aumentare l'attrattiva sia per gli utenti domestici, sia per le transazioni commerciali al dettaglio oltre frontiera e come riserva di valore, ad es. le unità CBDC detenute per i pagamenti futuri, come in un portafoglio digitale. La sicurezza contribuisce ad attenuare i rischi associati alle forme tradizionali di pagamento per le transazioni transfrontaliere di beni e servizi, che comportano il rischio di controparte. In particolare, tali caratteristiche potrebbero combinarsi per creare circuiti di feedback positivi nell'uso di una valuta come mezzo di pagamento e di memorizzazione del valore, implementando il raggio d'azione globale della moneta e per il suo ruolo internazionale. Per un'analisi relativa alla crisi del 2008-2009 e all'incertezza che ha portato sui mercati anche dal punto di vista monetario, v. SCHMIDT-EISENLOHR, *Towards a theory of trade finance*, in *Journal of International Economics*, Vol. 91, 2013, pp. 96-112, in *https://ideas.repec.org/a/eee/inecon/v91y2013i1p96-112.html*.

[40] I bassi costi di transazione sono un'altra caratteristica importante posto che una CBDC potrebbe ampliare l'accesso ai servizi di pagamento, promuovere l'inclusione finanziaria e abbassare i costi di transazione imposti dagli intermediari tradizionali.

[41] Un Euro digitale potrebbe altresì contribuire al perseguimento della politica monetaria della BCE, in linea con quanto statuito dall'art. 127 del Trattato. Gli stessi *leader* dell'area dell'euro hanno recentemente sottolineato come un forte ruolo internazionale dell'euro possa divenire un fattore importante per rafforzare l'autonomia economica europea.

[42] ROCHEMONT, *A Cashless Society in 2018- The Cashless World*, in *Motion review* 105, 2019, *https://www.actuaries.org.uk/documents/cashless-society-2018-cashless-world-motion-review*

sostenibilità dell'infrastruttura, riducendo di fatto la possibilità di accedere a forme di denaro pubblico.

Un coacervo di motivazioni che muovono il nostro banchiere centrale verso un percorso che appare quanto mai complesso.

L'introduzione di un euro digitale non costituirà la mera dematerializzazione delle banconote, ma comporterà ben più radicali rivolgimenti e impatti sul sistema bancario[43] e finanziario nel suo complesso,[44] cui si aggiungono le ulteriori complessità legate alle peculiari caratteristiche della BCE, che costituisce un *unicum*, nel panorama internazionale. Essa, infatti, è il banchiere di ben 19 Stati membri, che tramite l'unione monetaria, hanno ad essa aderito, attribuendole la gestione della politica monetaria[45], ma non delle altre branche della politica economica, prima fra tutte quella fiscale.

Questa particolare natura rischia di accentuare e amplificare le difficoltà che, al momento, la maggior parte delle autorità monetarie sta affrontando nel percorso che condurrà all'adozione di una valuta digitale fiat[46]. A conferma di questa situazione, si può ricordare fin d'ora come, ad esempio, alcuni dei Paesi membri dell'eurozona, in autonomia, stiano già portando avanti progetti e test su alcune tipologie di wholesale CBDCs per usi *cross-border*[47].

---

[43] SANDER, GROSS, GRALE, SCHULDEN, *The Digital Programmable Euro, Libra and CBDC: Implications for European Banks*, Conference Paper, July 2020, in researchgate.

[44] BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS, *BIS Annual Economic Report 2020: III. Central banks and payments in the digital era*, Basel, in *https://www.bis.org/publ/arpdf/ar2020e.htm*.

[45] INZITARI, *La disciplina giuridica dell'introduzione dell'euro quale moneta unica europea*, in *Banca borsa tit. cred*., 1, 1998, p. 11.

[46] EBC, *The international role of the euro*, giugno 2021, in *https://www.ecb.europa.eu/pub/ire/html/ecb.ire202106~a058f84c61.en.html#toc2*, che analizza l'utilizzo dell'euro da parte di soggetti extra-EU, e quindi la sua tenuta e appetibilità rispetto alla concorrenza di altre valute durante il 2020 e la crisi pandemica.

[47] In proposito, si v. ad esempio la Banca di Francia che, recentemente, sta collaborando con la Banca Nazionale Svizzera e con l'*Innovation Hub* della BIS per realizzare il c.d. *Progetto Jura*, *ossia una wholesale* CBDC (CBDC), che sarà gestita da un consorzio privato guidato da Accenture e a cui parteciperanno anche diversi altri soggetti privati, tra cui, Credit Suisse, UBS, SIX Digital Exchange, R3. Questa sperimentazione impiegherà due diverse *wholesale* CBDC: la prima ancorata all'euro, la seconda al franco svizzero, grazie a meccanismo di regolamento *delivery versus payment* (DvP) e lo scambio di una wholesale CBDC in euro contro una wholesale CBDC in franco svizzero attraverso un

Alla luce di questo quadro composito, non stupisce che i passi per ora compiuti dalla BCE siano ancora in una fase assolutamente preliminare e di studio rispetto a quanto visto per altre realtà, senza che sia ancora stata presa alcuna concreta decisione circa la creazione di un euro digitale, ma ragionando a livello di principi di carattere assolutamente generale.

Nella sperimentazione delle possibili varianti, un ruolo fondamentale sarà poi svolto dalla High-Level Task Force on CBDC[48], che è già stata chiamata a esprimere la propria opinione circa la possibilità di avviare un progetto relativo all'Euro digitale.

4. Nell'attuale fase non è ancora possibile sapere con certezza quale veste formale e concreta assumerà il futuro euro digitale[49].

Tuttavia, già ora si sta facendo strada l'idea di un euro digitale di tipo retail che dovrà affiancare il contante per proporsi come una sorta di omologo digitale (o digital token)[50], probabilmente potenziato grazie alla programmabilità.

È immaginabile, infatti, che l'euro digitale assumerà una veste programmabile (diventerà cioè una *programmable money*[51]), intesa come la possibilità di applicare alla moneta l'operatività di protocolli informatici che consentono di facilitare, verificare e applicare alcune condizioni per il suo impiego, ad es. prevedendo vincoli alla finalizzazione della spesa.

---

meccanismo di regolamento *payment versus payment* (PvP). Per queste informazioni v. Comitato Blockchain per Banche Intermediari Finanziari e Fintech (B4BIF), *Osservatorio Central Bank Digital Currency*, *Newsletter # 09* – giugno / luglio1 2021, in *https://www.bloki-chain.com/bridge.php?docHash=QmT1sH8VkK17xRBEptRJ61HJxNDShCotj42jr5XcUWEemD*.

[48] Creata nel gennaio 2020.

[49] Da ultimo v. EBC, *Progress on the investigation phase of a digital euro*, del 29 settembre 2022, in *https://www.ecb.europa.eu/paym/digital_euro/investigation/profuse/shared/files/dedocs/ecb.dedocs220929.en.pdf?c7289d0032238188c71a4803112ea552*.

[50] Almeno stando alle parole pronunciate da Panetta nelle sempre più frequenti interviste rilasciate sul tema. ID., *Building on our strengths: the role of the public and private sectors in the digital euro ecosystem*, del 29 settembre 2022, in *https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2022/html/ecb.sp220929~91a3775a2a.en.html*.

[51] In proposito, v. WEBER - STAPLES, *Programmable Money: Next-Generation Conditional Payments using Blockchain – Keynote paper*, in *https://www.scitepress.org/Papers/2021/105358/105358.pdf*, che hanno potuto testare alcune di queste potenzialità nell'ambito progetto "Smart Money", condotto in collaborazione con un istituto bancario.

La moneta "programmabile" è un fenomeno che può essere ricondotto già agli anni '90, quando era già diventato tecnicamente possibile inserire, nell'ambito del sistema dei pagamenti, alcuni automatismi[52], ma oggi viene per lo più connesso alla tecnologia blockchain[53],

La programmabilità consentirebbe di abbinare alla moneta una serie di servizi complementari finalizzati a facilitare la digitalizzazione degli scambi di informazioni nei pagamenti, che permettono un'offerta di servizi a più alto valore aggiunto e contenuti tecnologici a costi inferiori, oltre ad avvantaggiare gli utenti finali offrendo prodotti competitivi rispetto alle big-Tech[54].

Prescindendo da questo aspetto, le uniche certezze riguardano la necessità di introdurre una valuta digitale che sia in grado di conciliare due esigenze fondamentali per l'ordinamento europeo, da una parte la tutela della privacy e i dati degli utenti, pur a fronte di un attento controllo di KYC finalizzato a rispetto delle regole di AML e CFT; dall'altra, quella di preservare il ruolo degli intermediari finanziari tradizionali.

Dipenderà, dunque, principalmente dal processo di mediazione di queste esigenze la forma del futuro euro digitale.

5. Uno dei profili maggiormente delicati, connessi alla digitalizzazione dello strumento monetario è quello attinente alla privacy e alla tutela dei dati[55] dei

[52] In questo caso si trattava della possibilità di disporre di addebiti diretti automatici, attraverso flussi di cassa in operazioni derivative come Credit Default Swaps (CDS); così come la gestione, da parte delle banche centrali del RTGS, nel mercato all'ingrosso che regola i pagamenti netti tra banche commerciali in moneta di banca centrale, etc. *Programmable Money Part I The Summary*, in *https://futureoffinance.biz/2021/07/12/programmable-money-part-i-the-summary/*

[53] MAJURI, *Overcoming economic stagnation in low-income communities with programmable money*, in *The Journal of Risk Finance*, 2019, 20(5), pp. 594-610, in *https://ideas.repec.org/a/eme/jrfpps/jrf-08-2019-0145.html*.

[54] Sulla proposta di Euro digitale dell'ABI, v. ATTANASIO, *Innovative services based on retail (programmable) digital Euro Italian banks experimentation*, 5 luglio 2022, slides di presentazione in BCE durante la fase di Stakeholder engagement.

[55] Disciplinato dal regolamento n. 2016/679 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 95/46/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera

soggetti coinvolti nelle transazioni.

La stessa consultazione condotta dalla BCE[56] evidenza come questo sia una delle maggiori preoccupazioni dell'opinione pubblica, cui il banchiere centrale sta cercando di porre rimedio.

Se da una parte, infatti, è innegabile che il passaggio a una moneta digitale renda impossibile mantenere lo stesso livello di anonimato e di segretezza proprio del solo contante, è altrettanto vero che, a seconda delle specifiche scelte design, sarà possibile prevedere diversi gradi di protezione della privacy, a seconda del bilanciamento tra diritti individuali e interesse pubblico.

Al momento, ad esempio, pare che la BCE stia lavorando in vista della costruzione di una CBDC che consenta agli utenti di mantenere un certo grado di privacy, per lo meno per le transazioni di minor valore, pur garantendo che quelle di valore più elevato siano soggette a controlli obbligatori AML/ CFT.

Nel parere reso nel giungo 2022[57], per parte sua, l'European Data Protection Board ha evidenziato come il futuro euro digitale dovrà comunque attenuare i rischi per i diritti e le libertà delle persone interessate, ricorrendo a un elevato livello di "pseudonimizzazione"[58], oltre a prevedere che i dati personali possano essere accessibili solo su richiesta, come previsto dalla legge. Proprio per questo, l'autorità sarebbe favorevole all'introduzione di sistemi di transazione off-line per quelle di minor valore, per consentire di esentarle da un monitoraggio finalizzato al controllo sulle regole di AML/CFT, poiché ritenute non a rischio.

Similmente, secondo l'autorità per la privacy, sarà altresì necessario fare molta attenzione alla possibilità di introdurre limiti di detenzione o soglie tariffarie perché

circolazione di tali dati (GDPR).

[56] *Eurosystem report on the public consultation on a digital euro*, Aprile, 2021, in *https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/Eurosystem_report_on_the_public_consultation_on_a_digital_euro~539fa8cd8d.en.pdf.*

[57] *Response of the EDPB to the European Commission's targeted consultation on a digital euro*, del 14 giugno 2022, in *https://edpb.europa.eu/system/files/2022-06/edpb_responseconsultation_20220614_digitaleuro_en.pdf*.

[58] Secondo il cons. 26 del GDPR, esso consiste nel sottoporre i dati a «un trattamento che li renda attribuibili a una determinata persona fisica solo mediante l'utilizzo di ulteriori informazioni».

tali previsioni richiederebbero, per la loro applicazione, la raccolta e il controllo di notevoli quantità di dati relativi ai singoli, che rischierebbero di pregiudicare i diritti e le libertà degli interessati.

Dal punto di vista tecnico, già ora poi sarebbe possibile approntare soluzioni che vanno da una piena identificazione forte dei soggetti coinvolti nelle transazioni – come accade nel sistema dei pagamenti tradizionali – ad altre ove viene garantita una maggior protezione dell'identità, fino a modelli dove pagatore e beneficiario possono essere identificati sole autorità competenti per le opportune verifiche[59].

Secondo alcune sperimentazioni già condotte, la tecnologia DLT, ad esempio, sarebbe in grado di fornire una soluzione che potrebbe graduare il livello di informazioni relative all'utente in base al valore delle transazioni e dei soggetti che possono avervi accesso, consentendo altresì di realizzare una vera e propria forma di "voucher anonimo" [60].

6. Un'altra questione cruciale, che dovrà essere affrontata e risolta dal banchiere centrale, concerne il ruolo degli intermediari privati.

L'inserimento di una nuova moneta di banca centrale potrebbe avere rilevanti conseguenze sul complesso sistema dei pagamenti tradizionali, oltre che sulle stesse

[59] Secondo la BCE, ad esempio, l'anonimato potrebbe dover essere escluso, non solo a causa di obblighi legati al riciclaggio di denaro e al finanziamento del terrorismo, ma anche al fine di limitare la portata degli utenti dell'euro digitale quando necessario o per evitare il rischio di un uso eccessivo dell'euro digitale come forma di investimento.

[60] EUROSYSTEM, *Exploring anonymity in central bank digital currencies*, in Focus n. 4, Dicembre 2019, in *https://www.ecb.europa.eu/paym/intro/publications/pdf/ecb.mipinfocus191217.en.pdf.* In proposito, v. invece la diversa posizione di OSTERCAMP, *Central Bank Digital Currencies and the GDPR: Reconciling blockchains with the right to be forgotten*, in *Discussions Paper Series*, in *http://blockchain.cs.ucl.ac.uk/wp-content/uploads/2021/08/UCLCBT_DPS_Q22021.pdf*, secondo cui l'uso di una blockchain per emettere una valuta digitale (CBDC) della banca centrale potrebbe produrre benefici come l'immutabilità, una maggiore sicurezza circa la memorizzazione dei dati e consentire una gestione maggiormente efficiente. Tuttavia, proprio tale immutabilità potrebbe entrare in conflitto con i principi e i diritti del GDPR; in particolare, il diritto all'oblio. Affinché una CBDC basato su blockchain non violi tale diritto, deve essere soddisfatta una delle due condizioni, ossia tutti i dati personali registrati sulla blockchain devono essere: a) memorizzati o manipolati in modo da essere al di fuori dell'ambito del GDPR; o b) cancellati o sufficientemente mascherati quando l'interessato esercita il proprio diritto all'oblio.

modalità con cui le banche commerciali raccolgono risparmio[61].

Proprio per evitare una simile situazione, si sta affermando l'orientamento secondo cui, anche una volta introdotte le retail CBDCs, sarà necessario garantire la sostanziale continuità nell'esercizio delle funzioni delle banche commerciali, grazie all'adozione, dal punto di vista tecnico, di un c.d. "minimum invasive design"[62], che sia in grado di preservare il ruolo primario del settore privato nei pagamenti al dettaglio e l'intermediazione finanziaria.

In quest'ottica, la BIS propone che le CBDCs debbano essere concepite come parte di un sistema a due livelli, dove la banca centrale e il settore privato continuino ciascuno a svolgere un proprio specifico ruolo. In particolare, alle banche commerciali e ai prestatori di servizi di pagamento dovrebbero essere ancora attribuiti la maggior parte dei compiti operativi, mentre alla banca centrale dovrebbe spettare il compito di garantire la stabilità del valore della moneta virtuale, assicurarne l'elasticità dell'offerta aggregata e controllare la sicurezza complessiva del sistema[63].

Anche la BCE dovrà, pertanto, approntare una serie di accortezze, non solo privilegiando modelli di accesso c.d. indiretti o meglio ancora ibridi[64], che consentano comunque il coinvolgimento degli intermediari nella gestione della moneta pubblica, ma prestando anche particolare attenzione alle caratteristiche intrinseche che il futuro euro digitale dovrà assumere.

In particolare, si condivide la necessità che la nuova valuta digitale debba

---

[61] JUKS, *When a central bank digital currency meets private money: Effects of an e-krona on banks*, in *Special issue on the e-krona*, *Sveriges Riksbank Economic Review*, 2018, pp. 79-99; BERENTSEN, SCHÄR, *The case for central bank electronic money and the non-case for central bank cryptocurrencies*, in *Fed Reserve Bank St. Louis Review*, 2018, p. 97-106, in *https://research.stlouisfed.org/publications/review/2018/02/13/the-case-for-central-bank-electronic-money-and-the-non-case-for-central-bank-cryptocurrencies.*

[62] Così v. AUER - BÖHME, *Central bank digital currency: the quest for minimally invasive*, 8 giugno 2021, in *https://www.bis.org/publ/work948.htm*.

[63] BIS, *Annual Economic Report 2021*, *https://www.bis.org/publ/arpdf/ar2021e.htm*, p. 79.

[64] Su questi aspetti di design v. ADRIAN - MANCINI-GRIFFOLI, *The Rise of Digital Money*, FinTech Notes 19/01, *International Monetary Fund*, July 2019, in *https://www.imf.org/en/Publications/fintech-notes/Issues/2019/07/12/The-Rise-of-Digital-Money-47097*.
AGUR, ARI, DELL'ARICCIA, *Designing Central Bank Digital Currencies*, IMF Working Paper (November 2019), in *https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2019/11/18/Designing- Central-Bank-Digital-Currencies-48739.*

essere intesa, il più possibile, pur a fronte di elementi di programmabilità, come uno strumento di pagamento e non come una lucrativa forma di investimento.

Un euro digitale, in quanto passività dell'Eurosistema, presenta già un rischio intrinseco inferiore rispetto a un deposito di una banca commerciale, di conseguenza, dovrà essere valutata con estrema attenzione la possibilità di remunerare o comunque di collegarle un eventuale tasso di interesse.

L'introduzione di eventuali accortezze, potrebbero prevedere, ad esempio, limiti al possesso, che richiederebbero però di identificare, ciascun singolo possessore, almeno al momento in cui vi entra in possesso e poi di introdurre strumenti per consentire di detenerne solo fino alla soglia eventualmente fissata. Qualora poi un soggetto dovesse superare i limiti, gli euro in eccesso potrebbero essere fatti direttamente transitare su un conto a lui intestato.

In ogni caso, è fin d'ora certo che il banchiere centrale stia lavorando in vista dell'adozione di un euro digitale che dovrà salvaguardare il ruolo degli intermediari privati anche perché questo è un obbligo che trova conferma nelle stesse norme del trattato. L'127, par. 1, TFUE impone alla BCE di attuare una politica economica, nel rispetto del principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, che favorisca un'efficiente allocazione delle risorse. È perciò scontato che tale principio potrebbe risultare violato se l'introduzione di una retail CBDC portasse alla disintermediazione bancaria, con conseguente assunzione, da parte del banchiere centrale anche del ruolo di erogatore di credito[65]. Ecco, dunque, che trova ulteriore giustificazione l'estrema attenzione che fin d'ora la BCE pone nel rassicurare gli intermediari bancari circa l'impatto che un euro digitale potrà avere sulla loro attività.

In questa sede, si aderisce a questa seconda impostazione, ossia quella che ritiene che un futuro euro digitale non potrà prescindere da un'attenta rimeditazione del riparto di funzioni in materia monetaria tra pubblico e privato, che dovrà tenere in grande considerazione le nuove funzioni che la moneta digitale consentirà di

[65] In questo senso v., NABILOU, *Testing the waters of the Rubicon*, *op. cit*., p. 24.

svolgere.

7. Infine, il discorso, che qui stiamo conducendo, non può prescindere dal tentare di affrontare, in modo più specifico, alcune questioni più prettamente giuridiche, relative alla possibilità di riconoscere alla BCE il potere di adottare anche una versione digitale della moneta, ovvero il suo valore legale.

Simile indagine non è di poco conto, se si considera che se l'attuale contesto regolatorio risultasse incompleto o comunque inadatto, sarebbe necessario approntare le complesse procedure di modifica previste per i Trattati europei.

Altra questione, altrettanto rilevante dal punto di vista giuridico, riguarda poi la possibilità di attribuire a una futura CBDC europea corso legale, questione che intercetta diverse problematiche.

8. La risposta circa l'esistenza di poteri, in capo alla BCE, relativi all'emissione di una futura CBDC non può essere univoca, ma dipende dalle caratteristiche che questa andrà ad assumere.

In particolare, per una wholesale CBDC, ossia accessibile soltanto alle controparti finanziarie autorizzate, l'ancoraggio normativo potrebbe consistere nell'art, 127, par. 2 del TFUE[66] in combinato disposto con l'articolo 20, prima par. [67], dello statuto del SEBC, andando di fatto verso un'equiparazione rispetto alle attuali riserve delle banche commerciali già presso di lei detenute.

Più complessa appare, invece, la questione relativa ai poteri finalizzati all'emissione di un euro digitale di tipo retail, perché il fondamento normativo potrebbe poi ancora variare a seconda delle sue caratteristiche e, prima di tutto, in

[66] L'art. 127, par. 2 sancisce che «I compiti fondamentali da assolvere tramite il SEBC sono i seguenti: definire e attuare la politica monetaria dell'Unione, svolgere le operazioni sui cambi in linea con le disposizioni dell'articolo 219, - detenere e gestire le riserve ufficiali in valuta estera degli Stati membri, - promuovere il regolare funzionamento dei sistemi di pagamento»

[67] L'art. 20, primo par. dello statuto, intitolato, altri strumenti di controllo monetario, prevede che «Il consiglio direttivo può decidere, a maggioranza dei due terzi dei votanti, sull'utilizzo di altri metodi operativi di controllo monetario che esso ritenga appropriato, nel rispetto di quanto disposto dall'articolo 2».

base alla sua costruzione come *token* o account *based* e poi, ancora, in ragione del suo più o meno ampio grado di programmabilità[68]. Tanto per ridurre le variabili a quelle che si ritengono più rilevanti ai fini della discussione.

8.1. Da questo punto di vista, il caso probabilmente più semplice per cui trovare un ancoraggio normativo è quello che prevede l'adozione di un *account based* retail euro. In questo caso, infatti, il fondamento normativo potrebbe risiedere nel par. 2 dell'art. 127 del TFUE, combinato con l'articolo 17 dello statuto del SEBC. L'art. 17, dello statuto, relativo ai conti presso la BCE e le banche centrali nazionali, sancisce, infatti, che «Al fine di svolgere le loro operazioni, la BCE e le banche centrali nazionali possono aprire conti intestati a enti creditizi, organismi pubblici e altri operatori del mercato e accettare come garanzia attività, ivi compresi i titoli scritturali». In questo caso, pertanto, sarebbe sufficiente una espressa modifica della disposizione, così come del Trattato, per introdurre la possibilità, anche per i privati, di aprire conti direttamente presso la BCE.

8.2. Anche per quanto riguarda la possibilità di adottare un euro digitale di tipo token-based, sia la BCE, sia la dottrina prevalente ritiene che ci siano già nel Trattato i fondamenti del potere per emetterlo.

In particolare, in questo caso, la norma di riferimento è considerata l'art. 128 del TFUE[69], in combinato disposto con la prima frase dell'art. 16[70] dello statuto del

[68] Per una dettagliata ricostruzione interpretativa di queste disposizioni e dei poteri che esse attribuirebbero alla BCE v. GRÜNEWALD, ZELLWEGER-GUTKNECHT, GEVA, *Digital Euro and ECB powers*, in *Common Market Law Review* 58, 2021 p. 1029 ss.

[69] L'art. 128, sancisce che «1. La Banca centrale europea ha il diritto esclusivo di autorizzare l'emissione di banconote in euro all'interno dell'Unione. La Banca centrale europea e le banche centrali nazionali possono emettere banconote. Le banconote emesse dalla Banca centrale europea e dalle banche centrali nazionali costituiscono le uniche banconote aventi corso legale nell'Unione.
2. Gli Stati membri possono coniare monete metalliche in euro con l'approvazione della Banca centrale europea per quanto riguarda il volume del conio. Il Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo e della Banca centrale europea, può adottare misure per armonizzare le denominazioni e le specificazioni tecniche di tutte le monete metalliche destinate alla circolazione, nella misura necessaria per agevolare la loro circolazione nell'Unione».

SEBC che attribuiscono alla BCE il potere di emettere "banconote".

Secondo l'opinione maggioritaria, dette disposizioni consentirebbero alla BCE di emettere in generale banconote, senza quindi riferirsi a uno specifico supporto, ossia la carta, ma solo il riferimento al fatto di costituire una passività di banca centrale[71].

Gli autori ritengono così che, solo per questioni di carattere temporale, i redattori della disposizione avessero immaginato le banconote in forma cartacea, posto che agli inizi degli anni '90, non vi era ancora stata la massiccia diffusione di internet. Ciò, però, non comporterebbe il divieto di una banconota di tipo digitale e, per questo, sia l'art. 128, sia il 16 si presterebbero a un'interpretazione più ampia.

Tuttavia, detta dottrina è ben consapevole che questo solo elemento, non sarebbe sufficiente per legittimare l'attribuzione di un simile potere alla BCE. Di conseguenza, per fare questo ulteriore passo ricorrono anche a una rilettura delle disposizioni alla luce dell'evoluzione dell'Unione monetaria e del ruolo della banca centrale. Da questo punto di vista, secondo loro, occorrerebbe considerare il

[70] L'art. 16, riguardante le banconote, precisa che «Conformemente all'articolo 128, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, il consiglio direttivo ha il diritto esclusivo di autorizzare l'emissione di banconote in euro all'interno dell'Unione. La BCE e le banche centrali nazionali possono emettere banconote. Le banconote emesse dalla BCE e dalle banche centrali nazionali costituiscono le uniche banconote aventi corso legale nell'Unione.
La BCE rispetta per quanto possibile la prassi esistente in materia di emissione e di progettazione di banconote».

[71] In tal senso, v. GRÜNEWALD, ZELLWEGER-GUTKNECHT, GEVA, *Digital Euro and ECB powers*, *op. cit*., p. 1033. Sempre in questo senso v. ID., *The E-Banknote as a 'Banknote': A Monetary Law Interpreted*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Forthcoming, Osgoode Legal Studies Research Paper, Forthcoming, in *https://ssrn.com/abstract=3838739*, p. 8, ove gli AA. ribadiscono come la stessa nascita della cartamoneta sia collegata alle invenzioni della carta, della stampa e al loro sviluppo tecnologico. Con il tempo, entrambe sono state migliorate e la carta è stata sostituita con un polimero, che l'ha resa non solo più economica, ma anche più sicura. Secondo questa posizione dottrinale, una simile circostanza dimostra come la banconota sia rimasta scritta, anche se secondo un significato che è andato via via a ricomprendere anche la forma di stampato, timbrato, in rilievo e in teoria anche inciso. Da qui gli A. ricavano una sorta di vero e proprio requisito scritto di tipo "funzionale", ossia ciò che rileva è il fatto che ci sia una registrazione, intesa come una prova per garantire l'attribuzione, la permanenza, l'integrità e l'autenticità dell'operazione di trasferimento. Di conseguenza, se la tecnologia oggi permette di garantire questo risultato attraverso un nuovo mezzo digitale, non ci sarebbe alcuna ragione per non considerarla una moneta. Questa impostazione ritiene, pertanto, che la banconota, per essere tale, non richieda affatto la forma scritta e tanto meno una forma tangibile. Ma è vero semmai il contrario, in quanto in un'epoca analogica, era possibile immaginare solo una banconota fisica per poter procedere a uno scambio. Oggi, invece, ci muoviamo sempre più in una realtà dematerializzata.

passaggio dal cartaceo al digitale solo come un'ennesima evoluzione, dovuta al processo di innovazione tecnologica, che non sarebbe né rivoluzionario, né in grado di alterare concettualmente le caratteristiche distintive della banconota[72]. Una corretta interpretazione dell'art. 128, par. 1, TFUE e dell'art. 16 dello statuto richiederebbe di considerare il "formato" delle banconote come di secondaria importanza, posto che la caratteristica distintiva risiederebbe nella loro funzione. In altre parole, le banconote sarebbero comunque destinate a fungere da mezzo di pagamento e di riserva di valore affidabile e privo di rischio di credito accessibile al pubblico, indipendente dalla forma assunta.

Tanto più che l'euro stesso sarebbe nato sotto forma di moneta "nominale non materiale" [73].

Da ciò conseguirebbe, dunque, che tutte le scelte relative al design del futuro euro digitale, compresa la sua denominazione, le specifiche tecniche e la sicurezza, sarebbero già riconducibili alla funzione e al potere di emissione ai sensi dell'articolo 128(1) TFUE e dell'articolo 16 dello Statuto del SEBC e, pertanto, rimesse esclusivamente alla BCE. Mentre, però, elementi essenziali come l'autorizzazione, l'emissione e la progettazione dei token resterebbero di competenza esclusiva dell'Eurosistema, la produzione e la distribuzione potrebbero essere anche delegate a produttori e intermediari finanziari esterni, come già accade per le banconote[74].

Dunque, secondo questo orientamento, l'emissione di un euro digitale non richiederebbe alcun atto legislativo preliminare che autorizzi l'Eurosistema ad utilizzare i suoi poteri, posto che l'art. 133 TFUE già riconoscerebbe alla BCE e al SEBC

[72] v. GRÜNEWALD, ZELLWEGER-GUTKNECHT, GEVA, *Digital Euro and ECB powers*, *op. cit.*, p. 1035.
[73] Così SANTORO, *Considerazioni sulla moneta*, in *Dir. della banca e del merc. fin.*, 2022, 2, p. 8 che richiama le opinioni già espresse in ID., *L'euro quale moneta scritturale*, in *Banca Borsa tit. cred.*, 2001, I, p. 447 ss.
[74] In questo senso, si è espresso anche l'Avv. Gen. PITRUZZELLA, nelle conclusioni presentate il 29 settembre 2020, Cause riunite C-422/19 e C-423/19, in *https://curia.europa.eu/juris/ document/ document_print.jsf?docid=231781&text=&dir=&doclang=IT&part=1&occ=first&mode=DOC&pageIndex=0&cid=6467851#Footref31*

autonomia in quest'ambito, salvo attribuire alla Commissione e al parlamento europeo il compito di adottare eventuali atti di diritto derivato accessori, necessari per un quadro giuridico di dettaglio, finalizzato a permettere l'ingresso di una moneta digitale.

8.3. A parere di chi scrive, le tesi, che ritengono la BCE già titolare dei poteri di emissione di un euro digitale *retail*, sia *token* sia *account based*, in virtù di una interpretazione elastica delle richiamate disposizioni contenute nel trattato, non può essere accolta completamente.

Esse, infatti, prendono in considerazione esclusivamente un aspetto, ossia la forma della futura moneta nelle vesti di conto o token, senza soffermarsi sulle ulteriori caratteristiche che la moneta digitale potrebbe assumere e, più precisamente, le funzioni che essa potrà assolvere in virtù della sua nuova natura digitale, ivi inclusa la questione relativa alla sua programmabilità.

È alla luce anche di questi aspetti che dovrà essere indagata l'esistenza dei poteri in capo alla BCE.

L'euro digitale sotto forma di token, ma anche di account, potrebbe non limitarsi a replicare le funzioni delle banconote e dei conti tradizionali, presentandosi non solo come strumento di pagamento (credit risk-free e trusted) e riserva di valore, ma altresì con le nuove potenzialità che potranno, ad esempio, essere perseguite grazie all'innesto con la sua più o meno ampia programmabilità.

In particolare, un euro digitale token based potrebbe essere concepito in modo tale da consentire alla BCE di influenzare la domanda di moneta, anche attraverso il pagamento o la riscossione di interessi sulle banconote digitali e imponendo limiti alla loro detenzione o al loro utilizzo.

Una valuta digitale potrebbe poi consentire di attuare una politica LBZ, oltre a poter essere collegata a un eventuale tasso di interesse.

In simili casi, pertanto, il mero rinvio agli art. 128 e 16 sarebbe assolutamente insufficiente, e necessiterebbe, invece, di trovare un aggancio anche in altre

disposizioni che, a seconda dei casi, potrebbero attenere più propriamente all'esercizio delle funzioni di politica monetaria e non solo quali, in primis, il par. 2 dell'art. 127 del TFUE, combinato con l'articolo 17 dello statuto del SEBC[75].

Di conseguenza, come è già stato sottolineato in dottrina[76], gli art. 128, par. 1 e 16 potrebbero consentire esclusivamente l'emissione di un euro digitale, *token-based*, che fosse concepito come un mero equivalente di una banconota, con le sole funzioni di strumento di pagamento e unità di conto, senza alcuna finalizzazione a obiettivi diversi, quali quelli di politica monetaria. Tale opinione poggia su una interpretazione che disgiunge nettamente l'art. 128, par. 1, relativo ai poteri di emissione della moneta dall'art. 127, par. 2, TFUE relativo all'esercizio delle funzioni di politica monetaria, sul presupposto che la presenza di due diverse disposizioni dedicate, rispettivamente, l'una al potere di emissione della moneta e l'altra alla politica monetaria, indichino di fatto due diverse prerogative[77].

In questo senso, i rischi associati all'introduzione di una CBDC, nonché i nuovi poteri e strumenti che essa dovrebbe esercitare, non potrebbero essere affrontati alla luce del contesto normativo attuale, ma richiederebbero l'intervento del legislatore europeo, soprattutto al fine di introdurre maggiori garanzie e più elevati livelli di controllo giurisdizionale[78].

A questo proposito, peraltro, si inseriscono le incertezze in merito alla possibilità per il banchiere centrale e per lo stesso Stato, di introdurre vincoli e

[75] L'art. 17, dello statuto, relativo ai Conti presso la BCE e le banche centrali nazionali, sancisce che «Al fine di svolgere le loro operazioni, la BCE e le banche centrali nazionali possono aprire conti intestati a enti creditizi, organismi pubblici e altri operatori del mercato e accettare come garanzia attività, ivi compresi i titoli scritturali».

[76] v. GRÜNEWALD, ZELLWEGER-GUTKNECHT, GEVA, *Digital Euro and ECB powers*, *op. cit*., p. 1035.

[77] v. GRÜNEWALD, ZELLWEGER-GUTKNECHT, GEVA, *Digital Euro and ECB powers*, *op. cit*., p. 1037.

[78] In questo senso v., NABILOU, *Testing the waters of the Rubicon*, *op. cit*., p. 21, secondo cui i principi del diritto costituzionale richiederebbero che l'assunzione di questi nuovi poteri e strumenti, tanto più se esercitati da un'istituzione europea dovrebbero basarsi sulle leggi primarie o secondarie esistenti o dovrebbe essere aggiunti modificando le leggi esistenti. Nel caso della BCE, questo richiederebbe modifiche del TFUE che non solo conferiscano tali poteri al SEBC, ma che forniscano ulteriori garanzie costituzionali e livelli più elevati di responsabilità in capo alla BCE.

limitazioni alla spendibilità del denaro, che divengono ancora più critici nel momento in cui consideriamo la particolare natura della BCE e dei 19 Paesi che fanno parte dell'eurozona.

È pertanto evidente che questo specifico profilo dovrà essere oggetto di una futura e ben più approfondita analisi.

9. Anche l'attribuzione dello status di moneta a corso legale al futuro euro digitale costituisce un aspetto particolarmente problematico. Se da una parte, infatti, una simile caratteristica lo renderebbe più facilmente distinguibile rispetto alle altre soluzioni di pagamento elettronico privato; dall'altra, è difficile al momento immaginare come un eventuale carattere programmabile del futuro euro digitale potrà combinarsi con la nozione di corso legale, che impone per l'appunto la sua utilizzabilità in qualsiasi luogo e a tutte le condizioni.

Anche prescindendo, poi, dalla questione della programmabilità la questione relativa al corso legale del futuro euro digitale presenta notevoli perplessità, legate ancora una volta alle peculiarità dell'eurosistema.

Come è noto, questo richiede di tornare su quella posizione, difesa soprattutto dalla Germania e dall'Austria, ma comune alla maggior parte dei Paesi europei, che considera il solo contante come moneta avente corso legale[79]. Al di là dell'innovazione tecnologica, infatti, l'introduzione di un futuro euro digitale farà diventare ancora più urgente la necessità di un ripensamento circa la nozione di "moneta legale". Tanto più alla luce della sempre più pervasiva disciplina tesa a contrastare fenomeni come il riciclaggio, il finanziamento del terrorismo e l'evasione e l'elusione fiscale, che diventa sempre più dettagliata, in ambito europeo.

E che dimostra una ormai fortissima tensione tra due diverse impostazioni di fondo. Da una parte chi continua a ritenere che il contante debba essere protetto, in

[79] In tal senso v. ancora BOSSU, ITATANI, MARGULIS, ROSSI, WEENINK, YOSHINAGA, *Legal Aspects of Central Bank Digital Currency: Central Bank and Monetary Law Considerations*, *op. cit.*

quanto unica forma di pagamento che ancora garantisce l'anonimato[80]; dall'altra, quanti invece ritengono che, a fronte dei rischi che esso comporta, dovrebbe essere progressivamente ridotto.

È peraltro indiscutibile che la perdurante incertezza, sul punto, è alimentata dalla mancanza di una precisa presa di posizione e di quali siano le implicazioni di questa nozione sia per il diritto pubblico, sia privato a livello europeo e nazionale.

Fino all'adozione dell'Euro, ogni Stato membro aveva una propria concezione, ma anche oggi, il più volte citato art. 128 TFUE si limita a richiamare la nozione di legal tender senza però definirla[81].

Indicazioni più utili sono state offerte, solo nel 2010, da una raccomandazione non vincolante della Commissione[82], che ha proposto tre implicazioni fondamentali del concetto di moneta a corso legale, quali: l'obbligo di accettazione (salvo diverso accordo esplicito tra le parti); l'accettazione al valore nominale pieno; e, infine, il riconoscimento giuridico come mezzo di adempimento degli obblighi di pagamento.

Queste tre caratteristiche fondamentali possono essere considerate, dunque, un denominatore comune tra le diverse ricostruzioni nazionali del concetto di corso legale in ambito europeo. Ma certo non sono ancora sufficienti per risolvere il problema.

L'interpretazione della nozione di corso legale è stata di recente oggetto di una

[80] SIEKMANN, *Monetary Aspects of the Euro as Single European Currency – a German Perspective*, in FREITAG - OMLOR (eds), *The Euro as Legal Tender*: *A Comparative Approach to a Uniform Concept*, Berlin - Boston, 2020, pp. 1-50, in *https://doi.org/10.1515/9783110640717-001*, p. 40 ss. Problematicamente, ATHANASSIOU, *Impact of digital innovation on the processing of electronic payments and contracting: an overview of legal risks*, ECB Legal Working Paper Series n.16/October 2017, p. 5 ss., in *https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scplps/ecb.lwp16.en.pdf*. In proposito, può essere utile ricordare come, a livello europeo, sia stato attualmente fissato un tetto di 10.000 euro ai pagamenti in contanti, anche se diversi Paesi hanno introdotti limiti più restrittivi.

[81] MERSCH, *The role of euro banknotes as legal tender*, speech at the 4th Bargeldsymposium of the Deutsche Bundesbank, 14 febbraio 2018, in *https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2018/html/ecb.sp180214.en.html*.

[82] Commission Recommendation 2010/191/EU on the scope and effects of legal tender of euro banknotes and coins, O.J. 2010, L 83/70, in *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32010H0191*.

pronuncia della Corte di giustizia europea[83] che appare utile per cercare di fare chiarezza su questo delicato tema. La vicenda ha preso avvio con un ricorso presentato da due cittadini tedeschi che si erano opposti a una norma di diritto interno che imponeva loro di pagare il canone televisivo esclusivamente in modalità digitale, escludendo la possibilità di adempiere in contanti.

In questo contesto, la pronuncia definisce la nozione di "corso legale", come quel «mezzo di pagamento denominato in un'unità monetaria … [che] non può essere rifiutato in pagamento di un debito espresso nella stessa unità monetaria, al suo valore nominale pieno, con effetto di estinguere l'obbligazione di pagamento».

Il giudice precisa che il corso legale delle banconote in euro trova il proprio fondamento non solo nel più volte citato art. 128 TFUE, e nell'art. 16, dello statuto SEBC e sulla BCE, ma anche nell'art. 10 e 11 del regol. n. 974/98, nonché nella raccomandazione del 2010.

Si noti che nonostante il valore di corso legale delle banconote, la Corte non esclude la possibilità di introdurre alcune limitazioni al pagamento in contanti, da parte dei singoli Stati membri, qualora sussistano motivi di interesse pubblico[84], e purché dette limitazioni siano proporzionate all'obiettivo di interesse pubblico perseguito, in virtù del cons. 19 del regolamento n. 974/98. Dunque, in questo caso, è necessario che esistano mezzi legali alternativi per estinguere le obbligazioni.

Ancora più in là, giungono invece le conclusioni che sono state presentate dall'avv. gen. Pitruzzella, secondo cui, non ci sarebbe alcuna disposizione dei Trattati che impedirebbe all'UE di riconoscere valore legale ad altre forme di moneta, diverse

[83] Grande Sezione, 26 gennaio 2021, n. 63, cause riunite C-422/19 e C-422/19. Per un suo commento v. SANTORO - GRECO, *Limiti all'uso del contante e regime giuridico del corso legale delle banconote in euro*, in *Giur. Comm*., 2022, 1, II, p. 61 ss.

[84] Come ben spiega la pronuncia, circa i dubbi interpretativi del considerando, dovuti anche a traduzioni difformi nelle diverse lingue che riporterebbero ora la nozione di "motivi di ordine pubblico", ora di "motivi di interesse pubblico", la Corte sancisce che «le restrizioni ai pagamenti mediante banconote e monete metalliche in euro possono, in pratica, essere giustificate tanto da motivi di ordine pubblico relativi alla sicurezza o alla lotta contro la criminalità quanto dall'interesse pubblico di assicurare un'organizzazione efficace dei pagamenti nella società, è opportuno, al fine di garantire un'applicazione uniforme dei motivi derogatori in tutti gli Stati membri, accogliere l'espressione che ha il significato più ampio, vale a dire quella di "motivi d'interesse pubblico"».

dalle banconote, aprendo dunque la via anche al possibile riconoscimento di una moneta digitale pubblica a valore legale.

Alla luce di queste riflessioni, appare evidente come anche questo elemento sarà destinato a influire sul valore legale e dovrà essere oggetto di accurate riflessioni da parte dell'eurozona, poiché costituirà un aspetto fondamentale da sciogliere in vista dell'adozione di un futuro euro digitale e dovrà soprattutto essere meditato alla luce delle specifiche caratteristiche di programmabilità che l'euro digitale andrà ad assumere.

10. Alla luce delle osservazioni che precedono appare evidente quanto sia ancora lungo il percorso da compiere in vista dell'adozione di un euro digitale.

Il banchiere centrale sembra orientato a prediligere soluzioni finalizzate a preservare le attuali modalità di trasmissione della politica monetaria, soprattutto evitando impatti negativi sulla stabilità finanziaria, dovuti a un'eventuale lesione della capacità di intermediazione delle banche, oltre a porre estrema attenzione a design che siano in grado di coniugare il diritto alla privacy dei singoli, con il rispetto degli obblighi di AML e CFT.

L'obiettivo generale del banchiere centrale pare quello di voler preservare senza stravolgere il sistema esistente e i suoi attori, ritagliandosi un ruolo il più possibile limitato.

Tuttavia, a parere di chi scrive, l'introduzione di una CBDC, e soprattutto di un futuro euro digitale, dovrebbe essere l'occasione per riflettere sul nuovo volto che la moneta sta assumendo, nonché sul sistema dei pagamenti, cercando di porre rimedio alle sue inefficienze e criticità, senza voler necessariamente richiamare le precedenti dinamiche.

La moneta digitale pubblica dovrà essere l'occasione per rendere il denaro digitale meno costoso e accessibile a tutti, invertendo la tendenza degli ultimi decenni quando, con la progressiva digitalizzazione, si sono anche insinuati una serie

di ostacoli all'accesso soprattutto per le categorie più fragili[85] e costi più elevati[86].

Solo al termine di questo ripensamento sarà possibile passare a considerare le singole scelte di design e più puntualmente anche le modalità di riparto delle funzioni con gli intermediari privati, al fine di cogliere appieno le potenzialità della moneta digitale pubblica.

Tutto ciò deve essere motivo di spinta e di stimolo per il banchiere centrale per riflettere sul suo ruolo e sul senso che la sovranità monetaria e la sua legittimazione dovrà acquisire.

In particolare, ciò richiederà di inserire opportuni limiti e un rafforzato sistema di *accountability*, soprattutto sui modi in cui la programmabilità potrà essere impiegata.

Francesca Mattassoglio

Associato di Diritto dell'economia

nell'Università degli Studi di Milano-Bicocca

[85] BECK ET AL., *Banking Services for Everyone? Barriers to Bank Access and Use Around the World* 8, 27, *World Bank Policy Research, Working Paper No. 4079*, 2006, in *https://www. researchgate.net/ publication/23550080_Banking_services_for_everyone_Barriers_to_bank_access_and_use_around_the_world*.

[86] HUMPHREY ET AL., *What Does it Cost to Make a Payment?*, 2 *Rev. Network Econ.* 159, pp. 162-163, 2003, in *https://econpapers.repec.org/article/bpjrneart/v_3a2_3ay_3a2003_3ai_3a2_3an_3a7.htm*. Come è stato acutamente messo in luce, in una società senza contanti, come quella attuale, si crea una stretta correlazione tra il diritto al denaro legalmente protetto e la disponibilità della tecnologia per effettuare i pagamenti, che, al contrario, è lasciato alle forze di mercato. Ciò crea una vera e propria asincronia tra questi due elementi che dovrebbero essere regolati, così LUPO-PASINI, *Is it a Wonderful Life? Cashless Societies and Monetary Exclusion*, *op. cit*., p. 171.

L'EVOLUZIONE DIGITALE DELL'IMPRESA BANCARIA *

(*The digital transformation of the bank industry)*

ABSTRACT: *Currently the financial system is affected by radical changes, due to the growing development of digital technology that is modifying business models, the way goods and services are produced and provided. In this scenario, the PSD2 Directive has increased this digital transformation, regulating the new business model called Open Bank. It has transformed both the payment service market and, above all, all the banking system, leading it towards a logic of sharing and collaboration with other non-banking businesses, through new technological applications known as API. Traditional banks have to reorganize themselves, either alone or through collaborations with new entrants, changing the relationship with their customers and their structures. Banks' digitalization can be useful to individuals and to the entire system, but it can also be dangerous for users, due to excessive disintermediation of circulation of savings. For these reasons it is necessary for banks to maintain their central role in economic mechanisms, immediately and correctly adjusting themselves to the digital transformations underway.*

SOMMARIO: 1. Innovazione tecnologica e digitalizzazione del sistema finanziario. –2. Il riconoscimento giuridico del nuovo modello di banca aperta. – 3. La riorganizzazione dell'impresa bancaria e i possibili scenari della sua evoluzione digitale. – 4. Il rilievo della nuova dimensione nei rapporti tra banca e cliente. –5. Note di chiusura.

1. 1. Il crescente sviluppo di strumenti e di applicazioni appartenenti al mondo delle tecnologie digitali, favorito anche da un'ormai capillare diffusione di dispositivi elettronici che ne permettono un immediato accesso e un semplice utilizzo, ha profondamente modificato stili di vita, abitudini, comportamenti di ogni singolo

*Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio.

individuo e, contemporaneamente, metodologie operative di gran parte delle imprese attive in diversi settori economici[1]. Anche nelle peculiari dinamiche del mercato finanziario – ove tali fenomeni hanno assunto un primario rilievo per la capacità di trainare l'intero sistema economico verso progressive forme di digitalizzazione - possono registrarsi decisivi cambiamenti sia nelle abitudini di consumo, di spesa, di utilizzo di prodotti e servizi da parte degli utenti sia nei modelli organizzativi e nei processi di produzione e di distribuzione svolti dalle imprese[2]. Così ai mutamenti della domanda hanno fatto eco un forte rinnovamento delle aziende tradizionali, opportunamente adeguate alle nuove logiche digitali, oltre ad un corposo aumento di iniziative innovative, direttamente legate a strumenti tecnologici, in un'ottica generale volta a migliorare le proposte di offerta tramite soluzioni capaci di intercettare efficacemente i cambiamenti delle esigenze e delle aspettative degli utenti.

La tecnologia digitale è divenuta, infatti, un vero e proprio fattore produttivo sia per gli *incumbent*, spinti a rivedere l'organizzazione interna delle proprie strutture, le procedure di creazione e di distribuzione di prodotti, i rapporti con le imprese concorrenti e quelli con i propri clienti, sia per i *new entrants* capaci, tramite la sua applicazione, di svolgere attività precedentemente riservate ad intermediari abilitati. Altamente specializzati nella creazione di innovazione e nella conseguente applicazione anche ai servizi finanziari, grazie alla loro maggiore flessibilità e adattabilità ai continui cambiamenti rispetto agli intermediari tradizionali, questi nuovi soggetti sono in grado di offrire una vasta gamma di servizi ad alto contenuto tecnologico nel settore dei finanziamenti, dei pagamenti, degli investimenti e della

[1] Nell'*incipit* di PASSALACQUA, Green deal *e transizione digitale verso un diritto eventuale*, in ID. (a cura di), *Diritti e Mercati nella transizione ecologica e digitale*, Padova, 2021, p. 3 e ss., viene espressamente sottolineato come "le maggiori transizioni economiche che si sono succedute nella storia dell'uomo sono state innanzitutto transizioni sociali, che poi hanno determinato trasformazioni dell'economia e, conseguentemente, delle norme giuridiche".

[2] Per LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999, i meccanismi incorporati nella tecnologia sono in grado di influenzare e trasformare i comportamenti degli individui, le abitudini sociali, modificando anche la tipologia di domanda o di offerta di beni e servizi. *Hardware* e *software*, infatti, determinano il comportamento degli attori che si confrontano nel *cyber*-spazio, inteso come sinonimo di *internet*.

consulenza[3]. In particolare, essi riescono ad associare ed integrare l'erogazione di servizi finanziari con la prestazione di altri servizi, diversi per natura e caratteristiche, ampliando le proprie proposte con prodotti innovativi, flessibili, personalizzati, integrati, che si adattano meglio ai rinnovati bisogni della clientela[4]. La presenza di offerte composite e modulari, ma anche di richieste con analoghe caratteristiche, diviene un tratto essenziale della nuova realtà degli scambi commerciali e richiede che gli attori tradizionali procedano ad individuare nuovi percorsi che, affrancandosi dagli abituali modelli imprenditoriali, riescano ad applicare criteri di velocità, accessibilità, immediatezza, semplicità.

Al centro di tale sistema è posto il cliente che diviene parte integrante nelle nuove dinamiche d'impresa, orientate a garantirgli un'esperienza appropriata, completa e soddisfacente (c.d. *customer centricity*).

Queste evoluzioni vengono fatte rientrare nell'ambito del ben noto fenomeno *Fintech*, ecosistema assolutamente multiforme, eterogeneo e dinamico costituito dalla convergenza tra l'industria finanziaria e quella delle tecnologie digitali[5], che contraddistingue qualsiasi innovazione tecnologia in grado di modificare i processi di produzione e di distribuzione dei prodotti e dei servizi finanziari, gli stessi prodotti, le modalità di accesso e di utilizzo da parte di imprese e clienti, lo svolgimento dei

[3] BANCA D'ITALIA, *Fintech in Italia, Indagine conoscitiva sull'adozione delle innovazioni tecnologiche applicate ai servizi finanziari*, 2017, reperibile sul sito istituzionale dell'Autorità.

[4] In tal senso POLITINI, Embedded Finance*: che cosa è la finanza integrata? Esempi e vantaggi*, in *Digital4Biz*, 21 giugno 2021. In tema di personalizzazione dell'offerta mi sia consentito rinviare a CARATOZZOLO, *La personalizzazione dell'offerta di prodotti e servizi finanziari ai clienti: pro e contro*, in LENER, LUCHENA, ROBUSTELLA (a cura di), *Mercati regolati e nuove filiere di valore*, Torino, 2021, p. 123 e ss.; *Ivi*, per approfondite analisi sul tema richiamato, si vedano i diversi contributi che raccolgono i testi delle relazioni del convegno di studi organizzato dall'Associazione Adde presso l'Università di Bari il 29-30 novembre 2019.

[5] Secondo la BANCA CENTRALE EUROPEA, "*Fintech is an umbrella term encompassing a wide variety of business models*". Così in *Guide to Assessments of FinTech Credit Institution Licence Applications*, Settembre 2017. Sul tema la letteratura è ormai diventata vasta: tra i tanti, per opportuni approfondimenti, PARACAMPO (a cura di), FINTECH*, Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Torino, 2019-2020, LENER (a cura di), Fintech*: diritto, tecnologia e finanza*, Roma, 2018, CASSANO, DI CIOMMO, RUBINO DE RITIS (a cura di), *Banche, Intermediari e* Fintech – *Nuovi strumenti digitali in ambito finanziario*, Milano, 2021.

rapporti, le strutture dei mercati e delle istituzioni finanziarie e creditizie[6]. *Fintech* ha contribuito alla definitiva erosione dei tradizionali comparti entro i quali i rapporti finanziari si sono abitualmente svolti e, all'interno di questi, alla definizione di rinnovati confini tra beni e servizi e tra coloro che li producono e li offrono sul mercato[7]. Le tipologie di contratti, di soggetti coinvolti, di prodotti esistenti, così come anche i rapporti tra impresa e cliente, tra produttore e consumatore, tra prestatore e utilizzatore hanno assunto rinnovate configurazioni grazie alle nuove architetture che stanno progressivamente soppiantando quelle precedenti legate a regole rigide e a principi ben definiti, appartenenti ad una realtà da considerare, ormai, superata.

Mentre i vantaggi di questa trasformazione appaiono di immediata percezione, gli elementi di criticità, al contrario, necessitano di più approfondita analisi, celandosi nelle pieghe di quelli che vengono presentati come fattori di rottura con il passato con indubbi effetti positivi per i singoli e per l'intera collettività. Essi derivano, in un quadro generale che deve contemplare distinte sfaccettature, dal contesto pre-digitale che ha accompagnato la nascita e lo sviluppo di gran parte dei modelli imprenditoriali e, parimenti, degli impianti disciplinari appartenenti ad un ambiente sostanzialmente analogico, riferito a tipi di imprese, di utenti e di rapporti economici ampiamente modificati.

In siffatto contesto anche le imprese bancarie appaiono impegnate ad

[6] Con il termine *Fintech* si intende quell'insieme di soluzioni tecnologiche che, applicate alla prestazione di attività e servizi finanziari, si traducono in innovazioni riguardanti i modelli di impresa, i processi adottati per la produzione di beni e la prestazione di servizi, le tecniche di intermediazione offerte ai clienti. Per il FINANCIAL STABILITY BOARD Fintech "*is technology-enabled innovation in financial services that could result in new business models, applications, processes or products with an associated material effect on the provision of financial services*"; così in *Financial Stability Implications from FinTech. Supervisory and Regulatory Issues that merit authorities' attention*, 27/06/2017, p. 7 e ss., reperibile su www.fsb.org.

[7] Per l'EBA, *Discussion Paper on the EBA's approach to financial technology (Fintech)*, 4/08/2017, "*over the years the financial landscape has started to look very different as a number of waves of financial and technological innovation have eroded the boundaries between financial products and services and those providing them or enabling their provision. For example, the set of products that for a long time have been within the exclusive remit of licensed credit institutions – payment services and loans – have been unbundled and in some jurisdictions are now offered separately by a much wider array of firms*".

aggiornare le proprie strutture e la propria organizzazione e, per esse, le tecniche di produzione e di offerta di servizi, nel tentativo di adeguare l'attività prestata ai più moderni criteri e di mantenere le posizioni sul mercato, preservando la centralità del ruolo svolto nei meccanismi economici.

2. L'evoluzione normativa ha seguito questa trasformazione, aprendo la strada al riconoscimento dei richiamati principi all'interno di un rinnovato quadro disciplinare inteso a favorirne l'applicazione. Concetti quali l'integrazione e la personalizzazione delle soluzioni finanziarie, la digitalizzazione dei modelli imprenditoriali, la virtualizzazione dei prodotti offerti, la disintermediazione dei processi di circolazione della ricchezza, la scomposizione (*un-bundling*) e la nuova ricomposizione (*re-bundling*) della catena di valore dei servizi finanziari, rappresentano altrettanti fattori correntemente attenzionati da legislatori e regolatori, interni ed europei, per la loro idoneità a realizzare obiettivi dei singoli ma anche dell'intera collettività, e trovano piena affermazione nella copiosa recente produzione normativa. Nella ormai ben acquisita duplice ottica volta a sfruttare le opportunità offerte dalla tecnologia ed a risolvere le sue criticità, il legislatore europeo è definitivamente orientato ad agevolare e velocizzare la transizione dell'intero sistema verso logiche digitali, attraverso l'articolazione di una serie di provvedimenti contenenti diverse misure capaci di fornire certezza giuridica alle rilevate innovazioni, in maniera da aumentarne affidabilità e diffusione. Tra essi un posto di assoluto rilievo viene assunto dalla direttiva *PSD2*[8] la cui adozione ha segnato, anche nel nostro ordinamento, un importante momento di ripensamento e di trasformazione non solo del mercato dei servizi di pagamento ma dell'intera industria bancaria.

Con l'accoglimento del nuovo modello di *Open Banking*, fondato sul

[8] Direttiva 2015/2366/UE (*Payment Services Directive - PSD2*) che abroga la precedente Direttiva 2007/64/Ce (*PSD1*), recepita nel nostro ordinamento con D. Lgs. n. 218/2017.

riconoscimento del diritto di soggetti terzi, originariamente esterni al mercato finanziario, di accedere a dati e informazioni relativi ai rapporti tra banche e clienti[9], si è dato avvio ad una profonda riconfigurazione del sistema bancario in termini marcatamente digitali e, finanche, della sua funzione svolta nei processi economici, aprendo la strada, come è stato puntualmente rilevato da autorevole dottrina, a forme di intermediazione creditizia che vanno ben oltre quella tipica[10]. Tra gli effetti maggiormente rilevanti quello connesso alla funzione intermediatrice svolta dalle banche, nella nuova conformazione aperta e condivisa del sistema finanziario e dei servizi in esso presenti, risulta particolarmente interessante per i decisivi riflessi che comporta sui rapporti negoziali e sugli assetti di mercato. Il centro nevralgico del nuovo modello riguarda, in particolare, la perdita da parte delle banche dell'esclusività del rapporto con il cliente, soppiantata da criteri di condivisione di conoscenze e di circolazione di informazioni con altri soggetti. Quella che, in precedenza, veniva considerata un'assoluta prerogativa degli intermediari bancari è divenuta, al contrario, un diritto che soggetti esterni possono esercitare anche in assenza di qualsiasi accordo con la stessa banca. Vengono condivisi non solo dati e informazioni ma anche sistemi, procedure, servizi e, in definitiva, gli stessi clienti attorno ai quali si sviluppano nuovi prodotti e servizi[11]. Ciò, peraltro, pienamente in linea con l'evoluzione della normativa in tema di tutela dei dati personali, che riconosce piena legittimità alla loro circolazione tra gli operatori economici e, quindi, alla loro necessaria condivisione per garantire buon funzionamento ed efficienza di

[9] La BANCA D'ITALIA, in *Psd2 e Open Banking: nuovi modelli di business e rischi emergenti*, novembre 2021, p. 8, reperibile sul sito istituzionale dell'Autorità, definisce l'*Open Banking* come un ecosistema aperto e digitale che consente, anche in assenza di accordi prestabiliti, lo scambio di dati e di informazioni, non solo finanziarie, tra gli operatori che ne fanno parte.

[10] In tal senso espressamente CAPRIGLIONE, *Innovazione finanziaria ed evoluzione dell'ordinamento giuridico*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2020, II, p. 405 e ss. Per ALPA, *Fintech un laboratorio per giuristi*, in *Contr. e Impr*., n.2/2019, p. 377 e ss., l'intervento delle c.d. "*non banks*" determina che "il deposito e il trasferimento di danaro possa avvenire attraverso *providers* di *front-end*, che si interfacciano con i clienti, *providers* di *back end*, che operano per le banche, operatori che forniscono servizi di compensazione e *providers end-to-end* che compiono pagamenti e trasferimenti più sicuri".

[11] In tal senso si esprime la ricerca di MONITOR DELOITTE *Open banking Il cambio dei paradigmi alla base dei modelli di business bancari*, 2019, reperibile su www2.deloitte.com.

tutto il sistema economico[12].

Il tradizionale modello di impresa bancaria viene, radicalmente trasformato in base a regole che comportano la sostituzione dell'originario rapporto "chiuso", "diretto" ed "esclusivo" tra banca e cliente, ove la prima produce e distribuisce i propri servizi mantenendo il controllo sull'intera filiera produttiva, con una serie di rapporti "aperti", "disarticolati" e "condivisi" tra diverse imprese che trovano svolgimento in una nuova dimensione. Tale processo di disintermediazione dell'attività finanziaria promette di garantire offerte di prodotti e servizi più rispondenti alle rinnovate richieste degli utenti[13] e pone le basi per una generale revisione del sistema finanziario, destinato a sganciarsi dalla sua storica dimensione bancocentrica per assumere "carattere aperto e geometria variabile" basato, essenzialmente, sull'uso di strumenti telematici[14].

La Direttiva *PSD*2, nell'intento complessivo di favorire l'innovazione, incrementare la concorrenza tra operatori diversi, aumentare l'efficienza e la sicurezza degli strumenti di pagamento e delle transazioni commerciali *on-line*, promuovere lo sviluppo di un mercato interno dei pagamenti al dettaglio efficiente, sicuro e competitivo rafforzando la tutela degli utenti dei servizi di pagamento, ha riconosciuto nuovi servizi e disciplinato l'attività di nuovi prestatori[15]. I c.d. *Third*

[12] Sul necessario contemperamento tra le esigenze personali, relative alla tutela del soggetto interessato, e quelle di mercato, relative alla circolazione dei dati, e quindi tra garanzia di elevati livelli di protezione delle persone fisiche e libera circolazione dei dati personali si veda MANTELORO - POLETTI (a cura di), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, Pisa, 2018.

[13] È stato sottolineato come la disintermediazione dovuta a tali processi abbia comportato una sostanziale "spersonalizzazione" della relazione tra banca e cliente che richiede una revisione del sistema di tutela dell'utente; SICA - SABATINO, *Disintermediazione finanziaria e tutela del cliente e dell'utilizzatore*, in FALCE (a cura di), *Financial Innovation tra disintermediazione e mercato*, Torino, 2021, p. 117 e ss.

[14] Per FALCE - FINOCCHIARO, *La* digital revolution *nel settore finanziario - Una nota di metodo*, in *An. Giur. Econ.*, 1/2019, p. 313 e ss., tali fenomeni, che coinvolgono diversi settori, sono riferibili all'insieme di innovazioni rese possibili dall'impiego delle nuove tecnologie sia nell'offerta di servizi agli utenti finali sia nei processi produttivi degli operatori finanziari sia, infine, nella configurazione delle imprese-mercato (i c.d. *financial marketplace*).

[15] Per un'accurata ricostruzione dell'evoluzione della disciplina sui servizi di pagamento si veda PORTA, *Obiettivi e strumenti della PSD2*, in MAIMERI - MANCINI (a cura di), *Le nuove frontiere*

Party Providers o *TPPs* già operavano nel settore dei pagamenti ma erano rimasti esclusi dall'applicazione della precedente disciplina, creando diverse criticità sia nei rapporti con i clienti sia in quelli di mercato. La nuova direttiva ne individua due categorie: quella dei *Payment Initiation Service Providers* (*PISPs*), e quella degli *Account Information Service Providers* (*AISPs*) riconoscendo, rispettivamente, la possibilità di svolgere i nuovi servizi di disposizione di ordini di pagamento e di informazione sui conti[16].

Il servizio svolto dai *PISPs* consiste, ai sensi dell'art. 4 comma 15 della richiamata Direttiva, nella disposizione di un ordine di pagamento su richiesta dell'utente di servizi di pagamento relativamente a un conto di pagamento detenuto presso un altro prestatore di servizi di pagamento. Esso si configura come un servizio prestato telematicamente che, mediante la connessione tra il sito *web* del commerciante e la piattaforma di *on line banking* della banca del pagatore, permette al cliente di disporre pagamenti via *internet* con lo strumento del bonifico, senza la necessità di accedere alla propria banca o senza utilizzare altri strumenti quali le carte di pagamento[17]. Il servizio si è sviluppato nell'ambito dell'*e-commerce* e consente al prestatore, come previsto dal considerando 29, di assicurare al beneficiario che il pagamento sia stato disposto così da incentivarlo a consegnare i beni o erogare il servizio senza indebiti ritardi. Inoltre, esso permette di limitare i costi, sia per i

dei servizi bancari e di pagamento fra PSD2, criptovalute e rivoluzione digitale, *Quaderni di Ricerca Giuridica della Banca d'Itali*a, n. 87, settembre 2019, p. 21 e ss., reperibile sul sito istituzionale dell'Autorità.

[16] Per GAMMALDI - IACOMINI, *Mutamenti del mercato dopo la PSD2* in MAIMERI - MANCINI (a cura di), *Le nuove frontiere dei servizi bancari e di pagamento fra PSD 2, criptovalute e rivoluzione digitale*, *op. cit.*, p. 123 e ss., la decisione di annoverare anche tali attività tra i servizi sottoposti a riserva di legge ha comportato un ampliamento della nozione di servizio di pagamento, tradizionalmente associata ad un'attività di trasferimento di fondi e di gestione di un conto di pagamento.

[17] Sul punto CIRAOLO, *La prestazione di servizi di pagamento nell'era del* FinTech *e dell'*Open Banking, in PARACAMPO (a cura di), FINTECH - *Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, *op. cit*., p. 217 e ss., sottolinea la facilità di effettuazione di transazioni su *internet* per l'utente, il quale deve solo possedere un conto corrente con accesso remoto, mentre il commerciante non è obbligato ad aderire ad un *card scheme* e a sopportare i relativi costi; ciò permette ai nuovi strumenti di porsi come una valida e più economica alternativa ai tradizionali pagamenti con carta.

commercianti che per i consumatori[18].

Il servizio svolto dagli *AISPs* consiste, ai sensi del successivo comma 16 della medesima disposizione, nella fornitura *on-line* di informazioni consolidate relativamente a uno o più conti di pagamento detenuti dall'utente di servizi di pagamento presso un altro prestatore di servizi di pagamento o presso più prestatori di servizi di pagamento. Esso consente ad ogni utente di avere una conoscenza generale della propria situazione finanziaria complessiva e delle proprie abitudini di spesa senza la necessità di accedere ai singoli conti intrattenuti presso diversi intermediari. Questo servizio può assumere una particolare valenza strumentale per l'esecuzione di eventuali movimentazioni di fondi dell'utente che richiedono una preventiva analisi del quadro di riferimento e non richiede il compimento di atti come trasferimenti, prelievi o altre operazioni attinenti a forme di pagamento[19]. I conti di pagamento ad operatività tradizionale non sono soggetti alla nuova disciplina, con la conseguenza che su di essi non potranno eseguirsi tali nuovi servizi.

I destinatari dei diritti riconosciuti alle terze parti, vale a dire i prestatori di servizi di pagamento di radicamento del conto del pagatore – gli *ASPSPs* – non potranno opporsi alle richieste di accesso da esse provenienti, tranne che in presenza di un giustificato motivo ovvero in assenza del preventivo consenso del cliente.

Tutti i soggetti coinvolti nel nuovo modello sono collegati tra loro mediante le *Application Programming Interfaces – API* - infrastrutture tecnologiche in grado di far dialogare correttamente ed efficacemente i diversi prestatori. Esse consistono in

[18] Sul punto ANTONUCCI, *Mercati dei pagamenti: le dimensioni del digitale*, in *Riv. Dir. Banc.*, 3/2018, p. 18 e ss., richiamando l'esempio delle *app* di prenotazione dei taxi sottolinea come "le potenzialità di sviluppo del servizio sono enormi e in parte già fruibili nel contesto nazionale, dove da un canto sta divenendo operativo il servizio – sul modello *Paypal* – già prestato in altre realtà dalle grandi *digital companies* - d'altro canto si affacciano offerte combinate alla prestazione di servizi di altra natura, con ricadute su mercati diversi e talora segnati da criticità concorrenziali".

[19] Così PORTA, *Obiettivi e strumenti della PSD2*, *op. cit.*, p. 32. Per PROFETA, *I* third party provider*: profili soggettivi e oggettivi*, in MAIMERI - MANCINI (a cura di), *Le nuove frontiere dei servizi bancari e di pagamento fra PSD 2, criptovalute e rivoluzione digitale*, *op. cit.*, p. 51, tali servizi vengono espletati esclusivamente in maniera telematica e si sostanziano proprio nella conoscenza o nella movimentazione digitale a distanza dei conti radicati presso un distinto intermediario.

particolari *software* mediante i quali banche, terze parti e *merchant* si scambiano informazioni, dati, ordini ed eseguono determinate operazioni per via telematica. Proprio il ricorso a tale particolare tecnologia permette che l'impresa bancaria evolva verso una dimensione marcatamente digitale e telematica che favorisce lo svolgimento di rapporti di collaborazione, esternalizzazione, partenariato con *new players*, *big tech* o imprese *fintech* e che configurano nuove forme di circolazione del risparmio più veloci, immediate, dirette, adeguate alla nuova realtà[20].

3. Per tentare di comprendere le logiche evolutive dell'organizzazione dell'impresa bancaria e dell'attività negoziale mediante la quale essa trova compimento nel contesto tracciato, vanno tenuti in debito conto anche alcuni fattori relativi alle caratteristiche delle richieste provenienti dai clienti che, come sopra accennato, si stanno trasformando unitamente alle aspettative da essi riposte sui servizi finanziari.

Non solo per il presente ma anche, e soprattutto, in una prospettiva futura in cui la domanda ed il consumo di beni e servizi sarà sempre più connotata da profili altamente tecnologici e digitali, naturalmente presenti nella vita e nei comportamenti delle nuove generazioni di clienti, emerge con chiarezza la necessità che il sistema creditizio modifichi la propria offerta mediante soluzioni capaci di tenere il passo delle rilevate evoluzioni[21]. Le possibili strade da percorrere appaiono disparate,

[20] Di rapporti di "coo-petizione" tra *new players* e *incumbent*, si rinvia a PARACAMPO, *Fintech, evoluzioni tecnologiche e sfide per il settore bancario tra prospettive di cambiamento ed interventi regolamentari. Fenomenologia di un processo* in fieri, in PARACAMPO (a cura di), *FINTECH - Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, *op. cit.*, p. 2 e ss. nonché a BRESCIA MORRA - VANGELISTI, *Digital Payments Market: Standardization and coopetition*, in FALCE (a cura di), *Financial Innovation tra disintermediazione e mercato*, Torino, 2021, p. 47 e ss.

[21] Così si esprimeva già qualche tempo addietro SANNUCCI, *Il futuro del sistema bancario italiano: discontinuità, tra innovazione e regolazione*, Perugia, 19/03/2016. Sul punto anche PANETTA, *L'innovazione digitale nell'industria finanziaria italiana*, Milano, 26/09/2017, sottolinea la necessità che – in un contesto in cui l'offerta di servizi finanziari deve adattarsi rapidamente alla digitalizzazione dei consumi e dei processi produttivi – all'immediatezza, semplicità e automazione che caratterizzano i consumi digitali debbano corrispondere medesimi criteri nell'offerta e nella fruizione dei servizi finanziari. Entrambi i contributi richiamati sono reperibili sul sito istituzionale della Banca d'Italia.

tenuto conto che eventuali azioni riformatrici potrebbero riguardare l'organizzazione della singola iniziativa ovvero la sua possibile apertura verso forme di interazione con soggetti esterni[22].

Sotto il primo profilo è stato rilevato come, per il cambiamento di cui si parla, risulterebbe opportuno adottare alcuni accorgimenti tecnologici in grado di rinnovare i processi di erogazione dei servizi bancari offrendo soluzioni più dirette, efficienti, veloci[23]. Ne costituirebbero esempi immediati una profilazione evoluta del cliente che utilizzi ed integri i diversi canali informativi, comprese le piattaforme digitali, e che possa offrire un'esperienza completa analoga a quella proposta dalle *big tech* o dalle nuove *fintech*; una corretta personalizzazione del prodotto o del servizio offerto (*customization*), pienamente in linea con il profilo del cliente ed una veloce e continua interazione con lo stesso (*seamless*), sfruttando la diffusione dei dispositivi che permettono una connessione costante; l'offerta di servizi facilmente accessibili ed utilizzabili (*user friendliness*) che consenta al cliente l'utilizzo dal canale che preferisce in tempi rapidi, senza l'obbligo di accedere agli uffici della banca (*self-banking* e *disintermediation*); l'analisi dei *feedback* con i quali il cliente esprime il giudizio sul servizio ricevuto, opportunamente condivisi con altri utenti, che permette di aumentare la sua soddisfazione e la sua fidelizzazione. A questi fattori potrebbero aggiungersi strumenti che garantiscono riduzione dei costi operativi, sicurezza dei diritti personali e patrimoniali del cliente, possibilità di fruizioni multiple tramite

[22] SIBILIO, BOERO, SALERNO, *Banche e* Fintech, *quali modelli di* business, in *Bancaria*, 2/2019, p. 46 e ss., individuano quattro strategie principali che possono interessare la trasformazione tecnologica delle banche tradizionali, sottolineandone opportunità e rischi: *a)* il *licencing*, *b)* l'esternalizzazione, *c)* la collaborazione, *d)* lo sviluppo interno.

[23] A seconda dell'impatto che la tecnologia può avere sulla prestazione dell'attività della banca, si potrebbe individuare un modello di "*Smart banking*" – caratterizzato da un uso estensivo della tecnologia che abilita il cliente a completare qualsiasi transazione da qualsiasi posto si trovi e tramite qualsiasi tipo di dispositivo elettronico – ovvero di "*Immersive banking*" – in cui la relazione con il cliente è più profonda ed emotiva e tiene conto dei dati provenienti dalle big tech o dalle fintech. Così SABATINI, *Nuova infrastruttura digitale e regole: Blockchain, instant payment, Psd2 e Open banking*, in *Bancaria*, 2/2019, p. 8 e ss.

diversi canali e tecniche (*multichannel*/*omni-channel*/*platform*)[24]. Simile svolta tecnologica consentirebbe alle banche *incumbment* di rinnovare la propria offerta, pur mantenendo ferme alcune prerogative legate all'intermediazione tradizionale, e di trovare nuovi margini di redditività per i servizi prestati, tenuto conto della diminuzione di quelli legati all'attività tradizionale[25].

Per quanto concerne il secondo profilo le imprese bancarie, grazie alla spinta fornita dalle regole dettate dalla PSD2, potrebbero scegliere soluzioni ancor più drastiche, rinnovandosi ancora più in profondità. Per esse, infatti, si aprono contesti in cui, attraverso l'instaurazione di rapporti con i *new entrants*, possono emergere opportunità di sviluppo in nuovi mercati, di nuovi servizi oltre che di contestuale rinnovamento del rapporto con il cliente. Sia le banche tradizionali che le nuove imprese, indipendentemente dalla loro dimensione, potrebbero utilmente condividere le rispettive competenze per ampliare gli spazi di mercato, arricchire la propria offerta con servizi diversi e più numerosi, attrarre ulteriori clienti e quindi migliorare la redditività.

In uno scenario di difficile previsione ed in continua evoluzione, sembrano intravedersi alcuni possibili percorsi che contemplano ruoli e competenze distribuiti diversamente tra i soggetti coinvolti[26]. Così le imprese bancarie possono continuare a

[24] AMBROSETTI CLUB, *Le banche del futuro*, Milano, 2019, p. 45 e ss., reperibile su www.ambrosetti.eu.

[25] PANETTA, *L'innovazione digitale nell'industria finanziaria italiana*, *op.cit*., ha sottolineato come a partire almeno dalla crisi finanziaria del 2008, i ricavi da interessi e da commissioni sono diminuiti sensibilmente al punto da ritenere che la sfida principale delle banche sia quella di riportare la redditività su livelli soddisfacenti. Il ricorso alla tecnologia può ridurre i costi e migliorare la qualità dei servizi ma, allo stesso tempo, consente l'ingresso sul mercato del credito e dei servizi finanziari di nuovi operatori che limitano il loro margini di profitto. Per tali motivi l'effetto finale sulla redditività non è pertanto agevole da prevedere.

[26] Si veda PALISI, Fintech *e impatto sul sistema bancario: possibili scenari nella vision del Comitato di Basilea*, in PARACAMPO (a cura di), FINTECH, *Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, *op. cit*., p. 61 e ss., che analizza il documento "*Sounds practies – Implications of fintech developments for banks and bank supervisors*" del 2018, in cui il Comitato prospetta cinque tipologie di modelli organizzativi basati su possibili diverse modalità di interazione tra banche e imprese *fintech*: *a)* Banca migliore (*better bank*), in cui gli *incumbment* migliorano la loro attività grazie all'applicazione delle innovazioni tecnologiche; *b)* Neo-banca (*new bank*) in cui nuove banche-imprese altamente tecnologiche sostituiranno quelle tradizionali; *c)* Banca distribuita (*distributed bank*) in cui i servizi finanziari sono sempre più modulari potendo essere offerti sia da soggetti finanziari sia da imprese *fintech* sull'interfaccia digitale del cliente; *d)* Banca relegata

mantenere la titolarità della relazione con il cliente, erogando prodotti e servizi realizzati, in tutto o in parte, da imprese esterne meglio attrezzate tecnologicamente[27]. Oppure, al contrario, le nuove imprese, sfruttando la collaborazione con intermediari bancari, possono offrire diversi servizi finanziari a completamento dell'offerta di propri prodotti. In tali casi la titolarità della relazione con il cliente si trasferisce in favore dell'impresa non bancaria che può arricchire e diversificare la propria offerta con servizi finanziari complementari[28]. Si configura, in tali ipotesi, una modello di *banking-as-a-service* la cui operatività è fondata, per l'appunto, sull'erogazione di servizi bancari e finanziari da parte di soggetti autorizzati in favore di imprese *fintech* o di società digitali non finanziarie. Ciò darebbe luogo a un forte processo di decentralizzazione dell'offerta di servizi riservati in favore di diversi soggetti *fintech* che, di fatto, riescono a distribuire prodotti finanziari recanti il proprio marchio, utilizzando apposite piattaforme che permettono tale tipo di distribuzione[29]. Questo modello risponderebbe pienamente al rinnovamento della domanda, presentando diversi vantaggi in termini di facilità di accesso, di fruizione, di

(*relegated bank*) in cui le banche tradizionali diventano fornitori di sevizi-*commodity* per i clienti mentre i soggetti *fintech* prestano quelli a valore aggiunto, divenendo titolari della relazione con il cliente; *e)* Banca disintermediata (*disintermediated bank*) in cui le banche tradizionali perdono la loro funzione principale ed i clienti si interfacciano direttamente con i soggetti *fintech* senza alcun collegamento con la banca tradizionale.

[27] È questo il modello del "*contract banking*" emerso alla fine del secolo scorso e richiamato, più di recente, da GAMMALDI e IACOMINI, *Mutamenti del mercato dopo la PSD2*, *op. cit.*, per i quali i nuovi sviluppi tecnologici potrebbero riportare l'attenzione sulla c.d. "*virtual bank*", in cui i processi vengono esternalizzati dalla banca -'proprietaria' del rapporto con il cliente - che diverrebbe *"broker"* tra lo stesso e l'ultimo fornitore del servizio.

[28] Per CIRAOLO, *Open Banking*, *Open Problems - Aspetti controversi del nuovo modello dei "sistemi bancari aperti"*, in *Riv. Dir. Banc.*, 4/2020, p. 611 e ss., le pressioni competitive provenienti dai nuovi soggetti, avvantaggiati dalle loro elevate competenze tecnologiche, da strutture operative più snelle e da vincoli regolamentari assai meno stringenti, impongono alle banche un necessario ripensamento dei propri modelli di *business* ed una accurata valutazione di nuove strategie d'impresa per controbilanciare gli effetti (perdita di quote di mercato, riduzione dei margini di redditività e profittabilità) della disintermediazione in atto.

[29] Si parla, a tal proposito, di "*white label bank*" dal momento che l'infrastruttura tecnica viene ri-brandizzata dalla società che la utilizza, sfruttando la c.d. *brand reputation* della sua attività: così MORALES, *FinTech Focus: What is Banking-as-a-Service (BaaS)?*, reperibile su www.fintechtris.com, del 15.12.2019, che indica quali esempi emblematici di tale metodologia quelli delle *Big Tech* che offrono servizi finanziari recanti il proprio marchio (*Google Checking o Amazon Payment o Apple Card*) "creati e forniti da strutture bancarie attraverso l'utilizzo, la conoscenza e la condivisione di dati, sistemi di gestione dei processi ottimizzati e innovazione specializzata".

velocità, di miglioramento e completamento dell'esperienza del cliente finale. La piena integrazione tra servizi diversi permetterebbe agli utenti, all'interno di piattaforme digitali non finanziarie, di trovare accanto a servizi di *e-commerce*, di viaggi, di vendita al dettaglio, anche servizi finanziari associati come quelli di pagamento immediato, di concessione di piccoli prestiti, di dilazione dei pagamenti o di micro assicurazione.

Dal quadro tracciato discende una profonda modifica delle relazioni di scambio e della stessa fisionoma dei soggetti presenti sul mercato che, rivolti alla prestazione composita di servizi, comportano per un verso la frammentazione dell'attività d'impresa tradizionale e dei processi produttivi e, per altro, il superamento dei tratti tipici della figura dell'operatore di settore, generando una serie di problematiche in ordine all'applicazione di discipline che, al contrario, si fondano proprio sulla distinzione tra mercati[30].

4. In tutti gli scenari appena delineati elemento centrale e costante è certamente, come sopra rilevato, la relazione tra impresa e utente finale e la sua posizione di centralità nei meccanismi di produzione e di offerta di beni e servizi, entrambe modificate nei loro tratti essenziali verso una rinnovata configurazione in termini digitali. I diversi aspetti relativi alla tutela del cliente, alla sicurezza dei suoi dati, alla trasparenza del contratto, all'affidabilità ed alla certezza nell'applicazione delle regole devono necessariamente tenere conto di tale nuova dimensione e degli effetti che essa comporta sull'assetto dei rapporti tra le parti.

In quest'ottica, l'offerta di una soddisfacente *customer experience* costituisce la principale preoccupazione del rinnovato sistema in cui il cliente deve essere messo in grado di iniziare e terminare un'intera operazione in un medesimo contesto,

[30] CANEPA, *I mercanti dell'era digitale – Un contributo allo studio delle piattaforme*, Torino, 2020, p. 48 e ss., sottolinea il ruolo che le piattaforme svolgono in relazione alla trasformazione dell'idea di impresa come struttura verticale basata sull'integrazione delle funzioni di produzione, distribuzione e vendita; si assiste, infatti, ad una "frattura tra l'agire dell'impresa ed il prodotto stesso" in cui diviene addirittura irrilevante il ruolo del produttore del bene rispetto a quello di chi lo commercializza e lo offre sul mercato.

acquistando un certo bene o servizio *on-line* a lui adatto e, successivamente, scegliendo la soluzione finanziaria ritenuta più utile o vantaggiosa. Saper valutare, comprendere, conoscere il mercato e la clientela di riferimento, i cambiamenti dei comportamenti sempre più esigenti e attenti, le abitudini di consumo, di spesa e di utilizzo di beni e servizi, addirittura essere in grado di prevedere le future preferenze costituiscono parte integrante della rinnovata realtà su cui devono confrontarsi necessariamente tutti gli attori del mercato. Da qui l'importanza assunta dai dati e dalle informazioni il cui utilizzo, posto sempre al centro dell'attività delle banche, necessita di ulteriori cambiamenti che possano coglierne il ruolo determinate nei nuovi meccanismi operativi e sfruttarne il forte impatto sui rapporti con i clienti, in maniera da rinnovare le proprie proposte.

La digitalizzazione dei rapporti finanziari comporta, naturalmente, che le relative operazioni vengano concluse a distanza[31]. Gli scambi, infatti, avvengono al di fuori dei contesti territoriali tradizionali ma nell'ambito di nuove strutture di negoziazione virtuali che pongono, nuovamente, inedite problematiche in ordine alla corretta applicazione delle regole esistenti[32]. Ogni attività inerente alla negoziazione, conclusione ed esecuzione di contratti avverrà tramite percorsi e processi informatici e telematici, del tutto slegati dalla tradizionale dimensione fisica e geografica, ma che trovano, al contrario, piena e completa operatività in nuovi "non-luoghi" virtuali che richiedono approcci ed applicazioni regolamentari del tutto nuovi[33]. Ne consegue una

[31] La BANCA D'ITALIA, Fintech *in Italia, Indagine conoscitiva sull'adozione delle innovazioni tecnologiche applicate ai servizi finanziari*, *op. cit.*, ha rilevato come i maggiori investimenti da parte delle banche nel settore tecnologico siano legati proprio agli strumenti necessari alla conclusione a distanza di contratti ed alla realizzazione di operazioni a distanza, entrambe ritenute indispensabile per alleggerire la rete degli sportelli e contestualmente raggiungere nuove fasce di clientela.

[32] MIGLIONICO, *Innovazione tecnologica e digitalizzazione dei rapporti finanziari*, in *Contr. e Impr.*, 4/2019, p. 1376 e ss., per il quale la spinta innovativa delinea modalità organizzative disancorate dai canoni regolamentari tradizionali dando luogo a relazioni intersoggettive a distanza.

[33] Per un'ampia ed approfondita disamina delle diverse problematiche connesse ai temi richiamati si rinvia a ANTONUCCI, DE POLI, URBANI (a cura di), *I luoghi dell'economia – Le dimensioni della sovranità*, Torino, 2019: in particolare SCIARRONE ALIBRANDI, *Luoghi e non luoghi dell'economia*, p. 3 e ss., ANTONUCCI, *I non luoghi di produzione delle regole*, p. 15 e ss., URBANI, *Quel che resta della "territorialità" bancaria*, p. 27 e ss.

sostanziale delocalizzazione dei mercati che non risultano più riferiti a canoni certi riguardo sedi e soggetti ma, per l'appunto, a luoghi digitali dove gli scambi possono presentare ulteriori rischi per gli utenti[34]. Gli spazi virtuali sono destinati a sostituire quelli fisici, grazie all'incremento del ricorso alle piattaforme digitali che, favorendo l'incontro tra le parti, determinano una diversa configurazione del mercato di riferimento ampliandone la dimensione ed incrementandone l'operatività in termini *cross-border*[35]. In quest'ambito, le tecniche relative ai servizi di pagamento assumeranno importanza sempre più determinate per il buon funzionamento del complessivo apparato, nel momento in cui riescano a garantire celerità, efficienza, facilità di accesso e di utilizzo, certezza dei diritti dei soggetti coinvolti in un'unica operazione, innovazione. Su questo ultimo fattore, in particolare, si misurano gli effetti concreti e la relativa portata delle applicazioni digitali non solo sul versante della determinazione della rinnovata ed ampliata dimensione dei mercati ma anche, con un rilievo altrettanto importante, sulla qualità degli stessi, maggiormente sofisticati sia per la presenza di soggetti particolarmente specializzati sia per quella di prodotti altamente tecnologici.

Il modello di *open banking*, la cui diffusione è garantita dall'applicazione di regole efficienti e certe, può essere considerato alla stregua di uno stereotipo dell'attuale transizione digitale. Le autorità di vigilanza, interne ed europee, hanno intrapreso un percorso volto a sostenere e incoraggiare tali cambiamenti, attenzionandone le dinamiche evolutive anche attraverso interventi specifici volti ad

[34] LENER, *Sviluppo del* Fintech *e trasformazioni dei mercati finanziari*, in PASSALACQUA (a cura di), *Diritti e Mercati nella transizione ecologica e digitale*, *op. cit.*, p. 349 e ss., sebbene a proposito dell'applicazione di metodologie tecnologiche al servizio di consulenza finanziaria, rileva come il generale processo di delocalizzazione aumenti i rischi di scarsa consapevolezza del cliente, dipendenti dalla facilità di accesso e di fruibilità degli strumenti finanziari nonché dalla rapidità del processo. A tal proposito richiama il rischio della c.d. "*too fast click decision*" naturalmente connesso alle operazioni *on-line* rilevandone, tuttavia, una certa analoga portata con la più tradizionale pratica di una decisione basata su una "veloce compilazione di questionari standard a risposta multipla".

[35] Sul punto CAPRIGLIONE, *Prefazione* in PASSALACQUA, *Diritti e Mercati nella transizione ecologica e digitale*, *op. cit.*, p. IX e ss., sottolineando il forte impatto dell'intelligenza artificiale sulle dinamiche economiche e sulla dimensione dei mercati, unitamente al sorgere di una serie di esigenze relative alla protezione dei fruitori ed alla tutela della sicurezza del sistema *on-line*, ne rileva l'importanza per la realizzazione di progetti multinazionali che attuano linee di sviluppo diversamente non ipotizzabili.

eliminare quei fattori ritenuti di ostacolo all'accesso e all'utilizzo *on-line* dei servizi prestati dai Tpp ovvero di limitazione dell'operatività degli stessi Tpp, allo scopo di ricercare soluzioni adeguate a garantire, nuovamente, una soddisfacente esperienza complessiva del cliente[36]. La rimozione delle criticità rilevate costituisce un passaggio determinante per assicurare un adeguato sviluppo dell'istituto che riesca ad individuare soddisfacenti livelli di bilanciamento tra le esigenze di diffusione dei nuovi strumenti e quelle di sicurezza degli stessi e di tutela adeguata della posizione giuridica ed economica dell'utente telematico[37].

5. L'applicazione delle innovazioni tecnologiche nel settore finanziario, unitamente all'evoluzione normativa che ne ha riconosciuto progressiva operatività, ha comportato un deciso cambio di prospettiva nella prestazione, nell'applicazione, nella regolamentazione della tradizionale attività bancaria. Non a caso è stato rilevato come la combinazione di tali fattori abbia addirittura causato un vero e proprio tramonto della banca tradizionale con la contestuale apertura del sistema creditizio verso forme innovative di attività in grado di avvalersi della strumentazione tecnologica[38]. La scomposizione della catena di valore del servizio bancario, la sua

[36] Esplicativo dell'orientamento citato da parte delle autorità di vigilanza, si veda in ambito interno l'analisi condotta dal gruppo di lavoro "Rischi connessi all'*open banking*" svolto all'interno della BANCA D'ITALIA, *PSD2 e Open banking: nuovi modelli di business e rischi emergenti*, 2021, reperibile sul sito dell'Autorità; in ambito europeo si rinvia al parere redatto dall'EBA, *Opinion of the European Banking Authority on obstacles under Article 32(3) of the RTS on SCA and CSC*, Giugno 2020, reperibile sul sito istituzionale dell'Autorità, che identifica quali "ostacoli" le procedure di autenticazione del cliente che compromettano la *user experience* del cliente ovvero quelle che nel *customer journey* richiedano informazioni o passaggi aggiuntivi, superflui o non necessari rispetto a quelli richiesti nell'analogo processo di autenticazione per l'accesso ai medesimi servizi direttamente dal proprio conto on-line, detenuto presso l'ASPSP.

[37] PERRAZZELLI, *Pagamenti e* Fintech*, il ruolo delle Autorità*, in *Bancaria*, 10/2019, p. 2 e ss., richiama l'importanza del ruolo svolto dalle Autorità di Vigilanza nel perseguimento delle finalità tipiche della stabilità e competitività del settore, della tutela del cliente, dell'efficienza e della stabilità del sistema dei pagamenti.

[38] Sul punto CAPRIGLIONE, *Il Covid 19 e la faticosa ricerca di nuovi paradigmi operativi*, in *Riv. Dir. Banc*., 1/2021, p. 13 e ss., per il quale non è ben chiaro come si possano perseguire le finalità tipiche del sistema finanziario mediante il raccordo operativo tra banche e processi tecnologici. "Quel che sembra certa è la necessità di innovare il sistema di amministrazione e controllo, optando per le

decentralizzazione, la progressiva modularità dell'offerta importano cambiamenti strutturali nell'organizzazione dell'impresa e approcci metodologici nuovi, capaci di comprenderne la portata, sfruttarne gli effetti vantaggiosi ma anche di limitarne e gestirne i rischi, vecchi e nuovi. Questi ultimi, in particolare, richiedono precisi parametri di individuazione e strumenti di intervento operativi e disciplinari, legati sia alla tipicità dell'attività svolta dall'impresa bancaria sia alla sua evoluzione in termini digitali ove circolazione virtuale di ingenti flussi di dati, di informazioni e di capitali, ma anche processi di integrazione tra diversi settori, possono rappresentare altrettanti inediti fattori di rischio che si aggiungono ai primi[39].

Tentare di tracciare con certezza le linee di quelle che possono rappresentare le possibili evoluzioni del sistema appare, allo stato, oltremodo difficoltoso ed incerto, stante l'assoluta velocità dei cambiamenti legati al progresso tecnologico e l'imprevedibilità delle nuove soluzioni e delle possibili forme di regolamentazione richieste[40]. Si può, tuttavia, sottolineare come l'atteggiamento che emerge dall'adozione della richiamata normativa europea in tema di prestazione di servizi di pagamento, sembra definitivamente indirizzare l'intero sistema verso la configurazione di forme innovative di interazione tra imprese che prestano attività diverse - bancarie, finanziarie, tecnologiche, commerciali – e, quindi, verso nuovi modelli di organizzazione dell'attività bancaria, in ciò aprendo scenari assolutamente inediti. Grazie al ricorso alle *API*, che possono combinarsi con altre tecnologie, viene

soluzioni organizzative volte ad assicurare l'efficienza dell'azione aziendale e la dialettica nel processo decisionale, nel rispetto delle disposizioni emanate dal regolatore".

[39] BARBAGALLO, *Il sistema bancario italiano: situazione e prospettive*, 2018, p. 5, reperibile sul sito istituzionale della Banca d'Italia, ritiene possibile l'aumento di rischi poiché "le terze parti, non appartenenti al settore bancario e quindi meno avvezze alla gestione dei rischi informatici secondo i requisiti stringenti previsti per gli intermediari bancari, potrebbero non assicurare standard di sicurezza adeguati. Maggiore è il numero di fornitori sul mercato, più elevato è il rischio di mancato rispetto delle normative di settore (*data privacy*, *Aml*, *cyber risk*, protezione dei consumatori)".

[40] PASSALACQUA, Green deal *e transizione digitale verso un diritto eventuale*, *op. cit.*, rileva come "il diritto può contribuire a creare un contesto giuridico eventuale, che potrebbe anche non esserci" provvedendo a disegnare "un mondo che vorrebbe" e contribuendo a conformare i possibili scenari della transizione digitale in corso. Sul ruolo generale svolto dalla regolazione, pubblica e privata, nei processi di transizioni economiche, si veda anche AMOROSINO, *Il futuribile. Governare le transizioni "economiche"*, in PASSALACQUA (a cura di), *Diritti e Mercati nella transizione ecologica e digitale*, *op. cit.*, p. 497 e ss.

incentivato l'intreccio tra attività che coinvolgono anche soggetti esterni al perimetro tipico dei servizi di finanziari. Certamente il modello di *open banking* rappresenta il paradigma principale volto a ridisegnare il modo in cui viene prestata l'attività bancaria[41]: da un modello "olistico", in cui la banca è *owner* del prodotto, del processo e del cliente si sta assistendo ad un passaggio verso un modello di "piattaforma" in cui la sua attività può scomporsi ed essere indirizzata esclusivamente nella prestazione di alcuni segmenti dell'offerta composita[42]. In linea con la *open innovation* che interessa l'intero sistema, si viene a configurare una rete aperta di servizi modulari in cui possono coesistere logiche di cooperazione e di concorrenza, che non fanno leva su prestabiliti accordi contrattuali tra i soggetti coinvolti ma che dipendono da soluzioni tecnologiche e da specifiche modalità di interazione tra gli stessi, determinando una sostanziale imprevedibilità delle regole da individuare ed applicare[43]. Ciò potrebbe creare qualche situazione di incertezza normativa o di mancanza di uniformità regolatoria che, forse, potrebbe rendere opportuna un'azione volta ad inquadrare, in maniera ancor più dettagliata ed analitica, tale diritto delle terze parti di accedere ai conti di pagamento intrattenuti con altri prestatori. Affinché tale rinnovamento possa continuare è necessario uno sforzo uniforme da parte di tutti i soggetti interessati che riesca a sfruttare, sebbene con i limiti di una regolazione destinata ad istituti e fattispecie in continua trasformazione, l'attuale contesto normativo europeo volto a favorire la transizione digitale dell'economia.

Certamente, come si è tentato di mettere in risalto, quel che sin da ora emerge

[41] Per FALCE - FINOCCHIARO, *La* digital revolution, *op. cit.*, la sinergia fra innovazione tecnologia ed *expertise* finanziaria si traduce in una rinnovata offerta di prodotti e servizi, caratterizzati dalla digitalizzazione, dalla disintermediazione e dalla decentralizzazione e dall'aumento dei soggetti che partecipano al sistema.

[42] PERRAZZELLI, *Pagamenti e* Fintech, *op. cit.*, per la quale le banche tradizionali dovrebbero cogliere simile opportunità facendo leva sugli elevati e consolidati livelli di fiducia di cui godono verso i propri clienti che darebbe loro maggiori vantaggi rispetto ai nuovi operatori.

[43] Così BANCA D'ITALIA, *PSD2 e Open banking: nuovi modelli di business e rischi emergenti*, 2021, *op. cit.*

è una sostanziale evoluzione verso principi tendono a modificare la prestazione tipica dell'attività bancaria: la nuova centralità del cliente, l'utilizzo di enormi quantità di dati e informazioni, la condivisione del rapporto tra diversi soggetti, l'integrazione tra servizi diversi e, più in generale, qualsiasi modalità concreta mediante la quale si ricorre alla tecnologia nello svolgimento della propria attività, costituiscono fattori che devono trovare piena e adeguata attuazione nella nuova operatività delle banche, per scongiurare qualsiasi eventuale rischio di rimanere ai margini di un sistema rinnovato in profondità e di perdere quel ruolo storicamente svolto nelle dinamiche dei processi economici[44].

Roberto Caratozzolo

Associato di Diritto dell'economia

nell'Università degli Studi di Messina

[44] SCIARRONE ALIBRANDI, *Innovazione tecnologica, regolazione e supervisione dei mercati*, in FALCE (a cura di), Financial Innovation *tra disintermediazione e mercato*, *op.cit.*, p. 1 e ss., rileva come il processo di scomposizione della prestazione caratteristica erogata da un soggetto specializzato mette in crisi i tradizionali concetti di mercato regolato e di riserva di attività, imponendo un ripensamento di fondo del perimetro e dei caratteri qualificanti dei mercati e delle loro regole.

IL FUTURO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE AD UN ANNO DAL PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA *

(*The future of public administration one year after the approval of the National Recovery and Resilience Plan)*

ABSTRACT: *This article examines Italy's current process of digitization, which on the one hand seems to be growing strongly but on the other hand accuses the aftermath of a past all but dedicated to digitization. The pandemic and the approval of Italy's National Recovery and Resilience Plan looms seems like a turning point for the digitization of public administrations, but questions are raised about the Country's ability to maintain this innovativeness even after all European funds have been disbursed.*

SOMMARIO: 1. Lo stato della digitalizzazione in Italia. – 1.1. Pandemia e digitalizzazione, una spinta necessaria. – 2. La digitalizzazione della Pubblica Amministrazione nel PNRR. – 3. L'attuazione del PNRR e gli effetti della digitalizzazione sull'economia italiana.

1. Sin dalla prima introduzione dei computatori elettronici e delle prime possibilità di archiviazione digitale la tecnologia ha affrontato, e sta continuando a farlo, un lungo percorso evolutivo che ha stimolato una vera e propria corsa all'innovazione digitale sia nel settore pubblico che in quello privato.

Ciò nonostante, la tecnologia viaggia più velocemente di quanto il Paese possa innovarsi e ciò comporta un naturale accumulo di differenza tra l'attuale digitalizzazione dei sistemi e dei processi e l'impiego delle ultime tecnologie sviluppate. Al contempo, però, limitare gli investimenti nel percorso di innovazione comporta un progressivo incremento dell'arretratezza digitale. Infatti, un tale ritardo si ripercuote sull'intero sistema amministrativo statale poiché divengono sempre più

*Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio.

frequenti e necessarie gestioni miste dei procedimenti, analogico-digitali, che impediscono un'erogazione fluida dei servizi pubblici.

In realtà l'Italia avrebbe dovuto seguire un approccio votato alla innovazione dei sistemi e dei processi con una digitalizzazione costante delle Amministrazioni attraverso lo stanziamento di adeguate risorse economiche. I costi dell'innovazione, infatti, non possono limitarsi al solo acquisto di nuovi macchinari o software ma devono essere estesi alla formazione degli operatori del settore e alla educazione informatica dei cittadini.

Il percorso di digitalizzazione delle Pubbliche Amministrazioni, invece, è avvenuto in maniera lenta e parziale[1] e ciò ha comportato che negli anni il Paese rimanesse costantemente indietro rispetto alle altre realtà europee[2]. Allo stato attuale vi è una arretratezza generale della P.A. italiana rispetto ad altre realtà europee che vantano una modernizzazione delle amministrazioni talmente profonda da poter contare sulle dita di una mano i servizi che non sono digitalizzati[3].

Quanto premesso appare ancora più grave se si considera che il Codice dell'Amministrazione Digitale, che rappresentava uno dei punti di partenza per garantire la buona riuscita nell'innovazione e nello svecchiamento della P.A., è entrato in vigore marzo 2005[4].

---

[1] Già nel 1970 si evidenziava una difficoltà delle amministrazioni italiane a seguire il progresso tecnologico. È stato sottolineato da GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi della amministrazione dello Stato*, Roma, 16 novembre 1979, p. 14, che "il processo tecnologico che nel settore si è avuto negli ultimi dieci anni ha trovato impreparate le amministrazioni pubbliche".

[2] Per una disamina delle problematiche che continuano ad affliggere le PP.AA. italiane si veda, NATALINI, *Come il passato influenza la digitalizzazione delle Amministrazioni Pubbliche*, in *Riv. Trim. Dir. Pub*., fasc. 1, 1 marzo 2022, p. 95 ss.

[3] Così come osservato da PALLADINO, *PagoPA e pagamenti digitali*, in BONTEMPI, *Lo Stato Digitale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, Roma, 2022, p. 140, "le criticità tecniche e infrastrutturali si intersecano con l'arretratezza accumulata dal Paese nell'intero settore anche nella predisposizione dei servizi digitali essenziali, come il domicilio e l'identità digitale; ciononostante, gli interventi trasversali predisposti nel Piano ben potrebbero costituire l'occasione per poter addivenire alla predisposizione di piattaforme abilitanti e servizi digitali dotati di quegli auspicati elevati standard di interoperabilità, scalabilità, accessibilità e sicurezza".

[4] Sul punto, cfr. GUERRA, *Circolazione dell'informazione e sistema informativo pubblico: profili dell'accesso interamministrativo telematico. Tra testo unico sulla documentazione amministrativa e codice dell'amministrazione digitale*, in *Diritto pubblico*, 2, 2005, p. 527; NATALINI, STOLFI, *Mechanisms and public administration reform: Italian cases of better regulation and digitalization,* in *90 Public Administration*, 2012, p. 529 ss.; NATALINI, *Le strategie per l'innovazione tecnologica*

Il Codice mirava a fornire un quadro giuridico chiaro per lo sviluppo dell'eGovernment[5] e prevedeva che i cittadini e le imprese potessero chiedere e ottenere prestazioni con l'uso di mezzi elettronici da parte delle PP. AA. Nel febbraio 2007, per facilitare l'attuazione del Codice di eGovernment e accelerare la digitalizzazione degli uffici pubblici italiani, garantendo la interoperabilità tra i dati delle amministrazioni, il Ministro per la Riforma e l'Innovazione nella Pubblica Amministrazione ha firmato la Direttiva Innovazione in cui veniva rilevato che "sebbene il CAD sia in vigore da tempo, le amministrazioni appaiono, infatti, ancora in ritardo nel conformarsi alle prescrizioni dirette ad elevare il livello tecnologico delle prestazioni e, di conseguenza, ad incrementare l'interazione con i cittadini e le imprese"[6].

Il CAD è stato anche oggetto di diversi aggiornamenti per un adeguamento alle nuove tecnologie disponibili. Dapprima con il Decreto Legislativo n. 235/2010 e, successivamente, con i Decreti Legislativi nn. 179/2016 e 217/2017, il Codice ha subito una serie di importanti modifiche e integrazioni, che hanno avuto un impatto sui procedimenti amministrativi nonché sulla qualità dei servizi resi[7]. Detti Decreti

delle amministrazioni pubbliche, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, p. 669 ss.; CAMMAROTA, *L'erogazione on line dei servizi pubblici burocratici*, in *Informatica dir.*, 2002, p. 45 ss.

[5] La Commissione europea nella Comunicazione del 26 settembre "Il ruolo dell'eGovernment per il futuro dell'Europa" (Com (2003) 567) ha definito l'eGovernment quale "the use of Information Communication Technologies in public administration combined with organizational change and new skills in order to improve public services and democratic processes"(sul punto RODIO, *Diritti fondamentali e tecnologie informatiche: i profili problematici dell'*e-government, in *Diritto, mercato, tecnologia*, 2016, pp. 251 ss.).

[6] Così la *Direttiva del Ministro per le Riforme e le Innovazioni nella Pubblica Amministrazione in materia di interscambio dei dati tra le pubbliche amministrazioni e pubblicità dell'attività negoziale*, p. 4, consultabile all'indirizzo *https://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepub blica.gov.it/ files/16717.pdf*.

[7] Per una visione critica sulla transizione digitale della P.A. antecedente alla pandemia COVID-19 e al PNRR cfr. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica* (Il), fasc. 2, 2015, pp. 230-231 e GALBIATI, *Una PA scissa tra tradizione e novità. Breve analisi e riflessioni aperte Fonte*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, fasc. 3, 2014, p. 808 ss. Sul punto è stato osservato che "l'Amministrazione pubblica è chiamata a rompere con il passato, imporre l'abbandono del doppio binario a favore del solo digitale, impostando quest'ultimo su nuove procedure appositamente disegnate. Solo in questo modo potrà aversi la chiave di svolta per un rinnovato patto tra cittadini e pubblici poteri, frutto di una concreta apertura delle Amministrazioni pubbliche ad un cambiamento in linea con il mutamento sociale indotto

includevano la garanzia di maggiore trasparenza, tempistiche più rapide, un'accessibilità migliorata ed una maggiore efficienza generale dei procedimenti amministrativi. Con l'ultima riforma del CAD sono state poste le basi giuridiche per numerosi nuovi servizi digitali di cui diversi sono già in fase di implementazione come, ad esempio, la Cittadinanza Digitale o il servizio per la selezione del domicilio digitale dei cittadini.

Negli anni si sono susseguite anche numerose iniziative volte all'innovazione digitale non solo delle Amministrazioni ma di tutto il Paese[8]. Ad esempio, nel febbraio 2020 il Ministero dell'Innovazione, Tecnologia e Digitalizzazione ha adottato il Piano Nazionale dell'Innovazione 2025[9] che contiene 20 azioni principali di digitalizzazione che dovranno essere portate a termine entro il 2025[10].

Oltre al su menzionato Piano vi sono altri documenti programmatici, come quello per la Strategia per la crescita digitale[11], con il quale è stato definito anche il Piano Triennale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione 2020-2022[12]

dall'innovazione, per capire e cercare di soddisfare le numerose, complesse, istanze, avanzate dai cittadini nella loro dimensione digitale" (così PIRAS, *Il tortuoso cammino verso un'amministrazione nativa digitale*, in *Diritto dell'informazione e dell'Informatica* (Il), fasc. 1, 1 febbraio 2020, p. 57). Sul punto vedasi anche MADDALENA, *La digitalizzazione della vita dell'amministrazione e del processo*, in *Foro Amministrativo* (Il), fasc. 10, 2016, p. 2535 ss.; ARPAIA, FERRO, GIUZIO, IVALDI, MONACELLI, *L'e-Government in Italia: situazione attuale, problemi e prospettive*, in *Banca d'Italia, Questioni di Economia e Finanza (Occasional papers)*, febbraio 2016, p. 5.

[8] Sul punto cfr. Commissione europea, *Digital Public Administration factsheet 2021 - Italy*, ottobre 2021.

[9] *Piano nazionale innovazione 2025 Release stabile Italia*, 9 novembre 2020, reperibile all'indirizzo *https://docs.italia.it/italia/mid/piano-nazionale-innovazione-2025-docs/it/stabile/index.html.*

[10] Il Piano definisce e indica i tre obiettivi principali basati su quelli fissati dalle Nazioni Unite in materia di digitalizzazione. Il primo prevede la digitalizzazione della società, intesa come la creazione di una società digitale, dove i cittadini e le imprese possano accedere facilmente ai servizi pubblici digitali forniti dall'Amministrazione. Il secondo obiettivo punta all'innovazione del Paese attraverso l'uso delle nuove tecnologie e la promozione di quei settori ad alta tecnologia come robotica, mobilità intelligente, Intelligenza Artificiale e sicurezza informatica. Il terzo e ultimo prevede la creazione di una società sostenibile ed etica attraverso la promozione dell'inclusione e della trasparenza dei procedimenti.

[11] Presidenza del Consiglio dei Ministri, *Strategia per la crescita digitale 2014-2020*, 3 marzo 2015, *https://www.agid.gov.it/sites/default/files/repository_files/documentazione/strat_crescita_digit_3marzo_0.pdf.*

[12] Approvato con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 17 luglio 2020.

aggiornato nel 2021-2023[13]. L'aggiornamento di quest'ultimo ha consolidato quanto già fatto con le precedenti iniziative ed in particolare ha insistito sulla realizzazione degli obiettivi fissati in precedenza e sul monitoraggio dei risultati, introducendo novità connesse all'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e alla vigilanza sugli obblighi di trasformazione digitale della P.A. Ha individuato, altresì, azioni per accelerare la transizione digitale delle amministrazioni e per responsabilizzare cittadini e imprese a divenire protagonisti attivi dell'innovazione definendo le azioni necessarie per promuovere la trasformazione del settore pubblico, muovendosi nella stessa direzione definita dal piano 2017-2019.

Il fine ultimo è di indirizzare gli investimenti tecnologici nel settore pubblico[14] seguendo le linee guida del Governo e gli obiettivi fissati dall'Unione, con un approccio caratterizzato da uno stile di amministrazione agile ed evolutivo, basato su una gestione chiara dei vari livelli della pubblica amministrazione che strutturano l'intero processo nell'erogazione dei servizi, spesso celandone la complessità sottostante ed impedendo ai privati di comprendere l'*iter* amministrativo delle decisioni adottate. Si punta, quindi, alla semplificazione dei processi e al miglioramento dell'offerta rivolta al cittadino in termini di facilità di accesso ai servizi digitali esistenti[15].

---

[13] Agenzia per l'Italia Digitale e Dipartimento per la Trasformazione Digitale, *Piano Triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione Aggiornamento 2021-2023*, ottobre 2021, consultabile all'indirizzo *https://www.agid.gov.it/sites/default/files/repository_files/piano_triennale_per_linformatica_nella_pubblica_amministrazione_2021-2023.pdf*.

[14] Finanziamenti ulteriori erano già stati stanziati con la Legge n. 160/2019 i quali oltre a sostenere l'Agenda Digitale italiana mediante lo stanziamento di 5 milioni di euro per il biennio dal 2020 al 2021 ha assegnato al Dipartimento alla Presidenza del Consiglio dei ministri un nuovo ruolo per l'identificazione, la promozione e la gestione di progetti legati all'innovazione tecnologia e trasformazione digitale.

[15] Degne di nota in materia di digitalizzazione sono anche la Strategia italiana per la banda ultralarga (Presidenza del Consiglio dei Ministri, *Strategia italiana per la banda ultralarga*, Roma, 3 marzo 2015, *https://www.agid.gov.it/sites/default/files/repository_files/documentazione/bul_4_marzodef_0.pdf*) e la Strategia Cloud Italia (Strategia Cloud Italia Release stabile Italia, 7 settembre 2021, consultabile all'indirizzo *https://docs.italia.it/italia/cloud-italia/strategia-cloud-italia-docs/it/stabile/index.html*). La prima prevede investimenti pubblici (incentivi statali e cessioni del credito) e privati per riuscire a

1.1. La situazione sopra delineata ha subito ulteriori evoluzioni nell'ultimo periodo. Secondo il DESI del 2021 (Indice di Digitalizzazione dell'Economia e della Società)[16] tra i 27 Paesi degli Stati membri dell'UE, l'Italia si colloca al 20º posto. Ciò sembrerebbe evidenziare un parziale miglioramento rispetto al 2015, quando l'Italia risultava in 25° posizione (su 28 Paesi membri); tuttavia, se si osserva il quadro generale, tale conclusione è solo parzialmente vera. L'Italia, infatti, è rimasta posizionata al venticinquesimo posto anche per i successivi cinque anni, sino al 2020[17] quando poi, come detto, vi è stato un netto miglioramento. Il motivo di questa sostanziale differenza tra il livello di digitalizzazione del 2020 e quello del 2021 risiede nella rinnovata attenzione posta all'innovazione dell'apparato amministrativo dopo l'inizio della pandemia legata alla diffusione del virus Covid-19[18].

Lo stato di emergenza innescato dalla pandemia ha costretto il Governo e il Parlamento a spingere sull'acceleratore del progresso tecnologico per sostenere l'economia. Si è incentivato, infatti, l'utilizzo del Cloud per permettere ai dipendenti

---

superare l'assenza di infrastrutture adeguate alle telecomunicazioni anche attraverso investimenti nelle aree periferiche spesso non raggiunte dalle nuove tecnologie di comunicazione. La seconda mira a qualificare i servizi e infrastrutture cloud secondo specifici parametri di sicurezza e affidabilità che siano adatti alle esigenze delle PP.AA. e a migliorare l'efficienza operativa dei sistemi, con una conseguente riduzione dei costi, un aumento della sicurezza dei dati e una accelerazione della fornitura dei servizi a cittadini e imprese. Designers Italia, invece, è un progetto nazionale di innovazione lanciato a giugno 2017 dall'AgID insieme al Team per la Trasformazione Digitale (le cui linee guida sono state aggiornate nel 2019). Il progetto è un punto di incontro tra persone e tecnologia, perla progettazione di servizi semplici e a misura di cittadino attraverso guide, strumenti e un forum per rafforzarne il ruolo nello sviluppo dei servizi pubbliciattraverso canali di comunicazione diretti.

[16] L'indice è elaborato dalla Commissione europea per valutare lo stato di avanzamento degli Stati membri verso un'economia e una società digitali. Esso aggrega una serie di indicatori strutturati intorno a cinque punti: connettività, capitale umano, uso di internet, integrazione della tecnologia digitale e servizi pubblici digitali. Viene pubblicato annualmente e, nel caso di specie, si fa riferimento a quello del 2021 (Commissione europea, *Commission, Digital Economy and Society Index (DESI) 2021*, febbraio 2021, consultabile all'indirizzo *https://digital-strategy.ec.europa. eu/en/policies/desi*).

[17] Commissione europea, *2020 International Digital Economy and Society Index - SMART 2019/0087 - Final Report*, 2021; *Digital Economy and Society Index (DESI) 2019*, 2020; *Indice di digitalizzazione dell'economia e della società (DESI) Relazione nazionale per il 2019 Italia*, 2020; *Indice di digitalizzazione dell'economia e della società (DESI), relazione nazionale sull'Italia per il 2018*, 2019; *Digital Economy and Society Index (DESI) 2017*, 2018; *Digital Economy and Society Index (DESI) 2016*, 2017; *Digital Economy and Society Index (DESI) 2015*, 2016; tutti i documenti sono consultabili all'indirizzo *https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/desi.*

[18] AMOAH, KHAN, WOOD, KNIGHT, *COVID-19 and digitalization: The great acceleration*, in *Journal of Business Research*, Vol. 136, 2021, pp. 602-611.

delle PP. AA. di poter fruire del telelavoro e, allo stesso tempo, si è reso necessario potenziare l'intera infrastruttura perché fosse in grado di reggere i nuovi carichi di traffico, nonché formare i dipendenti pubblici in funzione dell'impiego delle nuove modalità lavorative[19].

Al fine di intervenire in questo settore, nel 2020 l'Italia ha pubblicato la sua prima Strategia Nazionale per le Competenze Digitali[20], proprio con lo scopo di migliorare le competenze digitali della popolazione e delle strutture amministrative per mettersi al pari con il resto dell'Europa. Essa prevede quattro obiettivi di intervento che coinvolgono diversi soggetti, dagli studenti inseriti in percorsi di istruzione e formazione agli specialisti TIC (con il fine di migliorare la capacità del Paese di sviluppare competenze per aumentare la competitività) sino ai cittadini[21].

Alla Strategia ha fatto seguito il Piano Operativo[22] che individua ben 111 azioni specifiche e gli obiettivi a breve, medio e lungo termine da raggiungere entro il 2025, ed ha introdotto nuove iniziative, rafforzando quelle in corso. Il Piano prevede quattro assi di intervento già individuati nella Strategia con 60 indicatori di monitoraggio per i risultati basati sugli indicatori del DESI e sull'indice di maturità digitale (Digital Maturity Index, DMI dell'Osservatorio Agenda Digitale). Tra gli obiettivi primari vi è l'acquisizione delle competenze digitali di base per almeno il 70 per cento della popolazione, delle competenze digitali avanzate con il raddoppio della

[19] La pandemia ha esasperato alcune problematiche come il *digital divide*, cioè il divario tra i soggetti dotati di mezzi e competenze digitalie i soggetti che ne sono privi. L'argomento viene approfondito in ZUDDAS, *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Osservatorio Costituzionale*, 3/2020, 26 maggio 2020.

[20] Agenzia per l'Italia Digitale, *Strategia nazionale per le competenze digitali Release 1.0*, 11 gennaio 2021, consultabile all'indirizzo *https://docs.italia.it/italia/mid/strategia-nazionale-competenze-digitali-docs/it/1.0/index.html*.

[21] Come riportato dai dati Istat 2019 il tasso di alfabetizzazione digitale dei cittadini è estremamente basso. Il 42% della popolazione non raggiunge le competenze di base e più di un milione di italiani (il 3,4%) non possiede competenze digitali di alcun tipo (ISTAT, *Rapporto Istat Cittadini e ICT anno 2019*, 18 dicembre 2019, consultabile all'indirizzo *https://www.istat.it/it/files//2019/12/Cittadini-e-ICT-2019.pdf*).

[22] Strategia Nazionale per le competenze digitali Piano Operativo - Prima versione, 23 dicembre 2020, reperibile all'indirizzo, *https://repubblicadigitale.innovazione.gov.it/assets/docs/Piano-Operativo-Strategia-Nazionale-per-le-competenze-digitali.pdf*.

popolazione già in possesso delle competenze basilari e, inoltre, triplicare il numero di laureati in ITC e quadruplicare quelli di sesso femminile[23].

È evidente che la finalità consiste nel colmare le lacune attualmente presenti nella educazione di base e in quella avanzata. Ciò per evitare la c.d. "esclusione digitale"[24], che, se non affrontata in maniera corretta può avere ripercussioni economiche anche per le imprese, le quali non sarebbero in grado di innovarsi per mancanza di risorse umane non sufficientemente competenti. Sempre secondo il DESI 2021, l'Italia si posiziona diciottesima per ciò che attiene i servizi pubblici digitali i quali, rispetto alla media europea, registrano un livello di utilizzo molto basso[25] ei medesimi risultati si osservano anche nella offerta dei servizi pubblici digitali.

Comunque, nel 2020 e nel 2021, a causa della pandemia si è avuto un incremento sostanziale nell'adozione di nuovi strumenti come l'identità digitale per l'accesso ai servizi pubblici (c.d. SPID, il Sistema Pubblico di Identità Digitale), che dalla metà del 2019 ha visto registrarsi il quattrocento per cento in più di identità digitali per i cittadini e un aumento dell'ottanta per cento per le PP.AA.

Tra le iniziative degne di nota vi è anche la realizzazione dell'Anagrafe Nazionale della Popolazione Residente (ANPR), che è il progetto di anagrafe unica a livello nazionale in grado di raccogliere i dati e i servizi demografici dei cittadini residenti in Italia e all'estero. Questa ha diverse finalità e porta diversi benefici. La prima è quella di creare un unico portale attraverso il quale il cittadino possa svolgere operazioni online grazie alla presenza di un unico registro contenente i dati anagrafici. La seconda consiste nell'accentramento dei dati della popolazione in un unico portale che permette alle Amministrazioni di interagire tra loro più rapidamente e semplificare i procedimenti anche per evitare la duplicazione dei

[23] Ad esempio, il Piano Nazionale Transizione 4.0 ha prorogato il credito d'imposta formazione 4.0 per la riqualificazione e il miglioramento delle competenze della forza lavoro e delle competenze digitali avanzate.
[24] Commissione europea, *Indice di digitalizzazione dell'economia e della società (DESI) 2021 Italia*, febbraio 2021, p. 7.
[25] Il numero di italiani che utilizza i servizi di e-Government è passato dal 30 % del 2019 al 36 % del 2020, una percentuale comunque di molto inferiore rispetto alla media europea che si attesta ad un 64%.

dati[26]. Ciò garantisce una sostanziale riduzione dei costi attraverso l'efficientamento e l'unificazione dei procedimenti.

Per fare sì che gli investimenti nelle piattaforme digitali non venissero vanificate, il legislatore ha anche dovuto farsi promotore di iniziative volte ad invogliare la popolazione a utilizzare nuovi mezzi di interazione digitale con le Amministrazioni.

Tra le diverse iniziative realizzate dal Governo vengono in evidenza quelle del cashback[27] e del bonus vacanze[28], erogabili e utilizzabili solo attraverso l'app IO (che serve al cittadino ad accedere a numerosissimi servizi digitali) e il cui riscontro è stato più che positivo, tant'è che ad oggi la applicazione conta circa trenta milioni di download[29]. Inoltre, sono stati erogati anche gli incentivi[30] agli enti pubblici e dedicati a stimolare l'utilizzo delle piattaforme di e-government.

Allo stesso tempo, però, vi sono aree di digitalizzazione come quella sanitaria che continuano a rimanere indietro nella loro modernizzazione. Tra tutte le iniziative il Fascicolo Sanitario Elettronico che, pur avendo iniziato il suo percorso di adozione più di 9 anni fa, continua ad avere un livello di utilizzo non ancora totale sia da parte delle Amministrazioni Regionali, che dai cittadini.

Nel complesso, si denota la volontà dell'Italia di portare avanti il miglioramento dei servizi ma, al contempo, la maggior parte delle iniziative del legislatore, soprattutto in termini di finanziamenti pubblici, sono state attuate solo

[26] Dal 27 aprile 2022 è possibile per i cittadini registrati effettuare il cambio di residenza direttamente online attraverso il portale.
[27] Il Programma Cashback, inserito all'interno del più ampio Piano Italia Cashless, è stato introdotto con il Decreto n. 156/2020del Ministero dell'Economia e delle Finanze e lanciato in via sperimentale l'8 dicembre 2020 si è concluso il 31 dicembre 2021 (art. 1, c. 640 della Legge 30 dicembre 2021, n. 234). Il progetto nasceva con l'obiettivo di incentivare l'utilizzo di carte e applicazioni di pagamento, carte di credito e debito per favorire lo sviluppo di un sistema di transazioni digitale.
[28] "Decreto Rilancio" (art. 176 del DL n. 34 del 19 maggio 2020).
[29] Dati reperiti all'indirizzo *https://io.italia.it/dashboard*.
[30] Il Decreto Rilancio ha istituito un fondo per l'innovazione e la digitalizzazione per sostenere i Comuni e gli Enti locali nella fornitura di servizi digitali mentre, il successivo Decreto Semplificazione e innovazione digitale del luglio 2020 (Decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76) ha previsto l'adozione delle principali piattaforme di e-Government da parte di tutte le AA. PP.

negli anni più recenti e non nel periodo successivo all'adozione del CAD, il quale, invece, doveva rappresentare il punto di inizio della "rivoluzione" digitale del settore pubblico.

Anche l'aumento della percentuale dei fruitori dei servizi digitali è stato lieve, attestandosi al 30 % del 2019 e al 36 % del 2020, nettamente al di sotto della media UE.

Per superare i ritardi e colmare il divario tra l'Italia e gli altri paesi dell'UE sono necessari sforzi costanti e un approccio dedicato per il capitale umano, per innovazione e per la competitività delle imprese. Una robusta attuazione delle iniziative intraprese negli ultimi anni e delle misure previste dal Piano per la Ripresa e la Resilienza può rappresentare un importante cambiamento di passo e un'opportunità per promuovere la digitalizzazione in tutto il Paese.

2. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (d'ora innanzi PNRR) appare, quasi, come un'ammissione di colpa del legislatore e "una importante assunzione di responsabilità"[31] che prende atto delle complessive carenze del sistema amministrativo pubblico nel tentativo di trovare delle soluzioni che, questa volta, sono strettamente controllate e vincolate sui tempi di realizzazione e sui fondi stanziati[32].

La definizione delle tempistiche per il raggiungimento degli obiettivi rappresenta un netto cambio di rotta rispetto al passato, soprattutto se raffrontato ad altre iniziative che non hanno raggiunto lo scopo a causa di una programmazione

[31] Così PAPA, *La riforma della pubblica amministrazione: le prospettive nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *Passaggi Costituzionali*, n. 2, 2022, p. 159, che sottolinea l'importanza della connessione tra le tre componenti della riforma (personale, semplificazione, digitalizzazione) e la necessità che nessuna di esse venga lasciata indietro.

[32] Come si è avuto modo di osservare, "vista la situazione drammatica della digitalizzazione dei servizi pubblici, i decenni perduti, i progetti incompiuti – insomma, il perenne ritardo dell'amministrazione nazionale – una spinta acceleratoria potrebbe creare un benefico effetto disruptive, nel solco di quanto già prodotto, a tappe forzate, dalla pandemia" (così testualmente CAROTTI, *Il settore pubblico e il cloud computing*, in BONTEMPI (a cura di), L*o Stato Digitale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., pp. 148-149).

incerta e poco corretta[33].

Tutti gli investimenti e gli obiettivi riferiti alla digitalizzazione della Amministrazione Pubblica sono collocati in quella che è stata definita "Missione 1 - Asse 1 - Digitalizzazione della Pubblica Amministrazione". L'intero Asse del Piano è strutturato in sette investimenti principali e tre riforme che si propongono i medesimi obiettivi: semplificare ed efficientare la P.A. attraverso la digitalizzazione. Sia gli investimenti che le riforme si rifanno alle raccomandazioni specifiche del Consiglio Europeo degli anni 2019 e 2020 rivolte all'Italia, con cui si evidenziava la necessità di "migliorare l'efficienza della pubblica amministrazione, in particolare investendo nelle competenze dei dipendenti pubblici, accelerando la digitalizzazione e aumentando l'efficienza e la qualità dei servizi pubblici locali"[34], anche attraverso il "concentrare gli investimenti sulla transizione verde e digitale, in particolare su […] un'infrastruttura digitale rafforzata per garantire la fornitura di servizi essenziali"[35].

Gli investimenti puntano, nel breve termine, a sostenere la ripresa dalla crisi pandemica, nel medio termine, a modernizzare i flussi di lavoro della P.A. e, nel lungo termine, a consentire una crescita sostenibile attraverso un rinnovamento del rapporto tra P.A., cittadini e imprese per migliorare la fornitura di servizi pubblici e favorire un aumento della produttività.

Per raggiungere questi traguardi si prevede una migrazione dei sistemi delle Amministrazioni centrali e locali su *cloud*[36], a vantaggio di una maggiore interoperabilità, facilità di accesso e velocità di sviluppo attraverso l'approccio "*cloud*

[33] Vedasi il Fascicolo Sanitario Elettronico e l'App Immuni.
[34] Commissione europea, *Raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2019 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2019 dell'Italia*, Bruxelles, 5 giugno 2019, p. 14.
[35] Consiglio dell'Unione Europea, *Raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2020 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2020 dell'Italia*, Bruxelles, 8 giugno 2020, 18.
[36] Per un approfondimento del rapporto PA – cloud cfr. MONTAGNANI, *Le pubbliche amministrazioni nell'era delle tecnologie cloud ed edge computing tra opportunità e rischi: il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e le comunità digitali*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, fasc. 1, 2022.

first". Quest'ultimo prevede la migrazione dei dataset e delle applicazioni della PA in una infrastruttura *cloud*, consentendo ad ogni amministrazione (centrale e locale) di scegliere tra una serie di soluzioni e di mantenere una propria indipendenza nello sviluppo delle applicazioni e nella gestione dei dati. Tra le scelte possibili vi è la creazione di un *cloud* all'avanguardia, efficiente dal punto di vista energetico, denominato Polo Strategico Nazionale (d'ora innanzi PSN).

Il fine del PSN è quello di "tutelare l'autonomia tecnologica del Paese, consolidare e mettere in sicurezza le infrastrutture digitali delle pubbliche amministrazioni […] garantendo, al contempo, la qualità, la sicurezza, la scalabilità, l'efficienza energetica, la sostenibilità economica e la continuità operativa dei sistemi e dei servizi digitali"[37], contribuendo altresì a rafforzare le competenze e l'armonizzazione delle banche dati esistenti, in linea con l'European Interoperability Framework[38].

L'Investimento comprende anche l'abilitazione delle PP.AA. locali all'utilizzo del cloud per la migrazione dei dati e delle applicazioni verso un'infrastruttura cloud

[37] Così testualmente l'art. 35 del Decreto-legge n. 76 del 16 luglio 2020.L'infrastruttura PSN dovrebbe sfruttare appieno le ultime soluzioni tecnologiche rispettando le disposizioni del Regolamento europeo sulla libera circolazione dei dati non personali (Regolamento (UE) 2018/1807 del 14 novembre 2018 per la libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea) ed attenendosi ai principi definiti nella Declaration *Building the next generation cloud for businesses and the public sector in the EU*, 15 ottobre 2020 consultabile all'indirizzo *https://ec.europa.eu/newsroom/dae/redirection/document/70089*, e ai principi della "*European Strategy for Data*" (su protezione dei dati, sovranità digitale, condivisione dei dati, data center sicuri ed efficienti dal punto di vista energetico, interoperabilità, ecc.).

[38] Si consideri che una prima iniziativa europea nel campo dell'interoperabilità dei dati pubblici risale al 1999 (Decisione n. 1719/1999/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, 12 luglio 1999) al quale ha fatto prima seguito la Decisione n. 922 del settembre 2009 sulle soluzioni di interoperabilità per le pubbliche amministrazioni europee (ISA) e poi, nel 2010 la comunicazione dal titolo "Verso l'interoperabilità dei servizi pubblici europei" (COM(2010) 744 final, Bruxelles, 16.12.2010), contenente in allegato la strategia europea per l'interoperabilità (COM(2010) 744 final, Allegato 1) e il quadro europeo di interoperabilità (COM(2010) 744 final, Allegato 2). Tra le più recenti vi è stata la decisione n. 2015/2240 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 con cui è stato istituito un programma sulle soluzioni di interoperabilità per le pubbliche amministrazioni, le imprese e i cittadini europei (c.d. programma ISA²) come mezzo per modernizzare il settore pubblico. Per ultimo è stato adottato il Quadro europeo di interoperabilità (Commissione europea, *Quadro europeo di interoperabilità - Strategia di attuazione*, Bruxelles, 23 marzo 2017).

sicura[39]. Il problema che l'investimento in questione cerca di risolvere è quello della limitata standardizzazione dei servizi pubblici offerti. Non a caso, le tecnologie e le infrastrutture su cui si basano detti servizi appaiono essere eterogenei e frammentati, spesso relegati a realtà molto piccole, obsolete e prive della scalabilità necessaria a fornire prestazioni adeguate[40].

Se per un verso la migrazione dei dati verso il cloud comporterà un aumento dei costi di manutenzione associati alla diffusione di nuovi servizi digitali, dall'altro, grazie ad una unificazione della struttura dei servizi, si genererà un risparmio economico sostanziale in quanto ciò consente alle amministrazioni di gestire e completare più rapidamente i procedimenti complessi e di ridurre i costi e tempi di gestione[41].

Inoltre, per far sì che la migrazione funzioni nella maniera più economica-

[39] La realizzazione dell'infrastruttura cloud ha una finestra di tempo quinquennale, durante la quale avverrà la migrazione dei set di dati e delle applicazioni di una parte della P.A. locale ad un'infrastruttura cloud, con la possibilità di scegliere tra ambienti cloud pubblici certificati in grado di fornire un'adeguata sicurezza e protezione dei dati con chiavi di crittografia. Nel caso in cui la sensibilità dei dati trattati dovesse essere particolarmente elevata, tale da rendere il cloud pubblico non adeguato, l'amministrazione avrebbe comunque la possibilità di optare per l'utilizzo del sopra menzionato PSN. In generale, il programma di abilitazione del cloud viene inteso come un vero e proprio pacchetto di supporto per la migrazione dei dati, con la possibilità di negoziare un eventuale tecnico da parte di privati, in base alle esigenze della singola amministrazione, così da ponderare al meglio i costi e le risorse da stanziare.

[40] Ad esempio, un censimento effettuato dall'Agid nel corso del 2019 (Circolare n. 1 del 14 giugno 2019 - Censimento del patrimonio ICT delle Pubbliche Amministrazioni e classificazione delle infrastrutture idonee all'uso da parte dei Poli Strategici Nazionali) ha individuato la presenza di 1252 data center su un totale di quasi mille amministrazioni. Se tali dati vengono rapportati con le circa tredicimila istituzioni pubbliche presenti sul territorio italiano (cfr. ISTAT, *Censimento Permanente delle Istituzioni Pubbliche 2021*, consultabile all'indirizzo *https://www.istat.it/it/censimenti/istituzioni-pubbliche*), è evidente che il numero di data center presenti supera di gran lunga le diecimila unità. Ciò rappresenta un serio problema, poiché va ad intaccare l'uniformità e la qualità dei servizi offerti, limitando anche l'accesso a tecnologie all'avanguardia per le Amministrazioni più piccole. Nella maggior parte dei casi, però, una soluzione di cloud pubblico potrebbe essere sufficiente quale soluzione al problema purché l'ubicazione fisica, la proprietà e la crittografia dei dati sia garantita.

[41] Come è stato osservato, però, tale tecnologia non è esente da difetti e il collocamento di dati sensibili sui server apre ad una serie di rischi, tra cui la "possibilità di accesso o al trasferimento dei dati in Paesi terzi o addirittura extraeuropei: esso, al di là dei vincoli normativi (che spesso rimangono sulla carta), è tecnicamente sempre possibile, anche se i server sono collocati su territorio nazionale o europeo. La presenza di dati in cloud, dunque, genera un rischio considerevole per la riservatezza, non una soluzione, a meno che non vi siano controlli stringenti e tecnologie apposite – che la strategia nazionale sembra voler introdurre" (testualmente CAROTTI, *Il settore pubblico e il cloud computing*, in BONTEMPI, *Lo Stato Digitale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., p. 150).

mente vantaggiosa è previsto che le amministrazioni locali che non raggiungono i requisiti minimi per la gestione individuale dei piani di migrazione vengano aggregate in raggruppamenti *ad hoc*. Inoltre, ciò offre una maggiore flessibilità nella scelta delle modalità lavorative dei dipendenti, che non saranno più vincolati alla permanenza negli uffici ma potranno operare in *cloud* da remoto senza che l'infrastruttura necessiti di modifiche[42].

L'investimento successivo (numero 1.3), strettamente legato a quelli sul *cloud* ha, invece, il fine di garantire l'interoperabilità dei *dataset* principali e dei servizi delle pubbliche amministrazioni centrali e locali nonché l'armonizzazione con gli altri Stati membri dell'UE delle procedure/servizi di particolare rilevanza sulla base della Direttiva europea sullo "sportello digitale unico".

In sostanza il PNRR punta al rispetto del principio di eGovernment detto "*once-only*"[43] secondo il quale i cittadini, le istituzioni e le imprese devono fornire determinate informazioni alle autorità e alle amministrazioni solo una volta per poter accedere ai servizi forniti dalle PP.AA.

Se si operasse diversamente da quanto previsto dal PNRR, i sistemi e i servizi forniti dalle PP.AA. attualmente caratterizzati da una frammentazione delle banche dati e da una limitata integrazione/interconnessione tra di esse rimarrebbero tali. Pertanto, l'investimento punta, da una parte, allo sviluppo di una piattaforma nazionale di dati digitali ("Piattaforma Digitale Nazionale Dati") che servirà a garantire l'interoperabilità dei set di dati[44] condivise tra le amministrazioni centrali e locali[45].

[42] Ad esempio, KATZ, JUNG, CALLORDA, *Can digitization mitigate the economic damage of a pandemic? Evidence from SARS*, in *Telecommunications Policy*,Vol. 44, Iss. 10, 2020, evidenziano il ruolo fondamentale della diffusione delle reti internet durante la pandemia SARS che nei primi anni del duemila hanno permesso ai paesi più digitalizzati di contenere meglio i danni economici derivanti dalla diffusione del virus.

[43] MAMROT, RZYSZCZAK, *Implementation of the 'Once-Only' Principle in Europe – National Approach*, in KRIMMER, PRENTZA, MAMROT, (a cura di), *The Once-Only Principle*, in Lecture Notes in Computer Science, Vol. 12621, Berlin, pp. 9-37 e DI GIULIO, VECCHI, *Implementing digitalization in the public sector. Technologies, agency, and governance*, in *Public Policy and Administration*, giugno 2021.

[44] Come è stato rilevato l'interoperabilità consente non solo lo scambio di dati, ma, altresì, garantisce la base per l'erogazione uniforme di servizi pubblici digitali e una notevole riduzione dei costi attraverso l'unificazione dei servizi in una sola piattaforma (BUTTARELLI, *Dati ed Interoperabilità*

Dall'altra si prevede l'implementazione del "Single Digital Gateway" ("sportello unico digitale" previsto dal Regolamento UE 2018/1724), volto ad aiutare le PP.AA. a rivedere i procedimenti secondo lo *standard* concordato con gli Stati membri dell'UE per facilitare l'accessibilità da parte di qualsiasi cittadino o impresa europea[46].

L'"investimento 1.4 - Servizi digitali e esperienza dei cittadini" ha, invece, l'obiettivo di diffondere i servizi digitali ed il loro utilizzo a tutti i cittadini. Ciò dovrà avvenire attraverso il miglioramento dell'esperienza legata ai servizi pubblici digitali nonché dell'accessibilità agli stessi.

Le piattaforme digitali rappresentano uno dei punti di forza dell'Italia che negli anni è riuscita a svilupparne e ad adottarne una gran parte, quali l'identificazione digitale dei cittadini SPID, CIE e la identità digitale europea (eID), i servizi anagrafici (ANPR), i pagamenti alla PA (PagoPA) o, ancora, la comunicazione di servizi pubblici digitali (app IO).

La problematica più significativa, però, risiede nella scarsa diffusione dell'utilizzo di tali servizi e piattaforme, poiché il numero di utenti italiani che usufruiscono degli strumenti di eGovernment sono ben sotto della media europea (32% italiana, 67% europea). La ragioni della scarsa interazione tra cittadino e P.A. ha diverse origini. In primo luogo, non vi è una integrazione coerente dei servizi nazionali e ciò lo si può riscontrare nell'utilizzo della piattaforma PagoPA il cui accesso è

nella Pubblica Amministrazione, cit., 2022, pp. 141 e 144 e Comunicazione della Commissione europea, *Un'agenda digitale europea*, 19.5.2010, p. 36).

[45] L'intervento prevede due fasi di realizzazione. La prima consiste nella progettazione e distribuzione della Piattaforma Digitale Nazionale Dati mentre la seconda prevede la formazione e la fornitura di risorse finanziarie per aiutare la P.A. a mettere in moto la piattaforma. Per garantire una corretta riuscita dell'investimento l'AgID ha adottato le "Linee guida sull'interoperabilità tecnica delle Pubbliche Amministrazioni" e le "Linee guida Tecnologie e standard per la sicurezza dell'interoperabilità tramite API dei sistemi informatici", ai sensi dell'art. 71 del CAD e della Direttiva (UE) 2015/1535. Le Linee Guida contribuiscono alla definizione del modello di interoperabilità delle PP. AA. con il nuovo European Interoperability Framework.

[46] Soprattutto tenendo in considerazione che il mercato dei dati è in constante e vertiginosa espansione e solo tra il 2016 e il 2020 ha avuto una crescita di più del 36% (European Commission Directorate General for Communications Networks, Content and Technology, CARRARA, SAN CHAN, FISCHER, VAN STEENBERGEN, *Creating Value through Open Data. Study on the Impact of Re-use of Public Data Resources*, 2015).

limitato al solo utilizzo dello SPID e non anche alla Carta Identità Elettronica. In secondo luogo, l'esperienza dell'utente risulta essere limitata e scadente, data la totale assenza di un approccio utente-centrico che permetta al cittadino di fruire di tutti i servizi senza interruzioni e in maniera semplice e intuitiva. Infine, non è presente alcun sistema digitale unico di notifica che colmi il divario di comunicazione tra cittadini e P.A.[47].

Numerose sono le iniziative del PNRR volte a sanare le suddette lacune. La prima è il miglioramento della qualità e della fruibilità dei servizi pubblici digitali attraverso il coinvolgimento diretto di cittadini e dipendenti pubblici per la creazione di modelli per servizi/funzionalità digitali che diverranno un punto di riferimento per le amministrazioni, che dovranno essere utilizzati come base per la costruzione delle piattaforme e dovranno incorporare in essi servizi digitali chiave (vedasi PagoPA, SPID e CIE).

La seconda iniziativa fa capo alla Direttiva Europea 2016/2102 volta "a garantire, sulla base di prescrizioni comuni in materia di accessibilità, una maggiore accessibilità dei siti web e delle applicazioni mobili di enti pubblici" con l'obiettivo di "porre fine alla frammentazione del mercato interno"[48] attraverso prescrizioni in materia di accessibilità. Le iniziative in tal senso sono già state avviate[49], ma molte amministrazioni non sono ancora del tutto conformi ai requisiti di accessibilità

[47] I servizi in questione rientrano nel 2030 Digital Compass dell'Europa, il quale prevede che entro il 2030 tutti i principali servizi pubblici debbano essere disponibili online (Commissione Europea, 2030 Digital Compass: the European way for the Digital Decade, Brussels, 9.3.2021 COM(2021) 118 final).
[48] Direttiva (UE) 2016/2102 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2016 relativa all'accessibilità ai siti web e alle applicazioni mobili degli enti pubblici (punto 9) è stata attuata in Italia con il D. Lgs. 10 agosto 2018, n. 106. Il fine della direttiva è anche economico, infatti, in essa si legge che "il ravvicinamento delle misure nazionali dovrebbe inoltre consentire agli enti pubblici e alle imprese dell'Unione di ottenere benefici economici e sociali dall'estensione della fornitura di servizi online o servizi mobili a una platea più ampia di cittadini e clienti. Ciò dovrebbe accrescere le potenzialità del mercato interno per i prodotti e i servizi connessi all'accessibilità dei siti web e delle applicazioni mobili. La crescita del mercato che ne deriverebbe dovrebbe permettere alle imprese di contribuire alla crescita economica e alla creazione di posti di lavoro nell'Unione".
[49] Agenzia per l'Italia Digitale, *Relazione alla Commissione Europea*, art. 8, par 4, della direttiva (UE) 2016/2102, periodo di riferimento da gennaio 2020 a dicembre 2021, consultabile all'indirizzo *https://www.agid.gov.it/sites/default/files/repository_files/agid relazione_monitoraggio_commissione_ue_v1.2.pdf.*

prescritti dalla Direttiva.

Naturalmente, una digitalizzazione capillare dei sistemi pubblici deve essere affiancata da un apparato di sicurezza che non renda vulnerabile la P.A. alle minacce informatiche in tutte le sue forme, alle frodi finanziarie e alle violazioni della privacy.

Le iniziative precedentemente citate servono già a rendere più sicuro il trattamento dei dati sensibili ma, inevitabilmente, l'aumento delle informazioni digitalizzate, conservate e trasportate complicherà il lavoro di protezione[50]. Inoltre, il passaggio di informazioni non avviene solo tra strutture pubbliche ma coinvolge anche il settore privato, il che rende necessario un adeguamento di tutti gli attori a standard comuni di sicurezza e un incremento delle risorse economiche dedicate.

In tal senso si è mossa l'Unione Europea la quale, con la Direttiva n. 1148/2016, ha posto in essere le basi per ottenere uno standard "europeo" di sicurezza informatica e un'armonizzazione del sistema di protezione[51]. Prima del PNRR, comunque, l'Italia aveva già iniziato ad investire in tal senso con la creazione del Perimetro di Sicurezza Nazionale Cibernetica (PSNC)[52] e del *Network and Information Security* (NIS) che, nel momento in cui diverranno completamente operativi, creeranno un cyberspazio nazionale affidabile e sicuro.

Gli interventi, infine, possono sintetizzarsi in una digitalizzazione dei processi interni ed in una loro ridefinizione con una annessa creazione di infrastrutture di

[50] Sul punto cfr. ORTALDA, LEUCCI, *Identità digitale e protezione dei dati personali: punti di incontro e rischi nelle discipline eIDAS e RGPD*, in *Rivista Italiana di Informatica e Diritto*, fasc. 1, 2022; SGUEO, CAROTTI, *Identità digitale*, in BONTEMPI (a cura di), *Lo Stato Digitale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., pp. 127-132.

[51] Al punto 5 della su citata Direttiva è previsto che "*i livelli di preparazione negli Stati membri sono molto diversi tra loro il che ha comportato una frammentazione degli approcci nell'Unione*".

[52] Istituito con il Decreto-legge 21 settembre 2019, n. 105 convertito in Legge 18 novembre 2019, n. 133. All'art. 1 si prevede che "al fine di assicurare un livello elevato di sicurezza delle reti, dei sistemi informativi e dei servizi informatici delle amministrazioni pubbliche, degli enti e degli operatori nazionali, pubblici e privati, da cui dipende l'esercizio di una funzione essenziale dello Stato, ovvero la prestazione di un servizio essenziale per il mantenimento di attività civili, sociali o economiche fondamentali per gli interessi dello Stato e dal cui malfunzionamento, interruzione, anche parziali, ovvero utilizzo improprio, possa derivare un pregiudizio per la sicurezza nazionale è istituito il perimetro di sicurezza nazionale cibernetica".

supporto alla digitalizzazione dei processi[53]. Si prevede anche la realizzazione di banche dati e l'individuazione delle risorse umane e tecnologiche idonee al potenziamento operativo ed all'aggiornamento delle apparecchiature hardware.

3. Come precedentemente evidenziato, mentre l'indice DESI del 2021 ha posizionato l'Italia alla ventesima posizione dopo essersi finalmente svincolata dalla venticinquesima, nella quale è stata ferma per diversi anni, il DESI 2022[54] ha collocato l'Italia al diciottesimo posto. A proposito di tale ultimo miglioramento è stato

[53] In materia di efficientamento della P.A. spesso si fa riferimento anche alla automazione dei procedimenti e all'eventuale impiego dell'Intelligenza Artificiale per migliorare la gestione dei processi. La letteratura sull'impiego dei sistemi automatizzati per le decisioni pubbliche è sconfinata e, pertanto, si rinvia in maniera esemplificativa e non esaustiva a PAPA, *Intelligenza Artificiale e decisioni pubbliche tra tecnica, politica e tutela dei diritti*, in *federalismi.it*, n. 22/2022, 10 agosto 2022, pp. 101-114; MASCOLO, *L'uso dell'Intelligenza artificiale nel settore pubblico*, in BONTEMPI, *Lo Stato Digitale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., pp. 171-176; CIVITARESE MATTEUCCI, *Public Administration Algorithm Decision Making and the Rule of Law*, in *European Public Law*, vol. 27, 1, 2021, p. 103 ss.; BONINI, *Algoritmi, Intelligenza artificiale e machine learning nei processi decisionali pubblici*, in *Osservatorio sullo Stato Digitale*, 20 luglio 2021; CARULLO, *Decisione Amministrativa e Intelligenza Artificiale*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica* (Il), fasc. 3, 1 giugno 2021, p. 431 ss.; MEDAGLIA, GIL-GARCIA, PARDO, *Artificial Intelligence in Government: Taking Stock and Moving Forward, in Social Science Computer Review*, 2021, pp. 1-18; CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2020, p. 305 ss.; MASUCCI, *L'algoritmizzazione delle decisioni amministrative individuali tra regolamento europeo e leggi degli stati membri*, in *Diritto Pubblico*, 2020, n. 3, p. 943 ss.; JOINT RESEARCH CENTER (JRC), *AI Watch: Artificial Intelligence in Public Sector. Overview of the use and the impact of AI in public services in the EU*, luglio 2020; DEL GATTO, *Potere algoritmico, digital welfare state e garanzie per gli amministrati. I nodi ancora da sciogliere*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2020, n. 6, p. 829 ss.; GIRASA, *Artificial Intelligence as a Disruptive Technology. Economic Transformation and Government Regulation*, Berlin, 2020; DI MARTINO, *L'amministrazione per algoritmi ed i pericoli del cambiamento in atto*, in *Diritto dell'economia* (Il), n. 3, 2020, p. 599 ss.; HERMSTRÜWER, *Artificial Intelligence and Administrative Decisions Under Uncertainty*, in WISCHMEYER, RADEMACHER (a cura di), *Regulating Artificial Intelligence*, Berlin, 2020; SASSI, *Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2019, n. 1, p. 109 ss.; NICOTRA, VARONE, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2019; CAVALLARO, SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *federalismi.it*, 2019; GAETANO, *La decisione amministrativa tra vincolatezza, discrezionalità ed intelligenza artificiale: la prospettiva per la pubblica amministrazione di una responsabilità da algoritmo*, in *Riv. elettronica di diritto, economia e management*, n. 2, 2018, p. 44 ss.; FERAGINA, LUCCIO, *Il pensiero computazionale. Dagli algoritmi al coding*, Bologna, 2017; ANGELINI, *Intelligenza artificiale e governance. Alcune riflessioni di sistema*, in *Astrid Rassegna*, n. 14, 2017; MORONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata*, Rimini, 2005, p. 69; USAI, *Le prospettive di automazione delle decisioni amministrative in un sistema di teleamministrazione*, in *Diritto dell'informatica e dell'informazione*, n. 1, 1993.

[54] Commissione europea, *Digital Economy and Society Index (DESI) 2022*, 2022.

osservato che il progresso ottenuto nella digitalizzazione del Paese se per un verso "sta avanzando a ritmi molto sostenuti", dall'altro "la trasformazione digitale sconta ancora varie carenze cui è necessario porre rimedio"[55].

Il raggiungimento degli obiettivi del primo anno dall'approvazione del PNRR (secondo semestre 2021e primo semestre 2022) permette di avere un quadro d'insieme dei benefici di un processo di digitalizzazione della P.A. affrontato con rigore[56] che, com'è noto, ha un ruolo determinante nell'efficientamento della P.A. e un impatto rilevante sull'economia del Paese[57].

In passato l'importanza della digitalizzazione per lo sviluppo dell'economia era stata sottolineata proprio in relazione al mancato adeguamento dei servizi pubblici agli standard europei. Con riferimento a tale circostanza, infatti, era stata aperta una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia da parte della Commissione europea (procedura 2018/2374) per violazione del Regolamento (UE) n. 910/2014[58] in materia

[55] Commissione europea, *Indice di digitalizzazione dell'economia e della società (DESI) 2022 Italia*, 2022, p. 3.

[56] Il 23 dicembre 2021 il Governo ha presentato al Parlamento la prima Relazione sullo stato di attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (Relazione sullo stato di attuazione del Piano del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza ai sensi dell'articolo 2, comma 2, lettera e), D.l. 31 maggio 2021, n.77. Il 28 dicembre 2021 il Commissario europeo per l'economia e il Ministro dell'Economia e delle Finanze hanno siglato gli Operational Arrangements (OA), con cui sono stati stabiliti i meccanismi di verifica periodica del PNRR da utilizzarsi sino al 2026 per il conseguimento dei traguardi necessari all'erogazione dei fondi. Con decisione del 31 marzo 2022 (Commissione europea, *Decisione di esecuzione della Commissione del 31.3.2022 relativa all'autorizzazione dell'erogazione della prima rata del sostegno non rimborsabile e della prima rata del sostegno sotto forma di prestito per l'Italia*, Bruxelles, 31.3.2022) la Commissione europea ha riconosciuto il conseguimento degli obiettivi entro la fine del mese di dicembre 2021 e ha disposto il versamento all'Italia della prima rata da 21 miliardi (avvenuto il 13 aprile 2022). Inoltre, l'Italia è riuscita a raggiungere anche gli obiettivi del primo semestre del 2022 ed è in attesa dell'erogazione della seconda tranche di finanziamenti (cfr. Milestone e Target PNRR conseguiti Attuazione misure al 30 giugno 2022 Unità di missione PNRR dell'Ufficio del Segretario Generale, reperibile all'indirizzo *https://presidenza.governo.it/AmministrazioneTrasparente/Organizzazione/ArticolazioneUffici/Dipartimenti/USG/Misure%20attuazione%20PNRR.pdf*).

[57] Inoltre, come è stato evidenziato lo stesso utilizzo e riutilizzo dei dati in possesso delle PP.AA., ottenuti attraverso una digitalizzazione dell'apparato amministrativo correttamente effettuata, costituisce un asset economico di grande rilevanza per il Paese (LUCHENA, CAVALIERE, *Il riutilizzo dei dati pubblici come risorsa economica: problemi e prospettive*, in *Riv. Giur. del Mezzogiorno/ a. XXXIV*, n. 2, 2020, pp. 151-169).

[58] Regolamento (UE) N. 910/2014 del 23 luglio 2014 in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno, che ha abrogato la direttiva 1999/93/CE.

di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno[59], poiché la mancata ottemperanza agli obblighi europei comportava un danno considerevole sia ai cittadini sia all'economia interna.

Ed infatti, per gli utenti il problema principale è stato individuato nelle conseguenze sulla trasparenza e l'efficienza amministrativa legata alla frammentazione dell'accesso ai servizi pubblici per mancata interoperabilità dei dati e di interconnessione della rete.

Gli effetti sull'economia sono stati ricondotti nello specifico nell'omesso riconoscimento delle firme digitali utilizzate da imprese straniere[60] che hanno limitato gli investimenti esteri e diminuito la competitività del Paese rispetto al resto dell'Unione Europea.

Nel contesto finora delineato si deve tuttavia tener presente che di per sé la digitalizzazione tende essenzialmente a migliorare quanto già esistente attraverso un efficientamento sistematico dei procedimenti[61]. Ogni procedimento amministrativo, infatti, deve seguire un determinato *iter*, il quale non viene stravolto nel suo percorso ma subisce una accelerazione, si riduce la documentazione cartacea in favore di quella digitale e la digitalizzazione dei restanti procedimenti analogici[62].

---

[59] L'infrazione notificata in data 7 giugno 2019 prevede anche altre violazioni, tra cui quella della direttiva 2006/123/CE (recepita con il d.lgs n. 59/2010), relativa ai servizi nel mercato interno e della direttiva 2005/36/CE (recepita con il d.lgs n.206/2007 e ss.mm) concernente le qualifiche professionali.

[60] Il Regolamento (art. 25, c. 3) prescrive che "una firma elettronica qualificata basata su un certificato qualificato rilasciato in uno Stato membro è riconosciuta quale firma elettronica qualificata in tutti gli altri Stati membri".

[61] Secondo CIOCCA, SATTA, *La dematerializzazione dei servizi della P.A. Un'introduzione economica e gli aspetti giuridici del problema*, in *Dir. amm.*, fasc. 2, 2008, p. 283 ss., si tratta di un'efficienza che "investe tutto e tutti" e non può essere trascurata in alcun modo.

[62] Per una disamina dell'influenza della digitalizzazione sulle diverse fasi del procedimento amministrativo cfr. in maniera esemplificativa e non esaustiva SGUEO, *Lo Stato digitale nel PNRR – La transizione digitale dei procedimenti amministrativi*, in *Osservatorio sullo Stato Digitale*, 22 Giugno 2021; PESCE, *Digital first. Amministrazione digitale: genesi, sviluppi, prospettive*, Napoli, 2018, p. 40 ss.; CARDONE, *La digitalizzazione del procedimento amministrativo*, in BONTEMPI (a cura di), cit., pp. 99-103; DEODATI, *Il nuovo procedimento amministrativo digitale. Principi e metodi operativi*, Santarcangelo di romagna, 2017, p. 37 ss.; CARULLO, *Big Data e pubblica amministrazione nell'era delle banche dati interconnesse*, in *Concorrenza e mercato*, fasc. 1, 1 gennaio 2016, p. 186; MASUCCI, *Semplificazione amministrativa ed amministrazione digitale. L'avvio del procedimento amministrativo per via telematica*, in *Nuove autonomie*, 2008, fasc. 3-4, pp. 539-555; MERLONI, PIOGGIA, SEGATORI, *L'amministrazione sta cambiando?: una verifica*

A ciò consegue una velocizzazione dei processi in favore di maggiori garanzie per cittadini e imprese, le quali possono anche accedere in maniera più semplice e diretta ai servizi della P.A.[63], favorendo anche gli investimenti nel mercato italiano. Un sistema amministrativo solo parzialmente digitalizzato e dominato da pratiche miste (cartacee e digitali) nel quale risulta difficile anche solo conoscere lo stato di un procedimento offre meno garanzie e diminuisce l'accesso delle imprese alle procedure ad evidenza pubblica.

Con il completamento dei primi obiettivi del PNRR in materia di digitalizzazione delle PP.AA., si è iniziato a delineare un quadro più favorevole basato su una strategia volta a razionalizzare e semplificare gli adempimenti burocratici che sono di ostacolo alla efficienza delle PP. AA.

Sul punto vedasi la riforma (per la quale è stata approvata la Legge delega), del quadro legislativo in materia di appalti pubblici e concessioni (raggiungimento milestone M1C1-71 del PNRR) che pone particolare attenzione alla digitalizzazione e all'efficientamento dei procedimenti di evidenza pubblica[64].

La riforma prevede la riduzione dei tempi di svolgimento delle procedure di gara e di esecuzione degli appalti "attraverso la digitalizzazione e l'informatizzazione delle procedure, la piena attuazione della Banca dati nazionale dei contratti pubblici e del fascicolo virtuale dell'operatore economico"[65].

---

dell'effettività dell'innovazione nella pubblica amministrazione, Milano, 2007; MASUCCI, *Erogazione on line dei servizi pubblici e teleprocedure amministrative. Disciplina giuridica e riflessi sull'azione amministrativa*, in *Dir. pubbl.*, n. 3, 2003; NATALINI, *Procedimenti amministrativi e sistemi informativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, II, 1999; TORCHIA, *Tendenze recenti della semplificazione amministrativa*, in *Dir. amm.*, n. 3-4, 1998, p. 385 ss., e *La modernizzazione del sistema amministrativo: semplificazione e decentramento*, in *Le Regioni*, n. 2-3, 1997, p. 329 ss.

[63] Vedasi l'introduzione del registro INAD, l'elenco pubblico contente i domicili digitali dedicato all'utilizzo del domicilio digitale anche per cittadini, professionisti ed enti di diritto privato che di base non sono obbligati ad averlo.

[64] L'obiettivo è stato raggiunto con l'approvazione della Legge delega 21 giugno 2022, n. 78 recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 146 del 24 giugno 2022.

[65] Lett. m) della Legge delega. Sul punto cfr. CLARIZIA, *L'e-procuremnet*, in BONTEMPI (a cura di), cit., pp. 109 e 117; CONTESSA, *La nuova governance del PNRR e gli interventi in tema di contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, n. 6, 2021, p. 751 ss.; DE NICTOLIS, *Gli appalti pubblici del PNRR*

L'efficientamento dei procedimenti di affidamento è di fondamentale importanza proprio in virtù del fatto che le gare di appalto costituiscono circa il 10% del PIL italiano e una velocizzazione in tal senso permetterà l'accesso a più imprese, una maggiore concorrenza, l'affidamento di più appalti pubblici durante il medesimo arco temporale nonché una riduzione dei costi a carico delle aziende private[66].

Allo stesso tempo, però, la transizione digitale, se affrontata nella maniera corretta, permette di ridurre considerevolmente i costi delle PP.AA.[67]Un primo passo risiede nell'efficientamento dei procedimenti interni degli acquisti di beni e servizi informatici strumentali alla realizzazione del PNRR[68] (raggiungimento milestone M1C1-1 Riforma 1.1 Processo di acquisto ICT),ottenuto attraverso la semplificazione degli acquisti con un affidamento diretto per i contratti sottosoglia comunitaria ma ammettendo anche una deroga per gli acquisti sopra soglia "ove ricorra la rapida obsolescenza tecnologica delle soluzioni disponibili tale da non consentire il ricorso ad altra procedura di affidamento"[69]. Ciò, non solo ha la finalità di velocizzare i procedimenti di acquisto, ma consente una sostanziale riduzione dei costi garantendo

tra semplificazioni e complicazioni, in *Urb. e app.*, n. 6, 2021, p. 729 ss.; FERRANTE, GUCCIONE, SERAFINI, *I Contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 6, 2021, p. 753 ss.; DONATO, MARICONDA, MIRRIONE, *La digitalizzazione possibile degli appalti pubblici. L'analisi della Banca d'Italia per l'Anac sulle prospettive dell'e-procurement*, in *ASTRID Rassegna*, n. 8/2020, 2020; Autorità Nazionale Anticorruzione, *Strategie e azioni per l'effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell'Autorità*, 27 Maggio 2020, reperibile all'indirizzo *https://www.anticorruzione.it/ portal/rest/jcr/repository/ collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Comunicazione/Interventi/Anac%20-%20Digitalizzazione % 2027%20maggio.pdf*.

[66] Così come osservato da CLARIZIA, *L'e-procuremnet*, in BONTEMPI (a cura di), *Lo Stato Digitale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., p. 117.

[67] Tra le nuove tecnologie che permettono di ridurre i costi di gestione degli apparati vi è il *cloud computing*, che oggi consente di utilizzare un *hardware* di soggetti terzi per sopperire, ad esempio, alla carenza di risorse per l'acquisto dei beni informatici o per l'assenza di spazi adeguati (sull'importanza delle connessioni internet e le prospettive future cfr. RATTI, CLAUDEL, *La città di domani, come le reti stanno cambiando il futuro*, Torino, 2017).

[68] Decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, art. 53 (in Gazzetta Ufficiale - Serie generale - n. 129 del 31 maggio 2021 - Edizione straordinaria), coordinato con la legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108 (in questo stesso S.O.), recante "Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure".

[69] A completamento dell'obiettivo, il Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri ha emanato il Decreto 12 agosto 2021, n. 148 recante il "Regolamento recante modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici, da adottare ai sensi dell'articolo 44 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50".

l'acquisizione di strumenti sempre all'avanguardia senza che gli stessi arrivino alle amministrazioni già obsoleti a causa della lentezza degli iter di acquisto. Sempre in materia di riduzione della spesa, anche la semplificazione e l'innovazione del contesto normativo per facilitare gli interventi di digitalizzazione (raggiungimento *milestone* M1C1-2 Riforma 1.3: Cloud first e interoperabilità) costituisce un punto cardine che ha introdotto importanti novità volte principalmente ad uniformare lo stato di digitalizzazione delle PP.AA., disincentivando anche quelle che non hanno effettuato la migrazione sulle piattaforme cloud e non hanno provveduto a semplificare le procedure per l'interoperabilità dei dati[70].

In questo caso, con una digitalizzazione uniforme tra le PP.AA. sarà sufficiente imporre standard unici, senza dover differenziare piani e investimenti per ognuna di esse.

Si pensi anche all'importanza economica delle piattaforme pubbliche di pagamento (PagoPA e app "IO"). Nel mercato dei pagamenti, infatti, l'amministrazione ricopre una posizione significativa, sia in termini di numero di transazioni (circa 500 milioni) che di valore (circa 700 miliardi di euro) e, come è stato evidenziato, l'utilizzo di piattaforme digitali statali di pagamento "consente di ridurre

[70] Numerose sono le novità in tal senso. Il Decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77 prevede l'abolizione dell'obbligo di concludere accordi quadro per le amministrazioni che accedono alla Piattaforma Digitale Nazionale Dati (Art. 39, co. 2, lett. a), n. 1), chiarimenti relativi agli aspetti della privacy (il trasferimento dei dati da un sistema informativo a un altro non modifica la titolarità dei dati e il loro trattamento), abrogazione dell'autorizzazione necessaria per l'accesso diretto ai dati (art. 39, co. 5, lett. a), introduzione della possibilità per l'AgID di disciplinare mediante i regolamenti relativi a Centri Elaborazione Dati (CED) e cloud i termini e i metodi con cui le pubbliche amministrazioni devono effettuare le migrazioni dei CED (art. 41, co. 2.) e l'introduzione di sanzioni da comminare in caso di mancato rispetto dell'obbligo di migrare verso il cloud (art. 41, co. 1). Il decreto introduce anche il regolamento AGID sulla sicurezza del cloud/Polo strategico nazionale (ex art. 33- septies, co. 4 DL 179/2012, Adottato con Determinazione AGID n. 628/2021 del 15 dicembre 2021 - Adozione del "Regolamento recante i livelli minimi di sicurezza, capacità elaborativa, risparmio energetico e affidabilità delle infrastrutture digitali per la PA e le caratteristiche di qualità, sicurezza, performance e scalabilità, portabilità dei servizi cloud per la pubblica amministrazione, le modalità di migrazione, nonché le modalità di qualificazione dei servizi cloud per la pubblica amministrazione") e le linee guida AGID sull'interoperabilità delle pa (ex artt. 50 e 50-ter CAD, Adottato con Determinazione AGID n. 547 del 1° ottobre 2021 - Adozione delle "Linee guida Tecnologie e standard per la sicurezza dell'interoperabilità tramite API dei sistemi informatici" e delle "Linee guida sull'interoperabilità tecnica delle Pubbliche Amministrazioni".

i costi, nonché di ottimizzare i tempi per lo sviluppo di nuove applicazioni maggiormente adattive, anche mediante il ricorso a soluzioni aperte e riusabili; inoltre, ciò consente un miglioramento nell'attività di incasso, in termini di rispetto delle scadenze e di minori inadempienze da parte dell'utenza"[71].

Conclusivamente, appare evidente che la competitività di un paese non può non passare attraverso la digitalizzazione ma, nel caso dell'Italia, il cui apparato pubblico sconta anni di mancata o rallentata innovazione, si riuscirà ad intravedere i benefici delle misure contenute nel PNRR solo nel medio e nel lungo periodo, ovverosia solo dopo che la struttura della macchina amministrativa sarà correttamente messa a punto con l'opportuna attuazione delle applicazioni digitali più evolute.

Al contempo, però, un siffatto percorso di transizione digitale dovrà necessariamente proseguire anche dopo l'esaurimento dei fondi del PNRR, con una riallocazione di risorse finanziarie ulteriori che consenta alle pubbliche amministrazioni di continuare ad innovarsi costantemente, senza tralasciare l'utilizzo degli ulteriori strumenti tecnologici che verranno, pena un nuovo disallineamento delle nostre strutture amministrative rispetto a quelle degli altri paesi.

Lorenzo Rodio Nico

Dottorando di ricerca

nell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro

[71] PALLADINO, *PagoPA e pagamenti digitali*, cit., pp. 138-139. Sul punto cfr. anche VENTURINI, *Tesoreria pagoPA finanziamenti. Servizi bancari e finanziari per le pubbliche amministrazioni*, Torino, 2020; AA. VV., *Cronache Amministrative 2017-2019*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4, 2020, pp. 1185 ss.

PARTE III. L'INTERVENTO PUBBLICO PER UNA TRANSIZIONE SOCIALE

DIGNITÀ DELLA PERSONA E MERCATO *

(*The dignity of the person and the market)*

ABSTRACT: *After noting the inadequacy of the only direct intervention of the State for the protection of vulnerable subjects, the paper examines some manifestations of the so-called social market economy, especially in the financial sector and, in particular, in the insurance sector. It is therefore highlighted how the market – especially regulated – can, under certain conditions, constitute a valuable resource for the protection of the vulnerable person, also considering the current social sustainability policies adopted within it.*

SOMMARIO: 1. La dignità della persona come valore assoluto. – 2. Il problema della effettività della tutela. – 3. Il ruolo del mercato: dall'economia sociale di mercato alla "sostenibilità sociale". – 4. L'economia sociale nei mercati finanziari regolamentati. – 4.1. (*Continua*) Le peculiarità del mercato assicurativo. – 5. Conclusione.

1. Il mercato – da intendere, in senso generale, come luogo degli scambi organizzati dove si esplica l'iniziativa economica privata – può e, nel caso, in che termini, essere considerato una risorsa per la dignità umana, con particolare riguardo alle esigenze delle persone vulnerabili?

Sullo sfondo di questa domanda, verranno sviluppate alcune riflessioni, precedute da alcune premesse.

La vulnerabilità[1] concreta indubbiamente un fattore che incide fortemente

*Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio.

* Lo scritto riproduce il contenuto della relazione svolta nel Convegno dal titolo «La dignità "del" e "nel" lavoro», organizzato dal Dipartimento di *Management* dell'Università Ca' Foscari di Venezia e tenutosi il giorno 9 giugno 2022.

[1] Che può essere definita come «minaccia all'autodeterminazione, per l'inserimento instabile delle persone nei sistemi di integrazione sociale e di distribuzione delle risorse. Una situazione connotata da rischio, o da insicurezza, dovuti alla debolezza di sistemi sociali come la famiglia, la comunità, il mercato del lavoro, l'apparato distributivo, il *welfare state*, le relazioni internazionali» (GENTILI, *La vulnerabilità sociale. Un modello teorico per il trattamento legale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, p. 41).

sulla dignità umana impedendo o, quantomeno, ostacolando – talvolta gravemente – l'autorealizzazione e lo sviluppo della personalità dell'individuo. La vulnerabilità, in definitiva, intacca il valore supremo della persona umana, essendo condivisibile l'idea secondo la quale non è possibile disgiungere la "dignità umana" dalla persona umana *tout-court,* essendo l'attributo "dignità" ontologicamente incluso nel vocabolo "persona"; ossia, in termini più espliciti, dovendosi considerare la persona necessariamente permeata, almeno nell'ordinamento giuridico italiano, del connotato della dignità[2].

Non è in dubbio, del resto, che la persona umana contemplata e tutelata dagli artt. 2, 3, 36 e 41 Cost., non costituisce solamente il punto di sintesi dei diritti fondamentali evocati dalla prima delle norme richiamate, ma come è stato da molti condivisibilmente rilevato, costituisce l'epicentro, il cuore assiologico dell'intero ordinamento giuridico (c.d. principio personalista); un «*a priori* positivo senza il quale non è possibile concepire una democrazia pluralista»[3], «il punto di partenza, il valore

In senso analogo, BATTELLI, *I soggetti vulnerabili: prospettive di tutela della persona*, in *Dir. fam. e pers.*, 2020, p. 283, ove sono contenuti ampi riferimenti; v., anche, ID., *Un contributo alla riflessione sulle situazioni di vulnerabilità e di debolezza contrattuale nella prospettiva dei limiti dell'autonomia privata*, in AA.VV., *Per i cento anni dalla nascita di Renato Scognamiglio*, I, Napoli, 2022, p. 97 ss. Inoltre v., recentemente, PASTORE, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Torino, 2021, p. 71, il quale vede in tale concetto «un indicatore qualitativo e/o quantitativo, "campanello d'allarme" delle situazioni di umiliazione, discriminazione, subordinazione, dominazione, violenza, produttive di sofferenza».

[2] Così, DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale* (*La dignità umana nel costituzionalismo europeo*, *nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*), Firenze, 2010, p. 107, secondo cui «si può riconoscere una sostanziale coincidenza di senso e motivi tra i due "parametri costituzionali", pur essendo spesso diverse le radici culturali della riflessione sulla persona (personalismo) e sulla dignità umana»; CARMIGNANI CARIDI, *Dignità umana – Parte giuridica*, in *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, diretta da Sgreccia e Tarantino, IV, Napoli-Roma, 2012, il quale osserva che «la vigenza del principio di uguaglianza (…) osta ad ogni tentativo di scissione tra essere umano e persona, non potendo infatti esistere esseri umani che non siano nello stesso tempo persone». Analogamente, SCALISI, *Ermeneutica della dignità*, Milano, 2018, pp. 9, 26, il quale afferma risolutamente che «il principio di dignità è indissociabile dal principio personalista».

[3] Così, VETTORI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Persona e mercato (Lezioni)*, Milano, 1996, p. 4. Per una ricostruzione del concetto giuridico di dignità umana o, più esattamente, di questa come categoria normativa cfr. BUSNELLI, *Le alternanti sorti del principio di dignità della persona umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 1072 ss., spec. p. 1081 ss.; SCALISI, *op.cit.*, *passim*, spec. p. 21 ss. Sulle varie declinazioni nelle quali si articola il primato della persona v., tra gli altri, CATERINI, *Sostenibilità e ordinamento civile (Per una riproposizione della questione sociale)*, Napoli, 2018, p. 14 ss.

forte sul quale è costruito l'intero sistema»[4]. Di qui la corretta convinzione che siffatta sintesi di diritti fondamentali primari non è suscettibile di essere negoziata né bilanciata con alcun altro diritto, quantunque anch'esso fondamentale; la dignità della persona costituisce cioè uno dei pochi valori tutelati in via assoluta, anche quando dovesse porsi in contrasto con altri valori oggetto di considerazione e tutela costituzionale: «il richiamo alla dignità non può essere assunto come criterio utilizzabile in bilanciamento con altri diritti costituzionalmente garantiti, ma semmai quale principio che governa il bilanciamento dei beni giuridici protetti e l'eventuale conflitto che venga a sorgere tra di essi»[5].

Il vero problema potrebbe, peraltro, porsi quando l'eventuale confitto insorga tra diritti inviolabili attinenti tutti all'"essere" della persona, quali, ad esempio, la salute e la vita[6]. Anche in queste tragiche ipotesi, però si ritiene che la "dignità", da intendersi nel senso più pieno e pregnante, possa orientare nella giusta direzione. La dignità della persona, nella sua declinazione del diritto ad un'esistenza priva di un intollerabile grado di sofferenza fisica e psichica, infatti, è stata ritenuta prevalente financo sul diritto alla vita, come emerge dall'indirizzo che ha assunto la Consulta con

[4] Così, P. PERLINGIERI, in VETTORI (a cura di), *op.cit.*, p. 106, il quale aggiunge che «non ci troviamo di fronte alla tutela di questo o quell'interesse, ma del valore in sé che trova attuazione in relazione allo sviluppo storico, tecnologico, sociale». È appena il caso di ricordare che anche il resto della dottrina dominante propende per l'inscindibilità del "valore persona" come tale, insuscettibile, quindi, di essere frazionato in tanti singoli interessi ai quali corrispondono i distinti diritti fondamentali che ad essa fanno riferimento (tra gli altri v. LIPARI, *Persona e mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 757 ss.); v'è, tuttavia, chi avversa tale impostazione reputando, invece, che è preferibile «*scomporre la persona nella pluralità di singoli interessi*» in quanto «il diritto non conosce l'unità della persona (e poco o punto gioverebbe conoscerla), poiché esso sceglie e tutela singoli interessi» [IRTI, in VETTORI (a cura di), *op.cit.*, p. 92 ss., corsivo originale]. In ordine a tale dissonanza v. anche la lucida sintesi di BENEDETTI, *Appunti e osservazioni sul seminario*, *ivi*, p. 131 ss., spec. 135 ss.

[5] Così, LIPARI, *op.cit.*, p. 758. Nella stessa direzione la dignità della persona è stato considerato un valore "supercostituzionale" (DI CIOMMO, *op.cit.*, p. 146) ed è stato rilevato che si tratta di un valore inviolabile sottratto ad ogni compromesso (PENNASILICO, *Economia circolare e diritto: ripensare la "sostenibilità*", in *Pers. merc.*, 2021, p. 724). Inoltre, sempre nello stesso senso, BALDASSARRE, *Diritti inviolabili e diritti sociali*, in VETTORI (a cura di), *op.cit.*, p. 30.

[6] Pone opportunamente il problema SCALISI, *op.cit.*, p. 46 ss., adducendo come ulteriore esempio il possibile conflitto tra la sicurezza e la vita, entrambe anime della dignità della persona.

riguardo all'annoso problema del fine vita[7].

2. Il riconoscimento della non negoziabilità della dignità umana non è però risolutivo con riguardo all'annosa e centrale questione relativa alla "effettività" della tutela della stessa e, quindi, della vulnerabilità. L'assolutezza del valore tutelato, infatti, indubbiamente legittima l'azione dello Stato ad introdurre divieti, limitazioni e sanzioni – quali, ad esempio, le misure contro le varie forme di discriminazione – a fronte di comportamenti che possono danneggiare i soggetti vulnerabili, oppure obblighi volti a preservare gli stessi soggetti, anche quando siffatti interventi dell'uno o dell'altro tipo dovessero implicare il sacrificio di altri valori degni di tutela. In quest'ultima direzione si pensi alla forte limitazione all'autodeterminazione determinata dalla – a nostro avviso giustificata e condivisibile – introduzione dell'obbligo di vaccinazione contro il Covid-19, il quale, come è stato opportunamente rilevato, ha rappresentato anzitutto uno strumento di tutela dei soggetti più fragili[8].

Il vero nodo problematico, tuttavia, riguarda le ipotesi nelle quali la tutela ha dei costi, sono cioè necessarie azioni positive che implicano l'impiego di risorse gravanti sul bilancio dello Stato per raggiungere gli obiettivi prefissati[9]. La questione rifluisce, in definitiva, nella nota problematica della sostenibilità economica dei diritti

[7] V. Corte cost., 16 novembre 2018, n. 207 (ord.) e 22 novembre 2019, n. 242. In tali contesti, come è noto, la Consulta ha individuato una circoscritta area di non conformità costituzionale dell'art. 580 c.p., relativo all'aiuto al suicidio, corrispondente ai casi in cui l'aspirante suicida si identifichi in una persona *(i)* affetta da una patologia irreversibile, *(ii)* fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, *(iii)* tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, *(iiii)* capace di prendere decisioni libere e consapevoli. Ebbene, può quindi rilevarsi che in tali circostanze è stato stabilito che lo stesso valore della vita, per quanto di livello apicale, deve cedere, su scelta dell'interessato, rispetto a quello della dignità umana, ritenuto incompatibile con una esistenza connotata da un intollerabile siffatto grado di sofferenza. Sul punto e, segnatamente, in ordine al concetto di dignità nella sofferenza v., tra gli altri, PISU, *Dignità e autodeterminazione alla fine della vita tra bioetica e biodiritto*, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, p. 138 ss., spec. p. 147 ss. Sulla dignità nel sistema biogiuridico v., inoltre, RESTA, *La dignità*, in *Trattato di biodiritto, Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, p. 259 ss.

[8] Tale profilo è segnalato da BATTELLI, *I soggetti*, cit., p. 293.

[9] «In tema di protezione della dignità, la vera partita si giuoca ormai sul piano della *effettività* della tutela»: SCALISI, *op.cit.*, p. 52 (enfasi originale).

sociali[10], che si incentra sulla distinzione tra «diritti sociali che costano» e «diritti sociali che non costano»[11]. Con riferimento ai primi è stato, infatti, osservato che la loro realizzazione – nonostante l'assolutezza e la insuscettibilità (astratta) al bilanciamento che li connotano – deve pur sempre fare i conti con le risorse delle quali la collettività può concretamente disporre e, in proposito, non si tratta di discutere – come pure si è ampiamente fatto e si sta facendo non di rado in maniera, a nostro avviso, sterile – se essi possono o meno essere condizionati alla regola del pareggio di bilancio o, comunque, essere soggetti alle scelte del potere politico. Anche se si aderisce all'impostazione secondo cui essi non sono condizionabili in quanto bisognerebbe, viceversa, "condizionare" ad essi il bilancio, in modo tale da limitare la discrezionalità del potere politico imponendo allo stesso di privilegiare, nella distribuzione delle risorse, gli stanziamenti a favore della realizzazione degli interessi primari che stanno alla base dei diritti sociali, rimane pur sempre l'ostacolo insormontabile della non illimitatezza delle risorse, ossia della impossibilità di distribuire ciò che non c'è[12]. In altre parole, come è stato osservato in modo autorevole ed a nostro avviso risolutivo, non si può fare a meno di riconoscere i limiti dello Stato sociale, tenendo conto che le aspettative nei confronti di questo «fondate su valori personali tutelati dalla Costituzione, non possono essere realisticamente definite senza il riferimento al concetto di "fattibilità economica". Se si supera tale limite lo Stato sociale rovina su sé stesso»[13].

[10] Lo rilevano, tra gli altri, ZULLO, *Lo spazio sociale della vulnerabilità tra pretese di giustizia e pretese di diritti. Alcune considerazioni critiche*, in *Pol. dir.*, 2016, p. 485.
[11] SILVESTRI, *Tutela nazionale ed europea dei diritti civili e dei diritti sociali*, in SALVI (a cura di), *Diritto civile e diritti costituzionali europei ed italiani*, Torino, 2012, p. 67; VETTORI, *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione tra due crisi*, *ivi*, p. 140.
[12] Sul punto v., ampiamente, MANGIA, *I diritti sociali tra esigibilità e provvista finanziaria*, in CAVASINO, SCALA, VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Napoli, 2013, p. 581 ss., spec. 594, il quale rileva plasticamente che «se si ha chiara la connessione tra diritti sociali e redistribuzione, ci si scontra anche con un dato di fatto difficilmente superabile, e cioè con il fatto che non si può redistribuire ciò che non c'è».
[13] MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata nella costituzione*, in *Scritti I, Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011, p. 99.

3. Se si conviene sull'intrinseca insufficienza dell'intervento diretto dello Stato per tutelare adeguatamente i soggetti vulnerabili, occorre, a quel punto, accertare se e quale ruolo possa svolgere il mercato in tale direzione[14].

Ciò, tuttavia, implica un mutamento abbastanza radicale della prospettiva nella quale il mercato stesso è stato considerato in relazione alla persona. In un determinato contesto culturale, infatti, l'ottica è stata quella, per alcuni versi condivisibile ma sicuramente parziale, di difendere la persona dalle pure logiche del mercato, dalla aggressività di questo[15].

Già da tempo, però, è stata rilevata l'insufficienza di tale impostazione, sottolineando che la considerazione del principio personalista come mero limite alle esplicazioni del mercato, amplifica il conflitto – sicuramente non desiderabile – tra questo e la dimensione statalista, ossia, in termini più semplici, tra pubblico e privato[16]. La constatata insufficienza dell'intervento pubblico diretto, in altri termini, suggerisce di valutare se e in che condizioni il mercato possa, invece, costituire una risorsa per la persona[17], ossia consentire di realizzare quegli interessi della stessa – nella fattispecie relativi al superamento di situazioni di vulnerabilità – che i soli interventi dello Stato non si sono rivelati in grado di attuare[18].

---

[14] *Contra* IRTI, *op.cit.*, p. 102 ss. secondo il quale, invece, i problemi di giustizia sociale andrebbero necessariamente risolti al di fuori del mercato, ossia con misure fiscali, offerte di servizi pubblici e politiche economiche che, però, come si è visto, spesso non sono sufficienti per raggiungere l'obiettivo prefissato.

[15] Considerando cioè l'integrità della persona come «limite alle logiche di mercato» [RODOTÀ, *La persona*, in CASTRONOVO, MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo, Fonti, Persone, Famiglia*, I, Milano, 2007, p. 209].

[16] Così, LIPARI, *Ancora su persona e mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 428; in precedenza, ID., *Persona*, cit., p. 756 s.

[17] V., sempre, LIPARI, *Ancora su persona*, cit., p. 430, il quale rileva che «le tecniche giuridiche non possono essere utilizzate solo per porre barriere, per indicare vincoli, ma anche per costruire risorse». Inoltre, riportando il pensiero di altro autore osserva che «per quanto possa sembrare paradossale, direi che proprio l'ottica del mercato – esprimendosi quale inesorabile riflesso della intersezione tra beni e soggetti – può diventare un opportuno terreno di verifica di come "l'opposizione pubblico-privato, che è una delle più remote e tenaci categorie della mente occidentale, può essere superata in una nuova forma di rappresentazione e di organizzazione della comunità dei cittadini, capaci di legare la quotidianità della vita personale alle scelte del destino collettivo"» (LIPARI, *Persona*, cit., p. 765).

[18] V., tra gli altri, CONTU, *Possibili strumenti di diritto privato nel contrasto alla povertà: alcune riflessioni tra mercato e istanze sociali*, in *Jus civile*, 2021, p. 577, la quale sostiene che «nell'attuale contesto sociale, politico ed economico, la lotta alla povertà e alle diseguaglianze non possa più essere

Anche questa questione, peraltro, rifluisce in una tematica più ampia e generale e tutt'altro che sconosciuta, la quale attiene, in definitiva, alla traduzione sul piano giuridico della c.d. economia sociale di mercato; tematica che evidentemente, in questa sede può essere appena sfiorata nei limiti strettamente funzionali allo sviluppo del ragionamento iniziato[19].

È opinione comune che l'economia sociale di mercato – contemplata espressamente nel Trattato sull'Unione Europea che, all'art. 3, prevede che il mercato interno dell'Unione sia fondato su «un'economia sociale di mercato fortemente competitiva»[20] – abbia come base l'economia di concorrenza e che la sua componente sociale non comporti modifiche a questo modello economico ma, anzi, lo presupponga e richieda che a questo ci si conformi nella realizzazione degli interessi sociali. È stato rilevato, in particolare, che il mutamento rispetto alla prospettiva dirigista che ha connotato il periodo storico precedente, consiste nel «riconoscimento del mercato come principio istituzionale centrale dell'economia e riqualificazione dell'intervento pubblico come diretto principalmente a *dettare regole al mercato* per garantirne correttezza ed efficienza, non a sostituirlo nel ruolo di

demandata solo ai rapporti tra Stato e cittadini, ma coinvolga appieno il sistema delle relazioni di diritto privato, le quali possono anzi divenire prioritarie».

[19] Essendo la letteratura vastissima, ci limitiamo a richiamare lo studio classico di RÖPKE, *La crisi sociale del nostro tempo*, Roma, 1946, *passim*, la recente panoramica di DI NUOSCIO, FELICE, *La democrazia italiana e la "terza via" dell'umanesimo economico*, in *Il Mulino*, 2020, p. 1105 ss. e LUCHENA, *Economia sociale di mercato*, in *Rass. dir. pubb. eur.*, 2020, p. 81 ss. In chiave prettamente storica va segnalato, recentemente, GIORGI-PAVAN, *Storia dello Stato sociale in Italia*, Bologna, 2021, *passim*, ma spec. p. 321 ss. Qualche altro riferimento comparirà nelle note successive.

[20] V., tra i tanti, CAPALDO, *Linee evolutive in tema di soggetti per una società sostenibile*, in *Pers. merc.*, 2020, p. 336 ss.; VETTORI, *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione tra due crisi*, *ivi*, 2011, 1, p. 9 s.; CONTALDI, *Il significato attuale dell'economia sociale di mercato nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2018, p. 1 ss.; MUSTO, *Economia sociale di mercato e Trattato di Lisbona: sintesi critica di un seminario fiorentino*, in *Pers. merc.*, 2, 2011, p. 147 ss.; LUCHENA, *op.cit.*, p. 83 ss. Va, però, segnalata la posizione critica di SOMMA, *Il diritto privato europeo e il quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell'economia del debito*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 126 ss., spec. p. 135, il quale denuncia, al di là dei proclami, l'insufficienza dell'Unione Europea nell'attuazione di un'effettiva economia di mercato definendo una vera e propria "illusione ottica" il fatto che la stessa Unione Europea intendesse mediare tra istanze neoliberali e istanze sociali. Auspica un potenziamento degli obiettivi sociali dell'Unione Europea anche CATERINI, *op.cit.*, p. 39 ss.

guida del processo economico»[21].

Nella nostra prospettiva, come si accennava, il punto più delicato del riferimento a tale teoria politica ed economica consiste nella individuazione delle sue ricadute giuridiche: la sua indubbia indeterminatezza[22] rende, infatti, poco agevole determinare a quali regole e, soprattutto, a quali controlli possa essere assoggettato il mercato, affinché questo possa considerarsi orientato a realizzare e/o tutelare anche interessi della persona e, quindi, possa concretamente costituire una risorsa per il valore fondamentale e unificante che questa esprime; ossia, ricorrendo ad una espressione attualmente molto utilizzata, indirizzato verso la "sostenibilità sociale"[23].

In proposito, reputiamo che il primo passo da compiere, consista nell'escludere che l'iniziativa privata e il mercato possano essere considerati pienamente funzionali, nella prospettiva sociale appena descritta, quando l'intervento pubblico garantisca unicamente la correttezza e l'efficienza del mercato in ordine alla difesa del consumatore e, più in generale, della parte contrattuale debole (cc.dd. regole di concorrenza)[24]. Con riguardo ai mercati regolamentati finanziari [bancario, assicurativo e mobiliare (o finanziario in senso stretto)], sui quali si appunterà tra breve l'attenzione[25], ciò significa che deve essere ritenuta insufficiente la soddisfazione delle esigenze di trasparenza, informazione nonché la correzione delle asimmetrie del potere contrattuale dei soggetti che vi accedono,

[21] MENGONI, *op.cit.*, p. 96, enfasi aggiunta.
[22] Messa in rilievo, tra gli altri, da LIBERTINI, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, in *Orizz. dir. comm.*, 2013, p. 23.
[23] AMOROSINO, *Le regolazioni pubbliche delle attività economiche*, Torino, 2021, p. 3 ss. secondo cui «si suole dire che le nostre sono *economie sociali di mercato*, nelle quali le decisioni pubbliche svolgono il compito essenziale di *correggere* i malfunzionamenti (c.d. fallimenti) dei mercati e delle imprese, allorché ledono gli interessi collettivi e i diritti fondamentali della persona» (enfasi aggiunta). Sul punto cfr., anche, BANI, *Regole di solidarietà e diritto dei mercati*, in PASSALACQUA (a cura di), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, Milano, 2022, p. 157 ss.
[24] Decisamente in tal senso, P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 111, il quale osserva che «regolamentazione e concorrenza non si prospettano come alternative, ma come complementari là dove la *regulation* serve *per garantire non soltanto la concorrenza*, in una pluralità di segmenti di mercato, ma anche valori non riducibili al livello della produzione e del consumo» (corsivo aggiunto). L'insufficienza del mercato concorrenziale è anche recentemente denunciata da AMATO, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, 2022, p. 29 ss., spec. 30, 40.
[25] V. *infra*, par. 4.

affinché detti mercati possano essere ritenuti una risorsa effettiva per la dignità della persona[26]: occorre riconoscere e/o chiedere al mercato e all'iniziativa privata qualcosa di più e, comunque, di diverso[27].

Al riguardo tra i vari atteggiamenti riferibili alla visione più dinamica appena auspicata – ed ampiamente promossa, ad esempio, nell'ambito della tradizione di pensiero dell'economia civile[28] – vanno *in primis* ricordati, su un piano generale, gli enti del Terzo settore, l'associazionismo, l'impresa sociale e l'attività di tutti quei soggetti che in vario modo operano nella direzione di una società più sostenibile[29]. In tale vasto ambito si è, ad esempio, sottolineato il modello dei *cluster* tecnologici, ossia quelle forme aggregative tra attori pubblici e privati, guidati da una cabina di regia, caratterizzate dallo svolgimento di attività ad alto contenuto di innovazione e

[26] Così, MENGONI, *op.cit.*, p. 97.

[27] Osserva AMATO, *op.cit.*, p. 42, su un piano generale che «vi sono situazioni nelle quali anche un mercato concorrenziale può mettere a repentaglio la stessa efficienza oppure altri interessi come la stabilità, la sicurezza, la salute che è indispensabile non siano protetti».

[28] In estrema sintesi e con notevole approssimazione, possiamo rilevare che l'economia civile punta ad un sistema più vicino alla persona, tendente a portare la solidarietà e la società civile all'interno del mercato, includendo in esso, in particolare, le azioni delle organizzazioni sociali intermedie. Ciò porta alla conseguenza concreta di valorizzare ulteriormente – rispetto a quanto avviene nell'ambito dell'economia sociale di mercato – gli apporti del c.d. terzo settore. Su tale teoria economica, cfr. BECCHETTI, BRUNI, ZAMAGNI, *Economia civile e sviluppo sostenibile (Progettare e misurare un nuovo modello di benessere)*, Roma, 2019, e ivi, in particolare, il saggio di ZAMAGNI, *L'economia civile come berillo intellettuale*, p. 69 ss.; BRUNI, ZAMAGNI, *Economia civile (Efficienza, equità, felicità pubblica)*, Bologna, 2004; SANTILLO, *Economia civile, ordoliberismo, economia sociale di mercato: la difficile ricerca di una terza via (Parte prima)*, in *Quad. di econ. soc.*, 2018, p. 7 ss.; GENTILUCCI, *Economia civile ed economia sociale di mercato*, in *Studi econ. e soc.*, 2017, p. 31 ss. spec. p. 49 ss., ove dopo aver messo in evidenza che i due approcci dell'economia civile e dell'economia sociale di mercato hanno in comune la circostanza di poter «essere considerati i complementi "socializzanti" del modello marginalista italiano», vengono compiutamente illustrati i punti di contratto e le divergenze tra gli stessi.

[29] Essendo la letteratura su tale tematica davvero sterminata ci limitiamo a menzionare i soli contributi effettivamente consultati, senza alcuna pretesa di completezza e di organicità. V., CAPALDO, *op.cit.*, p. 334 ss.; CAPRIGLIONE, *Etica della finanza e finanza etica*, Roma-Bari, 1997, p. 103 ss.; FIORENTINI, *Impresa sociale e sussidiarietà (Dalle fondazioni alle spa; management e casi)*, Milano, 2006, *passim*, ma spec. pp. 11 ss., 34 ss., 177 ss.; FERRARESI, *Responsabilità sociale dell'impresa e diritto del lavoro*, Padova, 2012; PERULLI (a cura di), *L'impresa responsabile (Diritti sociali e* corporate social responsability), Macerata, 2007; BICCIATO (a cura di), *Finanza etica ed impresa sociale (I valori come fattori competitivi)*, Bologna, 2000.

fondati sulla ricerca scientifica[30].

Altri fenomeni, meno considerati ma non lontani da tali logiche, sono la farmacia di servizi – caratterizzata dal progressivo passaggio di tale esercizio dal luogo privilegiato di erogazione di farmaci a centro socio-sanitario polifunzionale di prestazioni di servizi alla collettività, tra i quali spicca quello relativo alla cura dei rapporti con il Sistema Sanitario Nazionale[31] – e gli oneri di urbanizzazione, ossia il contributo previsto a carico di chi esegue interventi edilizi[32], mediante il quale viene realizzato un efficace meccanismo di sinergia del pubblico e del privato nel realizzare operazioni idonee a recare benefici anche alla collettività[33].

Gli esempi potrebbero ampliarsi ma non è questa la sede per illustrarli. Interessa, infatti, soprattutto verificare come la teoria economica in oggetto e la tutela della dignità della persona che ne costituisce, come si è detto, una delle espressioni più significative, può declinarsi nei mercati regolamentati finanziari e, segnatamente, in quello assicurativo.

---

[30] V. PAVIONE, *Economia sociale di mercato e nuovi rapporti pubblico-privato*, in *ImpresaProgetto (*Electronic journal of management*)*, 2011, p. 1 ss., spec. p. 7 ss., la quale sottolinea il ruolo dei *cluster* tecnologici quali manifestazioni emblematiche della collaborazione tra pubblico e privato che connota l'economia sociale di mercato.

[31] V. NICOLOSO, *La "farmacia di servizi" nell'area della salute e nell'area del salutare (prima parte)*, in *Rass. dir. farm. sal.*, 2020, p. 771 ss.; ID., *La "farmacia di servizi" nell'area della salute e nell'area del salutare (seconda parte ed epilogo)*, *ivi*, p. 1047 ss.; D'ANDREA, *La Farmacia di servizi arriva alla Corte costituzionale. Nota a Corte cost., sent. n. 66 del 2017*, in *Osservatorio cost.*, 2018, p. 1 ss.

[32] Gli oneri di urbanizzazione si distinguono in oneri di urbanizzazione primaria e secondaria. Gli oneri di urbanizzazione primaria sono relativi ai seguenti interventi: strade residenziali, spazi di sosta o di parcheggio, fognature, rete idrica, rete di distribuzione dell'energia elettrica e del gas, pubblica illuminazione, spazi di verde attrezzato (art. 16, comma 7, d.p.r. 6 gennaio 2001, n. 380). Gli oneri di urbanizzazione secondaria sono relativi ai seguenti interventi: asili nido e scuole materne, scuole dell'obbligo nonché strutture e complessi per l'istruzione superiore all'obbligo, mercati di quartiere, delegazioni comunali, chiese e altri edifici religiosi, impianti sportivi di quartiere, aree verdi di quartiere, centri sociali e attrezzature culturali e sanitarie. Nelle attrezzature sanitarie sono ricomprese le opere, le costruzioni e gli impianti destinati allo smaltimento, al riciclaggio o alla distruzione dei rifiuti urbani, speciali, pericolosi, solidi e liquidi, alla bonifica di aree inquinate (art. 16, comma 8, d.p.r. 380/2001). Sull'argomento, in generale, v. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, VII ed., Milano, 2014, p. 794 ss.

[33] In ordine alla declinazione dell'economia sociale di mercato nell'ambito dell'urbanistica v., per tutti, ESPOSITO, *Urbanistica sociale di mercato*, Bari, 2017, *passim*, ma spec. p. 185 ss., il quale propone la via di un nuovo modello economico-urbanistico caratterizzato dalla transizione dall'urbanistica di mercato, sostanzialmente speculativa, all'urbanistica sociale di mercato, nella quale trova spazio anche l'interesse generale e collettivo.

4. In tale direzione va osservato, per iniziare, che in ambito finanziario assume un significativo rilievo il fenomeno, peraltro di non agevole definizione, della finanza etica e sostenibile, richiamato, su un piano generale, dall'art. 117-*ter* del t.u.f.[34] e, con riguardo specifico alla attività finanziaria delle banche, dall'art. 111-*bis* t.u.b.[35].

Mentre la normativa del mercato finanziario in senso stretto non fornisce – per effetto di una precisa scelta[36] – indicazioni che consentano di stabilire quando un prodotto o un servizio possa essere concretamente qualificato come etico o socialmente responsabile, qualche maggiore informazione, seppure sempre a livello di principio, giunge dalla ricordata disposizione del t.u.b. ove si elencano i caratteri e le attività che dovrebbero qualificare gli operatori bancari della finanza etica e sostenibile: ai sensi dell'art. 111-*bis,* comma 1, t.u.b., sono «operatori bancari di finanza etica e sostenibile le banche che conformano la propria attività ai seguenti principi: *a*) valutano i finanziamenti erogati a persone giuridiche secondo *standard* di *rating* etico internazionalmente riconosciuti, con particolare attenzione all'impatto sociale e ambientale; *b*) danno evidenza pubblica, almeno annualmente, anche via *web*, dei finanziamenti erogati di cui alla lettera *a*), tenuto conto delle vigenti normative a tutela della riservatezza dei dati personali; *c*) devolvono almeno il 20 per cento del proprio portafoglio di crediti a organizzazioni senza scopo di lucro o a imprese sociali con personalità giuridica, come definite dalla normativa vigente; *d*)

[34] Nonché, sul piano delle fonti secondarie, dagli artt. 136 e 137 del Regolamento Intermediari della Consob adottato con delibera n. 20307 del 15 febbraio 2018 (come modificato dalla delibera n. 21755 del 10 marzo 2021).

[35] Sul concetto di finanzia etica v., in luogo di altri, MACCHIAVELLO, *Possono esistere "banche etiche"? La nuova definizione normativa di "operatori di finanza etica e sostenibile" tra interesse sociale, scopo di lucro normativa bancaria post-crisi*, in questa *Rivista*, 2019, p. 189 ss.; COSTI, *Banca etica e responsabilità sociale delle banche*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, p. 165 ss.; SCIARRONE ALIBRANDI- MACCHIAVELLO, Sub *art. 111*-bis, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da Capriglione, Padova, 2018, p. 1644 ss.; RUSSO, *Commento all'art. 111 t.u.b.*, in BONFATTI (a cura di), *Commentario al Testo Unico Bancario. D.lgs. 385/1993*, diretto da Falcone, Pisa, 2021, p. 660 ss.; tra le prime riflessioni sul tema, v. anche CAPRIGLIONE, *Etica della finanza*, cit., p. 142 ss.

[36] V. SCIARRONE ALIBRANDI-MACCHIAVELLO, *op.cit.*, p. 1645 ss., le quali precisano che l'omissione della definizione normativa di finanza etica costituisce l'oggetto di una precisa scelta.

non distribuiscono profitti e li reinvestono nella propria attività; *e*) adottano un sistema di *governance* e un modello organizzativo a forte orientamento democratico e partecipativo, caratterizzato da un azionariato diffuso; *f*) adottano politiche retributive tese a contenere al massimo la differenza tra la remunerazione maggiore e quella media della banca, il cui rapporto comunque non può superare il valore di 5.».

Di notevole rilievo sul piano sociale, inoltre, sempre con riferimento all'attività bancaria, si rivela l'esercizio del microcredito solidale (o a soggetti privati), disciplinato dall'art. 111 t.u.b., ossia il credito concesso a soggetti che risultano normalmente "non bancabili", in quanto si trovano in condizioni di particolare vulnerabilità economica o sociale (art. 111, comma 3)[37].

Si tratta comunque di fenomeni che, per quanto significativi, soprattutto in chiave prospettica, appaiono ancora limitati e soprattutto connotati dalla volontarietà della scelta, laddove per assumere una maggiore efficacia sul piano economico e sociale sarebbe evidentemente necessario sancire l'obbligatorietà, per tutti i soggetti operanti, di alcune connotazioni etiche o, comunque, sostenibili. Va anche ricordato, in proposito, che, nell'ordinamento italiano, l'intervento dello Stato a sostegno di tali iniziative si è sinora limitato alla previsione di vantaggi fiscali[38] senza quindi prevedere altri meccanismi – quali, ad esempio, le sinergie appena ricordate in ambito urbanistico[39] – che, come si è visto, implicano una maggiore collaborazione tra pubblico e privato nella realizzazione di interessi della collettività.

Quantunque solitamente meno considerato nell'ottica che ci riguarda, riteniamo però che debba anche sottolinearsi il rilievo che assume, nei mercati finanziari regolamentati – a partire da quello bancario che risulta il più antico, per

[37] V., tra gli altri, BANI, Sub *art. 111*, in *Commentario al testo unico delle leggi*, cit., p. 1637 ss.; PERNICE, *Commento all'art. 111*-bis *t.u.b.*, in BONFATTI (a cura di), *Commentario al Testo Unico Bancario*, cit., p. 655 ss.; NONNE, *Il microcredito solidale: profili tipologici e proposte disciplinari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, p. 49 ss.
[38] Lo ricordano, tra gli altri, SCIARRONE ALIBRANDI-MACCHIAVELLO, *op.cit.*, p. 1650.
[39] V. *supra*, par. 3.

giungere a quello assicurativo che interessa più da vicino – la predisposizione di un penetrante assetto di vigilanza e di controlli pubblici demandati ad una autorità indipendente; controlli volti a garantire, accanto alla già ricordate tutele dalle asimmetrie informative (trasparenza) e di potere contrattuale, la stabilità del mercato mediante l'imposizione, alle imprese che operano nel settore, dell'osservanza delle regole di sana e prudente gestione[40]. Siffatta condizione di solidità ed efficienza dei mercati medesimi, nell'ottica della protezione dell'utente costituisce, probabilmente, il contributo più incisivo che lo Stato indirettamente offre ai fruitori dei servizi che vengono ivi erogati, facendosi carico dei relativi oneri economici[41]. In altre parole, va rimarcato che la garanzia della solidità delle imprese che operano nei mercati finanziari e che entrano in contatto con gli utenti costituisce, a nostro avviso e per le ragioni che si stanno per illustrare con specifico riguardo al settore assicurativo, un "*quid pluris*" che i mercati finanziari presentano, anche nella prospettiva della tutela della persona, rispetto agli altri mercati.

4.1. Ad un primo esame può riscontrarsi che il settore assicurativo appare ancora distante, almeno sul piano normativo, dalla dimensione etica e solidale che, come appena osservato, ha lambito quello finanziario e bancario[42], quantunque, come si preciserà tra breve, possano intravedersi anche in tale ambito alcuni

[40] Sulla "sana e prudente gestione" e, segnatamente, sullo stretto legame tra il concetto che essa esprime e la stabilità del soggetto vigilato, v., in luogo di altri, PORZIO, *La sana e prudente gestione*, in *Studi per Franco Di Sabato*, I, Napoli, 2009, p. 683 ss., spec. p. 686 e, con particolare riguardo al settore assicurativo, SARTORI, *Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale: il criterio della sana e prudente gestione*, in LANDINI, RUGGIERI (a cura di), *Il mercato assicurativo nell'unitarietà dell'ordinamento giuridico*, Napoli, 2017, p. 259 ss. Il ruolo della clausola generale della sana e prudente gestione è stato, infine, recentemente enfatizzato da SEPE, *Sviluppo, sostenibilità e sana e prudente gestione in ambito finanziario*, in PASSALACQUA (a cura di), *Diritti*, cit., p. 69 ss.

[41] Sottolinea la rilevanza della stabilità perseguita anche tramite l'istituzione delle Autorità indipendenti, AMATO, *op.cit.*, spec. pp. 48 e 76. Inoltre AMOROSINO, *op.cit.*, p. 4; recentemente CIAN, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Diritto commerciale*, IV, *Diritto del sistema finanziario*, Milano, 2020, p. 4.

[42] Può essere significativo ricordare, al riguardo, che le imprese di assicurazione, contemplate originariamente dall'art. 117-*ter* t.u.f., sono state successivamente espunte dall'art. 2, comma 8, del d.lgs. 21 maggio 2018, n. 68.

significativi spiragli soprattutto di impulso europeo e soprattutto a livello di *soft law*[43].

Ciò nonostante, tale mercato si è comunque rivelato un terreno assai fertile per l'operatività di strumenti privati che coadiuvano l'intervento diretto dello Stato nella tutela della dignità della persona. Ciò riteniamo che sia emerso con particolare riguardo a tre ambiti di intervento delle imprese di assicurazione, in ragione della particolare pregnanza degli interessi della persona che trovano ivi espressione: la previdenza complementare, la sanità integrativa e la copertura del rischio di non autosufficienza della persona[44].

Il sistema della previdenza complementare sin dalle sue prime manifestazioni più embrionali è immediatamente, apparso agli osservatori più attenti[45], come una delle manifestazioni più paradigmatiche della sinergia tra pubblico e privato, o, se si preferisce, di connubio tra intervento statale e mercato, nella realizzazione di interessi sociali di carattere prioritario (art. 38, comma 2, Cost.). In tale ambito si è, infatti, fatto ricorso a soggetti privati, quali i fondi pensione e le imprese di assicurazione, per consentire, con il ricorso a modelli negoziali di varia natura[46], la piena soddisfazione di quei bisogni relativi alla vita umana – riconducibili alle cc.dd. esigenze previdenziali in senso stretto[47] – che altrimenti, ossia sulla base del solo regime della previdenza pubblica obbligatoria, non sarebbe possibile garantire *in*

[43] V., per tutti, CERINI, From "green" to "blue"*: l'assicurazione tra sostenibilità e mercato*, in *Ass.*, 2022, p. 9 ss.

[44] Su un piano generale, la funzione sociale svolta delle assicurazioni private è stata autorevolmente rimarcata da COTTINO [*L'assicurazione tra passato e presente*, in IRRERA, *L'assicurazione. L'impresa e il contratto*, in *Trattato dir. comm.* diretto da Cottino, II ed., Padova, 2011, p. XX (dell'introduzione)] nonché chiaramente affermata dalla Suprema Corte (Cass., 30 dicembre 2011, n. 30174, in *Ass.*, 2012, p. 313). Nei tre ambiti appena evocati, tuttavia, riteniamo che essa emerga in modo particolare.

[45] V. MENGONI, *op.cit.*, p. 139.

[46] Sui caratteri di tali figure, cfr. CORRIAS, RACUGNO (a cura di), *Previdenza complementare ed imprese di assicurazione*, Milano, 2010; CORRIAS, *Le assicurazioni sulla vita*, in *Trattato dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, già diretto da Mengoni e Schlesinger, continuato da Roppo e Anelli, Milano, pp. 39 ss., 113 ss.; per ulteriori approfondimenti, CAMEDDA, *I contratti di assicurazione della previdenza complementare (Nel diritto interno e nella prospettiva comparatistica)*, Napoli, 2018.

[47] Sulla distinzione tra funzione previdenziale generica e specifica sia consentito un rinvio a CORRIAS, *Contratto di capitalizzazione e attività assicurativa*, Milano, 2011, p. 83 ss.; spec. p. 93 ss.

toto.

Analogo discorso può essere fatto con riguardo all'ambito, sinora meno sviluppato e, inoltre, regolamentato in modo più disordinato, della sanità integrativa[48]. I fondi integrativi del sistema sanitario, infatti, operano in aggiunta alla sanità pubblica (Servizio Sanitario Nazionale – SSN), al fine di potenziare l'erogazione di trattamenti e prestazioni sanitarie generalmente non compresi nei livelli uniformi ed essenziali di assistenza della sanità statale[49]. Anche in questo caso v'è, dunque, la necessità di sopperire all'insufficienza delle prestazioni che lo Stato è in grado di erogare ai propri utenti in settori che investono con particolare pregnanza i diritti fondamentali della persona. A differenza di ciò che si è appena detto per la previdenza complementare, tuttavia, i controlli su tale attività sono meno organici e, probabilmente, meno efficaci e pervasivi[50].

Infine, sempre nell'ambito della appena evocata tutela della salute, va collocato il terzo fenomeno, purtroppo dirompente, che sta interessando sempre maggiormente la popolazione dei paesi europei – e in particolare quella italiana – in ragione del basso tasso di natalità, dell'elevata aspettativa di vita e dei mutamenti demografici e sociali riscontrabili in questo momento storico: la non autosufficienza della persona, ossia la sua incapacità di compiere autonomamente gli atti quotidiani di vita. In proposito va preliminarmente ricordato che, trattandosi di interessi di grande rilevanza sociale e quindi di indubbia connotazione pubblica, a favore del soggetto privo di autonomia sono previste varie forme di assistenza socio-sanitaria a

[48] V., in particolare, CUSA, *Sanità integrativa*, welfare *aziendale ed economia sociale*, in *Orizz. dir. comm.*, 2021, p. 867 ss.
[49] Cfr. PIRAS, *I prodotti della sanità integrativa*, in CORRIAS, PIRAS, RACUGNO (a cura di), *Diritto alla salute e contratto di assicurazione*, Napoli, 2019, p. 307 ss.; EAD., *Fondi sanitari integrativi e società di mutuo soccorso: le nuove frontiere della sanità*, in *Resp. civ. e prev*., 2016, p. 1870 ss.; SQUEGLIA, *La "previdenza contrattuale". Un modello di nuova generazione per la tutela dei bisogni previdenziali socialmente rilevanti*, Torino, 2014, p. 85 ss.; LEMMA, *Fondi sanitari integrativi tra gestione del rischio e risparmio*, in questa *Rivista*, 2015, p. 54 ss.
[50] V., ancora, SQUEGLIA, *op.cit.*, p. 88; ampiamente, ROMAGNOLI, *I soggetti e la vigilanza nella sanità integrativa*, in CORRIAS, PIRAS, RACUGNO (a cura di), *op.cit.*, p. 323 ss., spec. p. 330 ss.

livello centrale, regionale e comunale[51] e sono incoraggiate e sostenute varie modalità di assistenza privata tra le quali si staglia quella svolta dai familiari (cc.dd. *caregivers* familiari[52]). L'indiscussa insufficienza di tali misure[53] fa emergere, nel contesto di una auspicata riforma organica della materia[54], il rilievo davvero centrale suscettibile di essere assunto dallo strumento assicurativo, ossia dalle polizze contro il rischio di non autosufficienza – anche note come polizze *Long Term Care* – previste dal ramo IV vita, dell'art. 2, comma 1, c. ass.[55]. Esso, infatti, può essere valorizzato ulteriormente rispetto alla sua attuale utilizzazione purché si provveda a (*i*) promuovere l'educazione finanziaria ed assicurativa, sottolineando l'importanza di questi strumenti per far fronte al rischio di non autosufficienza sia presso la popolazione, sia presso le imprese[56]; (*ii*) incentivare maggiormente il ricorso agli stessi mediante il rafforzamento dei benefici fiscali nella prospettiva sia degli aderenti che delle imprese – in qualità di datori di lavoro – per ciò che riguarda la

[51] Sulla tutela del soggetto non autosufficiente nel contesto dell'ordinamento nazionale, si rinvia, tra tutti, a RESCIGNO, *Anziani cronici non autosufficienti, doveri della famiglia ed obblighi delle istituzioni (Premesse civilistiche)*, in *Dir. fam. pers.*, 1993, p. 1174 ss.; ORRÙ, *La cura e l'assistenza all'anziano non autosufficiente da parte del* caregiver *familiare fra diritti fondamentali ed effettività di tutela*, in CORRIAS, PIRAS (a cura di), *I soggetti vulnerabili nell'economia, nel diritto e nelle istituzioni*, Napoli, 2021, spec. p. 79 ss. Per una compiuta descrizione delle misure predisposte a sostegno del soggetto non autosufficiente, si veda, in luogo di altri, CONFORTI-TAFARO-BORRILLO, *La definizione di non autosufficienza*, in *Quaderno di approfondimento 2018. Le sfide della non autosufficienza. Spunti per un nuovo disegno organizzativo per la copertura della non autosufficienza*, p. 20 ss., consultabile sul sito *www.itinerariprevidenziali.it*.

[52] Sul ruolo dei *caregivers* familiari, che prestano attività di assistenza in modo volontario ed a titolo gratuito a tutela del soggetto non autosufficiente, si richiama ORRÙ, *op.cit.*, spec. p. 78 ss.

[53] Cfr., in luogo di altri, ATTI, *Per una politica nazionale per la non autosufficienza*, in *Riv. pol. soc.*, 2017, p. 183 ss.; GORI, *L'età dell'incertezza delle politiche per gli anziani non autosufficienti*, *ivi*, 2017, p. 165 ss.

[54] Sul punto cfr. il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) in cui si promuove una riforma organica della materia da realizzarsi entro la fine di questa legislatura (2018-2023).

[55] Cfr., recentemente, PES, *L'assicurazione contro il rischio di non autosufficienza nel sistema delle assicurazioni della salute*, in *Ass.*, 4, 2021, p. 595 ss., la quale evidenzia il rilievo sempre maggiore che sta assumendo l'assicurazione contro il rischio di non autosufficienza nel mercato assicurativo italiano, soffermandosi sulla qualificazione della figura. In precedenza, FERRARI, *Le assicurazioni contro il rischio di non autosufficienza*, in CORRIAS, PIRAS, RACUGNO (a cura di), *op.cit.*, p. 237 ss.; GREMIGNI FRANCINI, *Assicurazioni sanitarie e prestazioni diretta di assistenza: il caso delle polizze* long-term care, in CORRIAS, RACUGNO (a cura di), *Prestazioni di* facere *e contratto di assicurazione*, Milano, 2013, p. 39 ss.

[56] BARAZZETTA, *Il mondo assicurativo. Prestazioni, sinergie e prospettive in un'ottica di secondo* welfare, in MAINO-FERRERA (a cura di), *Terzo Rapporto sul secondo* welfare *in Italia 2017, Centro di Ricerca e Documentazione Luigi Einaudi*, Torino, 2017, p. 68 ss.

contribuzione previdenziale; (*iii*) coinvolgere in maniera più significativa anche i soggetti diversi dall'interessato – quali *in primis* i datori di lavoro, nella appena ricordata ottica dei benefici fiscali – e, in ultima analisi, lo stesso Stato, nella condivisione dei costi delle polizze.

In tutti gli ambiti menzionati, l'efficacia del mercato assicurativo nella soddisfazione degli interessi sociali è resa concretamente possibile dal sostegno dello Stato che si manifesta fondamentalmente in due modi.

In primis, con la previsione di considerevoli incentivi fiscali essendo noti i vantaggi sotto tale profilo previsti nei confronti di tutte le forme di previdenza complementare sin dall'avvento di tali modelli, i quali si sono gradualmente ampliati ed estesi interessando tanto i lavoratori quanto i datori di lavoro[57]. Benefici altrettanto significativi sono riscontrabili sia nella sanità integrativa[58] che nelle assicurazioni contro il rischio di non autosufficienza[59].

In secundis, va rimarcata, anche nello specifico ambito assicurativo, l'estrema importanza della predisposizione, da parte dello Stato, di un assetto di controlli che garantisce o, quantomeno, dovrebbe garantire, la solidità delle imprese che vi operano. Questa, infatti, consente agli utenti di destinare con tranquillità e sicurezza le proprie risorse alla soddisfazione degli interessi di natura sociale – ossia alla previdenza complementare, alla sanità integrativa e alla copertura dal rischio di non autosufficienza – appena rilevati e, quindi, in definitiva, di realizzare concretamente questi ultimi in modo più efficiente e allo stesso tempo più conveniente dal punto di vista economico di quanto sarebbe possibile realizzarli tramite il ricorso a strumenti diversi da quello assicurativo.

In proposito va sottolineato che la professionalità delle imprese di

[57] Il punto è pacifico. V., comunque, in luogo di altri, SQUEGLIA, *op.cit.*, p. 31 ss. Per un approfondimento, quantunque non recente, cfr. MARCHETTI, *La previdenza privata nel sistema delle imposte sui redditi*, Padova, 1989, p. 39 ss.
[58] V. ancora, SQUEGLIA, *op.cit.*, p. 87 ss.
[59] Lo segnala, chiaramente PES, *op.cit.*, p. 603 ss.

assicurazione – e/o degli altri soggetti abilitati ad operare in ambito previdenziale e della sanità integrativa – quali gestori specializzati (*id est*: investitori) nel mercato finanziario, dei capitali a loro conferiti dagli assicurati nel periodo che si protrae dalla loro acquisizione alla erogazione delle prestazioni – previdenziali, sanitarie o, comunque, assicurative – promesse, favorisce o dovrebbe favorire una *performance* – sotto il profilo della qualità della prestazione per gli utenti – particolarmente elevata in ragione, appunto, dei vantaggi economici che ci si aspetta che derivino da un adeguato impiego delle risorse nel mercato finanziario. Tale profilo è stato ben colto, con riguardo specifico alla previdenza complementare, da uno dei massimi studiosi della materia previdenziale allorquando ha rilevato che «nei regimi a contribuzione definita, per garantire il valore del capitale accumulato sui conti individuali e per consentirne l'accrescimento, non resta che *il ricorso*, *pur con tutte le necessarie cautele al mercato finanziario*»[60]. Il ricorso al mercato finanziario insito nel meccanismo assicurativo, cioè, dovrebbe costituire lo strumento che consente agli utenti di avere le prestazioni "migliori" in relazione all'esborso effettuato.

Tale gestione specialistica, del resto, dovrebbe consentire anche alle imprese di guadagnare significativamente dall'attività di intermediazione finanziaria posta in essere, non solo acquisendo il corrispettivo di siffatta attività di gestione, ma anche trattenendo parte dei risultati della stessa, nel caso in cui questi siano particolarmente positivi e, quindi, superino il costo delle prestazioni dovute all'utente[61].

[60] PERSIANI, *La previdenza complementare tra iniziativa sindacale e mercato finanziario*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 721 ss., enfasi aggiunta.

[61] In ordine a quest'ultimo aspetto è appena il caso di precisare che le imprese di assicurazione effettuano abitualmente la gestione di risorse nel mercato finanziario nel contesto dell'ordinario esercizio dell'attività assicurativa, in quanto, successivamente alla stipulazione dei contratti con gli assicurati esse devono investire i premi ricevuti dall'assicurato, ossia svolgere quella particolare attività definita, sul piano tecnico, investimento degli attivi a copertura delle riserve tecniche (art. 38 c. ass.). Ebbene da una gestione corretta e professionale di tali risorse – ossia dalla attività di intermediazione finanziaria – esse ricavano notevoli guadagni ulteriori rispetto a quelli derivanti dalla parte di premio che viene trattenuto quale corrispettivo dell'attività svolta (c.d. caricamento). V. CASTELLANO-COSTI, *Attività bancaria e attività assicurativa nell'intermediazione finanziaria*, in NIGRO, VOLPE PUTZOLU (a cura di), *Profili di concorrenza ed integrazione fra attività bancaria*

Ebbene questo assetto, vantaggioso sia per gli utenti che per le imprese, è reso possibile, come anticipato, dal sistema di controlli – previsto e assicurato dallo Stato – volto a perseguire la sana e prudente gestione delle imprese che operano nel settore[62]. Tale sistema, dunque, può essere considerato il perno della sinergia tra pubblico e privato nella realizzazione di interessi primari; l'elemento che, in definitiva, consente al contratto di assicurazione di rappresentare un efficace strumento privato di *Welfare State*[63].

Questo non significa, ritornando a quanto rilevato in apertura del paragrafo, che, allo stato, il modello assicurativo si riveli del tutto appagante in relazione alla realizzazione degli interessi sociali e solidaristici emergenti. Sarebbe invece necessario che l'economia sociale di mercato o, per usare una terminologia più moderna, la sostenibilità sociale in ambito assicurativo, potesse svilupparsi e trovare ulteriori e maggiori espressioni.

In particolare, sarebbe auspicabile, nella direzione di una più pregnante valorizzazione della persona, che le imprese di assicurazione, al fine di preservare ed innalzare il proprio capitale reputazionale, incrementassero il profilo della sostenibilità sociale non solo in qualità di investitori istituzionali, destinando i capitali raccolti dagli assicurati in attività socialmente rilevanti e/o sostenibili dal punto di vista ambientale e sociale, ma anche come veri e propri assuntori di rischio; ossia con l'offerta di prodotti ad alto contenuto sociale idonei a soddisfare le esigenze di anziani, disabili e altri soggetti deboli e/o emarginati, solitamente considerati come

ed assicurativa, Milano, 1985, p. 3 ss., spec. p. 8 ss., i quali sottolineano che la raccolta sistematica di disponibilità presso gli assicurati e il trasferimento delle stesse presso operatori economici in disavanzo, ossia il *quid* che caratterizza l'attività di intermediazione, è svolta costantemente dalle imprese di assicurazioni non solo nei contratti dei rami vita ma anche nelle assicurazioni contro i danni.

[62] Tra coloro che enfatizzano, condivisibilmente, su un piano generale il ruolo del controllo al fine del funzionamento del mercato, v. P. PERLINGIERI, *Diritto dei contratti e dei mercati*, in CORRIAS (a cura di), Liber amicorum *per Angelo Luminoso*, *Contratto mercato*, I, Milano, 2013, p. 287 ss.

[63] In tal senso v., in luogo di altri, BARAZZETTA, *op.cit.*, p. 67 ss.

clienti scarsamente appetibili[64].

Per quanto in ritardo[65], si dovrebbe quindi imboccare anche in ambito assicurativo la strada seguita – sinora più risolutamente, almeno sul piano normativo – nel settore bancario con la ricordata previsione del microcredito *ex* art. 111, comma 3, t.u.b. che, come ricordato, agevola l'erogazione del credito a persone fisiche – solitamente escluse dalla stessa – in condizioni di particolare vulnerabilità economica o sociale. Tutto ciò a condizione che siffatta offerta di prodotti ad impatto sociale non incida con l'osservanza delle regole di sana e prudente gestione e, per altro verso, risulti appetibile anche per l'impresa, con vantaggi ulteriori rispetto a quelli meramente reputazionali.

In proposito inducono ad un cauto ottimismo in quella direzione, la presenza di alcune indicazioni in tal senso, seppure ancora troppo deboli, a livello legislativo.

In *primis*, la previsione della non rescindibilità[66] delle polizze contro le malattie gravi ed il rischio di non autosufficienza[67] e di quelle della responsabilità sanitaria[68].

---

[64] V., in tal senso, CERINI, *op.cit.*, p. 29 s. Va anche ricordato, in proposito, l'art. 25 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persona con disabilità che, alla lett. (*e*), impone agli Stati parti di «vietare nel settore delle assicurazioni le discriminazioni a danno delle persone con disabilità, le quali devono poter ottenere, a condizioni eque e ragionevoli, un'assicurazione per malattia e, nei paesi nei quali sia consentito dalla legislazione nazionale, un'assicurazione sulla vita». V., al riguardo, SANTOVITO-BOSCO-POLOTTI DI ZUMAGLIA, *Assicurazioni malattia e vita: la nuova frontiera posta dall'art. 25 dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità*, in *Ass.*, 2021, p. 193 ss.

[65] Come è avvenuto per la predisposizione di un adeguato assetto di regole sulla trasparenza, dovendosi ricordare che i contratti assicurativi si sono trovati in una condizione arretrata rispetto a quelli bancari e (strettamente) finanziari, con riguardo ai quali il legislatore settoriale è intervenuto ampiamente negli anni '90 del secolo scorso (nel 1992 in quello bancario con la legge 17 febbraio 1992, n. 154, confluita l'anno successivo nel t.u.b. e, nel 1998, in quello mobiliare, con l'emanazione del t.u.f.). In ambito assicurativo, quantunque non mancasse qualche sporadica disposizione nella normativa settoriale primaria e secondaria, questi interventi erano sicuramente insufficienti a fondare una disciplina con un minimo di organicità specie se messa a confronto con l'ampia e completa normativa contenuta negli altri due testi normativi del mercato finanziario. Cfr., in luogo di altri, ALPA, *La "trasparenza" del contratto nei settori bancario, finanziario ed assicurativo*, in *Giur. it.*, 2, II, 1992, c. 409; ID., *Quando il segno diventa comando: la "trasparenza" dei contratti bancari, assicurativi e dell'intermediazione finanziaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 475.

[66] Il rilievo sul piano sociale dei limiti al recesso dalle polizze della salute è enfatizzato, tra gli altri, da MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, II, Milano, 2008, p. 1627.

[67] Art. 2, comma 1, c. ass.; artt. 7 e 8, comma 1, Regolamento ISVAP, 16 marzo 2009, n. 29.

Ciò dovrebbe indurre, anche al di fuori da tale stretto ambito, quantomeno a interpretare in senso restrittivo e, comunque, a favore dell'utente le polizze che prevedono recessi o clausole che limitano o rendono più difficoltoso l'esercizio dei diritti[69].

In secundis, nel ristretto ambito delle assicurazioni della responsabilità civile obbligatorie, è previsto, come noto, un significativo istituto volto a porre a carico delle imprese che stipulano tali polizze i costi necessari per soddisfare esigenze solidaristiche: si tratta dei Fondi di garanzia istituiti a tutela dei terzi, suscettibili di subire danni per alcune attività pericolose, nelle ipotesi in cui le polizze, per varie ragioni, non possano garantire la copertura. La legge, infatti, dispone che le imprese autorizzate all'esercizio delle assicurazioni per la responsabilità civile per i danni causati *(i)* dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti (art. 285, comma 3, c. ass.), *(ii)* dall'attività venatoria (art. 303, comma 3, c. ass.) e, recentemente, *(iii)* dall'esercizio dell'attività sanitaria (art. 14, comma 1, l. 24/2017 – c.d. Legge Gelli), sono tenute a versare annualmente alla CONSAP un contributo commisurato al premio incassato per ciascun contratto in adempimento dell'obbligo di assicurazione. Anche nel settore assicurativo, dunque, seppure in un ambito assai circoscritto, è

[68] V. artt. 5 e 5-*bis* dello schema di regolamento di attuazione *ex* art. 10, comma 6, legge n. 24/2017 (c.d. legge Gelli), approvato in Conferenza Stato-Regioni (*recante la determinazione dei requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private e per gli esercenti le professioni sanitarie, i requisiti minimi di garanzia e le condizioni generali di operatività delle altre analoghe misure, anche di assunzione diretta del rischio e le regole per il trasferimento del rischio nel caso di subentro contrattuale di un'impresa di assicurazione, nonché la previsione nel bilancio delle strutture di un fondo rischi e di un fondo costituito della messa a riserva per competenza dei risarcimenti relativi ai sinistri denunciati, in attuazione dell'art. 10, comma 6, della legge 8 marzo 2017, n. 24*).

[69] V., in tal senso, Cass., 23 settembre 2021, n. 25849, in *Ass.*, 2022, p. 155 ss., la quale ripropone la massima consolidata, secondo cui «nell' interpretazione del contratto di assicurazione, che va redatto in modo chiaro e comprensibile, il giudice non può attribuire a clausole polisenso uno specifico significato, pur teoricamente non incompatibile con la loro lettera, senza prima ricorrere all'ausilio di tutti i criteri di ermeneutica previsti dagli artt. 1362 e ss. c.c., e, in particolare, a quello dell'interpretazione contro il predisponente di cui all'art. 1370 c.c.» (per riferimenti sul punto v. FACCIOLI, *L'*interpretatio contra stipulatorem *(art. 1370 c.c.) del contratto di assicurazione*, *ivi*, p. 158 ss.). Con riferimento specifico al principio di dignità, v. SCALISI, *op.cit.*, p. 57 ss., il quale invita a considerare lo stesso il principio come il parametro di riferimento per individuare la regola giuridica più appropriata in caso di pluralità di opzioni interpretative.

previsto un onere per l'esercizio dell'attività, volto a perseguire finalità sociali.

Infine, va ricordato che nel comparto della salute, la funzione sociale del contratto assicurativo è sollecitata dall'attuale e dirompente fenomeno della digitalizzazione sanitaria[70] che sta permeando anche il mercato assicurativo. Si assiste, infatti, al graduale diffondersi di polizze della salute digitali (c.d. *Digital Health Insurance*[71]) nell'ambito delle quali l'impresa si impegna ad erogare – accanto alla prestazione assicurativa principale – servizi accessori di cura e assistenza della persona connotati dalla componente digitale: segnatamente, tramite la messa a disposizione di dispositivi *wearables* o *wireless* oppure la fornitura di servizi di telemedicina e *home-care*, l'impresa è in grado di monitorare e assistere l'assicurato e di rimodulare i premi a seconda della condotta più o meno virtuosa dello stesso, così incentivando stili di vita sani e prevenendo l'insorgere di patologie[72]. Le assicurazioni digitali della salute spiegano, quindi, finalità ulteriori – appunto, di estrema valenza sociale – rispetto a quelle tradizionalmente perseguite, con notevoli benefici sia sul piano individuale – grazie ad una più efficiente gestione delle condizioni di salute dell'utente – che sul fronte collettivo, ponendosi quali validi strumenti integrativi rispetto al SSN nonché di ausilio per i cc.dd. *caregivers***.**

5. Alla questione, posta in principio e relativa alla possibilità di considerare il

[70] Come noto, l'innovazione digitale in campo medico costituisce oggetto di massimo interesse e di cospicui investimenti da parte delle Istituzioni nazionali e sovrannazionali. Si veda, in particolare, l'attenzione riservata al fenomeno nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e, sul piano europeo, nel Regolamento (UE) 2021/522 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 24 marzo 2021 *che istituisce un programma d'azione dell'Unione in materia di salute per il periodo 2021-2027 («programma UE per la salute»*) (EU4Health) *e che abroga il regolamento (UE) n. 282/2014*, in *https://eur-lex.europa.eu/*.

[71] V. IVASS, *Analisi* trend *prodotti assicurativi-Le nuove polizze sulla salute: la* Digital Health Insurance, Roma, 18 settembre 2016, in *www.ivass.it*; CAMEDDA, *Sanità digitale e contratto di assicurazione: un nuovo connubio*, in CORRIAS, PIRAS, RACUGNO (a cura di), *op.cit.*, p. 341 ss.; BATTELLI, Insurtech *ed evoluzione dell'offerta di polizze sanitarie: tra innovazione tecnologica e nuovi servizi assicurativi in campo medico*, in *Contr. e impr.*, 1, 2022, p. 52 ss., spec. p. 70 ss.; PES, *op.cit.*, p. 628 ss.

[72] V. ampiamente CAMEDDA, *op.ult.cit.*, p. 348 ss., la quale illustra l'eterogeneità dei servizi offerti nelle polizze digitali della salute, soffermandosi sulle esternalità positive nonché sulle problematiche giuridiche sottese al fenomeno.

mercato di ausilio alla persona riteniamo che possa, dunque, rispondersi in senso positivo, rilevando che i mercati orientati e controllati dal diritto nel senso precisato e con le prospettive declinate possano essere considerati alla stregua di una risorsa – e non una di possibile insidia – per la tutela del soggetto vulnerabile e, quindi, per difesa della dignità della persona; purché però venga capovolta definitivamente la logica nella quale a lungo si è considerato il rapporto tra persona e mercato e che, come si ricorderà, vedeva nel secondo un male, necessario, ma pur sempre un male.

Paoloefisio Corrias

Ordinario di Diritto dell'economia

nell'Università degli Studi di Cagliari

COME GOVERNARE LA TRANSIZIONE NEL E DEL MERCATO *

(*How to govern the transition in and of the market)*

ABSTRACT: *When we speak of transition we refer to a turning point, to a change that a system faces either to radically alter the assets that had characterised it up to that moment, or to achieve a conversion and revision of the same while maintaining the original structure. These are often foreseen or unpredictable, local or planetary situations and events that trigger a series of reactions to manage these disturbing phenomena in a reasoned manner, aiming at a systematisation for the future. The path to transition is a long one and intersects with further requirements such as ensuring fair working conditions, promoting equality with a focus on women and people with disabilities as well as people from third countries who have difficulties integrating into society and the world of work, social protection and social integration in the sense of finding solutions to counter the new vulnerabilities that transitions bring, the fight against poverty (mentioned above) and the promotion of European values as well as cooperation and dialogue at all levels. The reflection, which is not intended to exhaust the vastness of the theme, dwells on some of the implications that the transition (in its different representations - from digital to environmental ...) is destined to have on and in the market, dwelling on the impact on families as well, questioning what behaviour the market should and could put in place to respond to the need to manage the phenomena that are affecting it from within.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Cosa si intende per transizione e a quali ambiti facciamo riferimento: climatica, digitale. – 3. La transizione e la sfida demografica e il contrasto alla povertà. – 4. La

*Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio.
Alla prof.ssa Elisabetta Bani è attribuibile il paragrafo 5, mentre alla prof.ssa Elena Signorini sono attribuibili i paragrafi 1, 2, 3, 4 e 6.

transizione digitale. – 5. La transizione e la garanzia dei diritti delle famiglie. – 6. Considerazioni conclusive: l'aspetto etico della transizione.

1. Quando si parla di transizione si fa riferimento ad una svolta, ad un cambiamento che un sistema affronta o per mutare radicalmente gli *asset* che sino a quel momento l'avevano contraddistinto, o per pervenire ad una conversione e revisione del medesimo pur mantenendo la struttura originaria.

Si tratta spesso di situazioni ed eventi previsti o imprevedibili, locali o planetari che attivano un serie di reazioni per gestire in maniera ragionata questi fenomeni di disturbo, ambendo ad una sistematizzazione per il futuro. Queste riflessioni, che non pretendono di esaurire la vastità del tema, vorrebbero soffermarsi su alcune delle implicazioni che la transizione (nelle sue differenti rappresentazioni – dal digitale, all'ambientale (…)) è destinata ad avere sul e nel mercato, interrogandosi su quali comportamenti il mercato dovrebbe e potrebbe mettere in atto per rispondere alle esigenze di gestione dei fenomeni che lo stanno interessando dall'interno.

2. Il tema viene analizzato di concerto con l'intento europeo di rafforzare l'Europa sociale avviando progetti che consentano di progredire verso il pieno rispetto degli obiettivi di sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite[1]. Al riguardo merita richiamare la Comunicazione che la Commissione ha elaborato il 14 gennaio 2020 dal titolo «*Un'Europa sociale forte per transizioni giuste*» (COM(2020)0014)[2] seguita dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 17 dicembre 2020 su un'«*Europa sociale forte per transizioni giuste*» (2020/2084(INI))[3]. Tratto comune di questi documenti è

[1] Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni, *Un'Europa sociale forte per transizioni giuste*, 14 gennaio 2020, COM (2020) 14 Final, in *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/DOC/? uri=CELEX:52020DC0014&from=it*.

[2] *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0014*.

[3] *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52020IP0371* Nel 2020 la Risoluzione del 17 dicembre tratteggia le strategie intraprese dall'UE per «*una transizione verso un'economia a*

la ricerca e l'ideazione di una transizione che sia equa, adeguata, riferita sia al profilo della «*giusta transizione della forza lavoro e la creazione di posti di lavoro dignitosi e di qualità in linea con le strategie e le priorità di sviluppo definite a livello nazionale*»[4], sia a quella a cui faceva già riferimento l'accordo di Parigi raggiunto dalla COP21 del 2015[5] che si poneva quale obiettivo la transizione climatica giusta ed equa in tutto il mondo[6]. Tale connotazione si trova precisata nel preambolo di tale accordo ove si teneva conto degli imperativi di una giusta transazione che fosse efficiente in termini di costi, socialmente equilibrata ed equa, tenendo conto delle diverse situazioni nazionali[7], una transizione verso economie sostenibili, resilienti ai cambiamenti climatici e a basse emissioni di gas a effetto serra[8] ed una transizione mondiale verso l'energia pulita[9].

Per far fronte a tali istanze la strategia messa in atto ha visto l'intensificazione

basse emissioni di carbonio, climaticamente neutra, efficiente sotto il profilo delle risorse e circolare, che deve garantire i massimi livelli di giustizia sociale, aumentando il benessere, il progresso sociale, la sicurezza, la prosperità, l'uguaglianza e l'inclusione, senza lasciare indietro nessuno; ritiene che lo sviluppo sostenibile sia profondamente radicato nel progetto europeo e nei valori europei e che la sostenibilità sociale sia un prerequisito fondamentale per realizzare le transizioni verde, digitale e demografica in maniera equa e inclusiva; insiste sul fatto che, per ridurre le disuguaglianze, tali processi devono essere inquadrati in una transizione che possa offrire opportunità sociali e prosperità condivisa; sottolinea che la giustizia sociale, un lavoro dignitoso con salari di sussistenza, pari opportunità, una mobilità equa e sistemi di previdenza sociale solidi sono elementi essenziali della transizione giusta verso un'Europa sostenibile e sociale».

[4] Al punto 12 la Risoluzione del 2020 citata mette in evidenza i cambiamenti che la transizione giusta comporta nel mercato del lavoro e nella distribuzione dei nuovi posti di lavoro verdi; invita la Commissione e gli Stati membri a sviluppare strategie per garantire l'accesso delle donne ai nuovi posti di lavoro verdi e ridurre il divario di genere a livello occupazionale nel settore delle energie rinnovabili.

[5] *https://www.consilium.europa.eu/it/policies/climate-change/paris-agreement/*.

[6] *COP26 sul clima: il Consiglio definisce la posizione dell'UE in vista del vertice*, in *https:// www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2021/10/06/council-sets-eu-s-position-for-cop26-climate-summit/*.

[7] Consiglio europeo, 12-13 dicembre 2019, in *https://www.consilium.europa.eu/it/meetings/ european-council/2019/12/12-13/*.

[8] *https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/11/10/conclusions-climate-finance/*.

[9] *Conclusioni del Consiglio europeo in merito all'accordo di Parigi sui cambiamenti climatici*, 22.6.2017.

dei flussi di finanziamento globali verso investimenti sostenibili e verdi[10] destinati ad accelerare l'attuazione delle azioni ed iniziative concordate nella conferenza sul clima COP 26.

Di transizione in più occasioni ha parlato anche l'Organizzazione del lavoro che attraverso la Convenzione sull'ispezione del lavoro del 1947 (n. 81), la dichiarazione per il centenario dell'OIL del 2019 ha identificato gli orientamenti dell'Organizzazione per l'attuazione di una transizione giusta verso economie e società ecologicamente sostenibili per tutti.

Il tema dell'economia digitale e della transizione sostenibile è altresì strettamente legato a quello delle condizioni in cui si trovano particolari regioni europee in cui si registrano livelli elevati di povertà ed esclusione per il cui superamento «*sono necessari misure e investimenti decisivi per una rapida ripresa, che dovrebbe concentrarsi sulla mitigazione degli effetti economici e sociali della pandemia, riavviare l'attività economica, favorire lo sviluppo sostenibile, la transizione verde e la trasformazione digitale nonché attuare i principi del pilastro europeo dei diritti sociali al fine di realizzare stati sociali più efficaci e più forti*» (Considerando D)[11].

Per affrontare questi grandi cambiamenti si è avviato un percorso verso una crescita sostenibile, un'occupazione di qualità che vanti un solido sistema di protezione sociale con l'obiettivo di dar vita ad un'Europa competitiva sul piano internazionale oltre che socialmente forte.

Il tema della transizione legata al lavoro è anche al centro della Risoluzione del Parlamento Europeo del 16 settembre 2021 su condizioni di lavoro eque, diritti e

[10] *Diplomazia climatica: le conclusioni del Consiglio invitano ad accelerare l'attuazione dei risultati della COP 26 di Glasgow*, 2022, disponibile al link: *https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2022/02/21/climate-diplomacy-council-calls-for-accelerating-the-implementation-of-the-glasgow-cop26-outcomes/*.

[11] Risoluzione del Parlamento europeo del 17 dicembre 2020 su *un'Europa sociale forte per transizioni giuste* (2020/2084(INI)), cit.

protezione sociale per i lavoratori delle piattaforme, documento che presta particolare attenzione anche ad un altro tema che è quello delle nuove forme di occupazione legate allo sviluppo digitale (2019/2186(INI))[12].

Nel caso del mondo del lavoro va segnalato come questo stia vivendo forse la sua fase più delicata: l'Organizzazione del lavoro ha sottolineato come il mercato del lavoro a livello globale sia minacciato dalla sovrapposizione di crisi differenti che hanno determinato come ulteriore effetto anche l'aumento delle disuguaglianze[13]. Questa condizione influenza inevitabilmente la ripresa del mercato nel quale va inoltre segnalato come le coordinate che tradizionalmente contraddistinguevano l'azione dei governi e delle forze economiche e sociali abbiano subito uno scollamento e le interazioni tra crescita, occupazione e benessere rispecchiano l'impatto della transizione che il mondo sta subendo con la conseguenza che, la relazione tra crescita e occupazione, non è più scontata, e quella fra crescita e benessere, a causa della ingovernabilità dei flussi della globalizzazione, tende a favorire una concentrazione dello sviluppo economico e produttivo in alcune aree, lasciando altri territori in condizioni di precarietà.

3. Appare sempre più evidente la necessità di porre al centro delle strategie di riforma le persone prestando un occhio di riguardo all'andamento demografico giacché oltre al calo demografico anche l'invecchiamento della popolazione rappresenta un fronte che pone in discussione l'adeguatezza dei sistemi di protezione sociale[14].

Le strategie pensate pertanto per affrontare tali sfide debbono necessariamente partire dalla osservazione del panorama demografico analizzando

[12] *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021IP0385&from=EN*.
[13] OIL, *Nota Oil Covid 19 e mondo del lavoro, La ripresa del mercato del lavoro è in stallo, afferma l'OIL*, 2022, in *www.ilo.org*.
[14]*https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/new-push-european-democracy/impact-demographic-change-europe_it*.

come i cambiamenti derivanti dalle transizioni verdi, digitale impatteranno sugli individui la cui protezione sociale deve essere garantita con tutti gli strumenti possibili. Va detto che però non vi è un approccio universalmente valido per affrontare il tema del cambiamento demografico e che fondamentali sono le iniziative avviate a livello europeo. In particolare, nella relazione demografica dalla Commissione elaborata nel 2020[15] sono individuate una serie di conseguenze derivanti dai cambiamenti demografici primo fra tutti la diminuzione della popolazione in età lavorativa in Europa a cui i governi dovranno rispondere cercando modalità per sostenere la crescita economica aumentando l'occupazione e la produttività. A tale effetto andrà ad aggiungersi l'impatto sui sistemi sanitari e di assistenza che dovranno adeguarsi cercando modalità per finanziare una spesa pubblica più elevata legata all'invecchiamento. A fronte, infatti, di una popolazione *agée* il sistema di protezione sociale rischia la propria sostenibilità e ne viene messa in discussione l'adeguatezza anche perché la pensione rischia di rappresentare la principale fonte di reddito per una sempre maggiore quantità di europei. Una soluzione al problema potrebbe pertanto essere legare la maggior longevità ad una più lunga vita lavorativa creando un sistema di accesso all'assistenza a lungo termine a tariffe economicamente più accessibili per continuare a poter sostenere una vita dignitosa in età avanzata quando ancora si stanno cogliendo le opportunità occupazionali.

Oltre a quanto individuato va evidenziato il diverso impatto geografico delle sfide demografiche anche all'interno del medesimo paese: per affrontare questa ulteriore sfida i governi dovranno far convergere appositi investimenti per garantire un migliore accesso ai servizi aiutando le persone nell'affrontare i cambiamenti.

Anche il tema della povertà e dell'inclusione sono temi legati alle transizioni

[15] Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni, *Un'Europa sociale forte per transizioni giuste*, 14 gennaio 2020, COM(2020) 14 final, cit., p. 12.

verso un'economia climaticamente neutra. Sul punto l'Unione europea nel 2020 e nel 2021 è intervenuta, predisponendo una serie di misure volte a garantire che la povertà e l'inclusione sociale non peggiorino[16], ponendosi come obiettivo una crescita intelligente sostenibile ed inclusiva tesa a ridurre il numero di europei che vivono al di sotto della soglia nazionale di povertà. Tra gli strumenti adottati vanno segnalati il meccanismo per una transizione giusta, il Fondo per una transizione giusta[17], la previsione da parte del Parlamento europeo di un «meccanismo di ricompensa ecologica», che può assegnare finanziamenti supplementari agli Stati membri che riescono a ridurre le loro emissioni di gas a un ritmo più rapido del

[16] Nella strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, adottata nel 2010, è il nuovo obiettivo comune in materia di lotta contro la povertà e l'esclusione sociale, che consiste nel ridurre del 25% il numero di europei che vivono al di sotto della soglia nazionale di povertà, facendo uscire dalla povertà più di 20 milioni di persone. Tale obiettivo non è stato raggiunto e nel marzo 2021 la Commissione ha incluso nel piano d'azione sul pilastro europeo dei diritti sociali un nuovo obiettivo principale che consiste nel ridurre di almeno 15 milioni le persone che vivono in povertà (compresi almeno 5 milioni di bambini) entro il 2030, in *https://www. europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/60 /lotta-alla-poverta-all-esclusione-sociale-e-alla-discriminazione*.

[17] *https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/214/fondo-per-una-transizione-giusta*. Al punto 11 il testo si compiace dell'introduzione di un Fondo per una transizione giusta; sottolinea che una vasta accettazione sociale delle misure a favore della protezione ambientale e dell'azione per il clima è essenziale per la loro effettiva attuazione, esorta gli Stati membri a coinvolgere in maniera effettiva le parti sociali, le amministrazioni regionali e locali e la società civile nell'elaborazione dei piani territoriali per una transizione giusta; rammenta che i cambiamenti climatici e le conseguenti trasformazioni strutturali stanno già avendo gravi ripercussioni su molte regioni europee e sui loro abitanti; sottolinea che la creazione di posti di lavoro verdi e dignitosi è essenziale per conseguire un mercato del lavoro inclusivo ed equilibrato per accompagnare la transizione giusta ed equa verso un'economia basata sulle energie rinnovabili, altamente efficiente sotto il profilo energetico e delle risorse, circolare e neutra in termini di emissioni di carbonio e per garantire che nessuno sia lasciato indietro; insiste sulla necessità di aumentare l'importo proposto dalla Commissione nel maggio 2020 per il Fondo per una transizione giusta, nella sua proposta modificata; chiede che il fondo disponga di mezzi finanziari sufficienti per sostenere le regioni in transizione e garantire che siano creati nuovi posti di lavoro di qualità e che la coesione sociale costituisca il principio guida per l'erogazione del sostegno a titolo del fondo; sottolinea che il Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione riveduto è fondamentale nel sostegno dei piani sociali per i lavoratori colpiti dalla ristrutturazione e invita la Commissione e gli Stati membri a concordare un aumento sostanziale del bilancio per tale strumento quale parte del più vasto sostegno finanziario per la transizione giusta europea; chiede un uso sostenibile e ambizioso dei fondi disponibili al fine di sostenere le regioni più vulnerabili e che accusano ritardo, con l'ausilio di misure transitorie, se del caso; ricorda l'importanza della coerenza dei progetti ammissibili con l'obiettivo della neutralità climatica per il 2050 e con i suoi target intermedi del 2030, nonché con il pilastro europeo dei diritti sociali.

previsto e la proposta relativa a un Fondo sociale per il clima[18].

Nel 2021 la Commissione ha incluso nel piano d'azione sul pilastro europeo dei diritti sociali un nuovo obiettivo principale che consiste nel ridurre di almeno 15 milioni le persone che vivono in povertà (compresi almeno 5 milioni di bambini) entro il 2030[19].

Anche la lotta alla povertà "energetica" è uno degli obiettivi sui quali l'Unione si è attivata. Il fenomeno è particolarmente sentito in questo momento in cui si evidenziano gli effetti derivanti dall'impossibilità e dalla sempre maggior difficoltà da parte di famiglie o individui di procurarsi o far fronte ai costi di un paniere minimo di beni e servizi energetici. Appare evidente come tali difficoltà si traducano in conseguenze negative sul livello di benessere e quello di inclusione sociale dei cittadini. Nel gestire la transizione non può prescindersi dai problemi strettamente connessi con il cambiamento climatico che va ricondotto tra i principali fattori che nei prossimi decenni contribuiranno a rallentare globalmente la crescita economica inasprendo gli squilibri strutturali tra le popolazioni. In ossequio al perseguimento degli impegni assunti dall'Unione per contrastare il cambiamento climatico nel rispetto dell'obiettivo della inclusività si è posto il *Just Transition Mechanism,* il cui principio guida è il "*No one left behind*"[20] che richiama alla mente quanto già detto in precedenza di porre al centro della transizione la persona[21], stando ben attenti a non lasciare indietro nessuno in una fase di cambiamento globale come quella attuale

[18]*https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2022/729460/EPRS_ATA(2022)729460_IT.pdf*.

[19] *Comunicazione della commissione al parlamento europeo, al consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni piano d'azione sul pilastro europeo dei diritti sociali*, COM/2021/102 final, in *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52021DC0102&qid=1615364474217*.

[20] OECD, *Financing climate objectives in cities and regions to deliver sustainable and inclusive growth: Case study*, 2019, OECD Environment Policy, Paper, 7, 2019, Organization for Economic Cooperation and Development, Parigi; COM(2010) 2020 – 03.03.2010; COM(2015) 80 – 25.02.2015; COM(2018) 773 – 28.11.2018; COM (2019) 640 – 11.12.201.

[21] *109ª sessione della Conferenza Internazionale del Lavoro, Appello globale all'azione per una ripresa incentrata sulla persona dalla crisi causata dal COVID-19 che sia inclusiva, sostenibile e resiliente*, 2021, in *www.ilo.org*.

nella quale è fondamentale vigilare facendo sì che vi siano diversificate forme di distribuzione derivanti dalla transizione neutra in termini di emissione di carbonio[22].

I cambiamenti demografici oltre che impattare dall'interno nei diversi paesi, possono produrre le loro conseguenze anche sul posizionamento che i diversi paesi osservati ricoprono nell'Unione con la conseguenza che è anche fondamentale elaborare una strategia unitaria di accompagnamento nelle transizioni per non lasciare indietro nessuna realtà geografica.

4. Un ulteriore aspetto legato agli impatti demografici è quello legato al legame che si crea con la duplice transizione verde e digitale. Esse reciprocamente si influenzano, si sostengono o si accelerano ed è fondamentale adottare previsioni strategiche per anticipare e preparare le politiche necessarie ad affrontare tali questioni. Anche nell'economia digitale è, infatti, determinante il ruolo ricoperto dalle persone soprattutto per gestire le innovazioni che scaturiranno dall'intelligenza artificiale e dalla robotica, garantendo nuove opportunità di lavoro di qualità i cui protagonisti debbono essere dotati delle adatte competenze per svolgerle.

Considerando che il tema della transizione deve partire dalla constatazione della scarsa qualità che contraddistingue il lavoro di un lavoratore su cinque nell'UE, circostanza questa che si prevede produrrà nel prossimo decennio oltre alla polarizzazione del lavoro anche un incremento delle forme atipiche di occupazione, va segnalato uno squilibrio dei posti di lavoro che porteranno ad un incremento nelle fasce più alte e in quelle più basse dello spettro delle competenze[23]. Si tratta di un fenomeno nel quale forte impatto hanno avuto sia il cambiamento tecnologico che

[22] *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni sul Green Deal europeo* (COM(2019)0640), in *https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_it.*

[23] EUROFOUND, *Upward convergence in the EU: Concepts, measurements and indicators (Convergenza verso l'alto nell'UE: concetti, misure e indicatori)*, 2018, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, Lussemburgo.

l'utilizzo dell'intelligenza artificiale la cui presenza, sempre più incisiva ma importante in un periodo di emergenza sanitaria, ha mutato significativamente il mercato del lavoro determinando disparità di reddito; incidendo sulla domanda di lavoro; confermando il ruolo essenziale dei lavori poco qualificati cui deve però attribuirsi un corrispondente economico e condizioni di lavoro dignitose; accentuando il ruolo creativo di opportunità della digitalizzazione che, se da un lato porta ad un miglioramento delle competenze, dall'altro non migliora necessariamente quelle che sono le condizioni di lavoro né crea nuovi posti di lavoro di qualità per tutti. Il tema della transizione si interseca pertanto con quello della precarietà del lavoro che troppo spesso si trova involontariamente prigioniero di relazioni lavorative a tempo determinato (sia pubblico che privato).

Altro aspetto che deve esser affrontato seppur in brevi tratti è quello legato all'istruzione ed alla formazione professionale. La Risoluzione, già citata, ma anche il Consiglio Europeo, nelle sue Raccomandazioni del 24 novembre 2020 n. 1[24], richiamano il tema ponendo l'accento sia sull'importanza dell'accesso alla formazione e alla riqualificazione per i lavoratori, in particolare per quelli che appartengono a settori destinati a subire cambiamenti radicali in vista della transizione verde e digitale[25]. In particolare modo, il Consiglio Europeo invita a rafforzare l'apprendimento a distanza e lo sviluppo delle competenze, considerando come l'istruzione e la formazione professionale si adatta agilmente ai cambiamenti del mercato del lavoro; che essa ha come cuore pulsante la flessibilità e le opportunità di progressione; che costituisce un volano dell'innovazione e della crescita e prepara alle transizioni digitale e verde e alle occupazioni più richieste; che rappresenta una scelta attraente se basata sulla fornitura moderna e digitalizzata di

[24] *https://inapp.org/it/strumenti/normativa/norme-comunitarie/raccomandazione-del-consiglio-ue-24-novembre-2020*.
[25] ILO, N*uovo studio Ilo: per le economie più "verdi" servono nuove competenze professionali*, in *www.ilo.org*; ILO, *European centre for the development of vocational training*, *Skills for green jobs. a global view*, Geneva, 2011.

formazione/competenze; che promuove e si fa portavoce delle pari opportunità e si basa su una cultura di garanzia della qualità[26]. Il tema delle pari opportunità è un altro tema che entra a pieno titolo nel programma Europa Digitale dell'UE destinato a stimolare la trasformazione digitale[27] fornendo finanziamenti per l'introduzione di tecnologie all'avanguardia in settori cruciali quali l'intelligenza artificiale, il supercalcolo e la cibersicurezza[28].

I temi della formazione e della centralità dei modelli pedagogici sono stati posti al centro anche del PNRR che ne ha evidenziato la centralità per garantire una formazione che vede contrarsi la componente additiva ed adattiva della competenza a fronte della maggior importanza assunta da una capacità generativa e creativa[29]. La nuova formazione si basa su modelli inclusivi e partecipativi[30] essendo finalizzata a coinvolgere il maggior numero di soggetti a partire da tutti coloro (*low skilled*)[31] che sono al margine delle opportunità formative. Anche la formazione punta pertanto a porre al centro la persona lavoratrice[32], perseguendo il riconoscimento della formazione come diritto soggettivo del lavoratore[33] in un'ottica di supporto e accompagnamento nella transizione attiva verso un'economia digitale e sostenibile

[26] Raccomandazione del Consiglio del 24 novembre 2020 *relativa all'istruzione e formazione professionale (IFP) per la competitività sostenibile, l'equità sociale e la resilienza*, 2020/C 417/01, in *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C.2020.417.01.0001.01. ITA.*

[27] *Un futuro digitale per l'Europa*, in *https://www.consilium.europa.eu/it/policies/a-digital-future-for-europe/*.

[28]*https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2021/03/16/digital-europe-programme-gets-green-light-from-council/*.

[29] INAPP, R*apporto 2021*, Catanzaro, 2021; CEDEFOP, *Insights into skill shortages and skill mismatch: learning from cedefop's european skills and jobs survey,* Cedefop reference series, 2018; ANPAL, *Rapporto di monitoraggio* 2020.

[30]GRAY, *The 10 skills you need to thrive in the fourth industrial revolution*, in *www.weforum.org*.

[31] CHIOSSO, POGGI, VITTADINI, *Viaggio nelle character skills, Persone, Relazioni, Valori*, Bologna, 2021.

[32] TIRABOSCHI, *Persona e lavoro tra tutele e mercato. Per una nuova ontologia del lavoro nel discorso giuslavoristico,* Modena, 2019.

[33] COSTA, *Diritto soggettivo alla formazione continua e nuovo agire lavorativo tra IA e robotica*, in *Formazione, lavoro, persona*, CQIA, 2022; D'AGOSTINO, VACCARO, *Nuove tutele per i lavoratori: il diritto soggettivo alla formazione Francia e Italia a confronto,* in GARDNER, HASE, GARDNER, DUNN, CARRYER (a cura di), *From competence to capability: A study of nurse practitioners in clinical practice*, in *Journal of Clinical Nursing*, vol. XVII, 2, 2018, p. 250 ss.

(superando il paradigma trasmissivo ed imitativo del sapere tipico dei modelli pedagogici classici). Per una formazione di qualità che sia idonea a rispondere alle nuove esigenze è altresì fondamentale individuare di quali competenze ci sia bisogno ed è pertanto fondamentale che amministrazioni nazionali e regionali collaborino con gli stakeholder (datori di lavoro, lavoratori, formatori (…)) per delineare un partenariato ed un sistema di sostegno anche finanziario idoneo alla creazione di profili e talenti che soddisfino le esigenze crescenti di un sistema in transizione. La stessa strategia europea in materia di competenze per la competitività sostenibile, l'equità sociale e la resilienza si pone come obiettivo la garanzia del diritto all'apprendimento permanente per tutti e in tutti i settori [34].

5. Il tema della transizione si interseca inevitabilmente con il tema degli interventi pubblici di regolazione dei mercati ed è importante soffermarsi a riflettere sugli interventi che possono essere dal settore pubblico per aiutare l'economia laddove si trovi in sofferenza.

Uno dei problemi, anche economici, che interessano il nostro paese è la denatalità, venuto alla ribalta, per quel che riguarda l'agenda politica, solo in tempi relativamente recenti, quantunque la riflessione culturale in tema si fosse da tempo sviluppata. Molti sono gli ambiti su cui poter riflettere: vi sono i costi crescenti di *welfare*, il fenomeno dello spopolamento di alcuni territori, gli impatti sul mercato e le proiezioni in termini di mancanza di lavoratori (e di consumatori) e non solo.

Con riguardo al tema della denatalità possiamo notare come questo sia entrato nell'orizzonte degli interventi da mettere nell'agenda politica e a cui trovare un finanziamento in sede di programmazione finanziaria, solo dopo che è stato percepito come un tema economico che ha indotto il legislatore a rispondere

[34] *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020IP0371&from=IT*; Risoluzione del Parlamento europeo del 17 dicembre 2020 su un'Europa sociale forte per transizioni giuste (2020/2084(INI)).

prevedendo incentivi e politiche pubbliche pro natalità (anche perché se il *trend* demografico non si inverte questo impatterà sul sistema imprenditoriale che non potrà rigenerarsi proprio per la mancanza di capacità di innovazione che è l'apporto tipico anche se non esclusivo delle giovani generazioni)[35]. Va segnalato come in realtà anche prima che nelle leggi di bilancio venissero dedicate risorse per l'elargizione di *bonus* o assegni o agevolazioni creditizie a chi decida di fare figli, l'ordinamento si era preoccupato di garantire la maternità. A ben vedere la prospettiva era molto diversa perché nasceva dalla necessità di dare attuazione di principi costituzionali ad es. in particolare all'art. 37 Cost. ed inizialmente furono emanate leggi a tutela della salute della lavoratrice madre e volte a riconoscere al bambino il diritto ad un'adeguata assistenza. Nel tempo la disciplina si è arricchita, perfezionata e da ultimo è stata concettualmente modificata per garantire l'effettivo svolgimento del ruolo di entrambi i genitori (madri e padri) nella cura e nell'assistenza della prole[36].

Il tema è delicato anche perché una legislazione di tutela della lavoratrice madre può diventare elemento di discriminazione, ricordiamo ad esempio gli interventi di disciplina del divieto di licenziamento, le previsioni in materia di trattamento economico nei periodi di astensione permessi per cura e allattamento dei figli e permessi per malattie dei figli.

Il tema della maternità è complesso, perché talvolta le leggi elaborate per proteggere le madri hanno avuto l'effetto distorto di discriminarle facendo preferire un uomo ad una donna nella fase di accesso al lavoro.

Allo stato attuale padri e madri godono degli stessi diritti testo unico 2001per la tutela della maternità e della paternità. Purtroppo questa condizione pesa sulla scelta di avere o meno figli impattando su tutta la società situazione a cui si è data

[35] Le misure a sostegno della famiglia e i fondi per le politiche sociali, 2022, in *https://temi.camera.it/leg18/temi/tl18_misure_sostegno_famiglia.html*.
[36] *Genitori in Europa: chi sta a casa con i figli*? 2018, in *https://www.europeandatajournalism.eu/ita/Notizie/Data-news/Genitori-in-Europa-chi-sta-a-casa-con-i-figli*.

una risposta prevedendo una serie di incentivi sin dal 2006 quanto venne istituito il Fondo per le politiche della famiglia, ex art. 19, comma 1, del d.l. n. 223 del 2006) per promuovere e realizzare interventi a tutela della famiglia, nonché per supportare l'Osservatorio nazionale sulla famiglia. Dal fondo si attinge per tutta una serie di interventi, ma essenzialmente riconducibili all'ambito delle competenze del ministero del lavoro e delle politiche sociali. L'attenzione per il tema vede nel 2016 l'aprirsi di una stagione più intensa sotto il profilo degli incentivi: da questo momento non si parla più (solo) di politiche per la famiglia ma di politiche per la natalità, in realtà più che di politiche si assiste alla creazione di sussidi economici. Sono riferiti a questo periodo gli aiuti contenuti nella legge di bilancio 2017, n. 232/2016 che all'art. 1, commi 348-349 ha disciplinato il fondo di sostegno alla natalità che prevede l'accesso al credito istituendo presso la Presidenza del Consiglio dei ministri una dotazione di 14 milioni di euro per il 2017, 24 milioni di euro per il 2018, 23 milioni di euro per il 2019, 13 milioni di euro il 2020 e 6 milioni di euro annui a decorrere dal 2021.

La gestione delle risorse del fondo fu attribuita nel 2018 con il d.l. n. 86 nell'ambito delle manovre di riordino delle competenze dei ministeri viene ha attribuito al Presidente del Consiglio, ovvero al Ministro per la famiglia e le disabilità. Il fondo è diretto a favorire l'accesso al credito delle famiglie con uno o più figli, nati o adottati a decorrere dal 1° gennaio 2017, fino al compimento del terzo anno di età ovvero entro tre anni dall'adozione, mediante il rilascio di garanzie dirette, anche fideiussorie, alle banche e agli intermediari finanziari.

Questo intervento va segnalato perché non solo inaugura la stagione degli incentivi per chi fa figli ma perché si assiste allo spostamento della competenza a gestire queste risorse che, con il riordino delle competenze dei ministeri ad opera del d.l. n. 86/2018, vede il trasferimento di compiti e fondi alla Presidenza del Consiglio dei ministri e quelle in materia di famiglia e quelle che erano prima attribuite al Ministero del Lavoro vengono assegnate al Ministero (senza portafoglio) della

famiglia (oltre ad altre) con la finalità di raccordarle ad altre proprie di quest'ultimo ministero (es. adozioni internazionali).

Contemporaneamente (e conseguentemente) nel 2018 (la legge di bilancio) detta una nuova disciplina del fondo per le politiche della famiglia la legge di bilancio 2019 (art. 1, comma 482, della legge n. 145 del 2018) ha introdotto una nuova disciplina e nuove finalizzazioni del Fondo, fra le quali si ricordano: interventi volti a valorizzare il ruolo dei Centri per la famiglia; definizione di criteri e modalità per la riorganizzazione dei Consultori familiari (previa intesa in sede di Conferenza unificata); percorsi di sostegno, anche di natura economica, ai minori orfani di crimini domestici e alle loro famiglie, affidatarie o adottive; progetti finalizzati alla protezione e la presa in carico dei minori vittime di violenza assistita; contrasto del fenomeno del cyberbullismo; interventi per il sostegno dei genitori separati e divorziati; interventi volti a favorire i nuclei familiari a rischio, al fine di prevenire l'abbandono dei minori; interventi in materia di adozione e affidamenti. La ripartizione delle risorse del Fondo avverrà sulla base di due distinti decreti del Ministro della famiglia e della disabilità. Il primo, adottato dal medesimo Ministro, dovrà ripartire le risorse destinate al funzionamento degli Osservatori (Osservatorio nazionale sulla famiglia e Osservatorio nazionale per l'infanzia e l'adolescenza) la cui attività è sostenuta con le risorse del Fondo nonché ripartire le risorse per il finanziamento delle campagne istituzionali sui temi della famiglia. Il secondo, da adottare d'intesa con la Conferenza unificata, dovrà invece ripartire le risorse per le restanti finalità del Fondo, come ri-disciplinato.

Un altro dato interessante è seguire la variazione di dotazione di questo Fondo negli ultimi anni inizialmente erano 3 milioni di euro per passare poi da 2019 ad una dotazione a regime pari a 100 milioni di euro.

Con l'emergenza Covid il Fondo si arricchisce ulteriormente: con il decreto rilancio del 2020 si assiste infatti ad un incremento di questo fondo di 150 milioni per destinare risorse ai comuni (tra l'altro) per il potenziamento dei centri estivi; in

seguito, vengono attribuiti 50 milioni per sostenere il rientro al lavoro delle lavoratrici madri dopo il parto o per conciliare i tempi lavoro famiglia (sono risorse destinate alle imprese, ma l'intento è quello di aiutare la famiglia con figli). Si tratta di risorse importanti che confluiscono nel Fondo e che sono destinate alla realizzazione di attività di competenza di Stato Regioni e enti locali.

Nel 2000 con la legge di bilancio 178/2020, per il 2021, il fondo subisce una riforma: nello specifico si segnala il Fondo assegno universale e servizi alla famiglia, con una dotazione inizialmente pari a 1.044 milioni di euro per il 2021 e a 1.244 milioni di euro annui a decorrere dal 2022. Le risorse del Fondo sono indirizzate all'attuazione di interventi in materia di sostegno e valorizzazione della famiglia nonché al riordino e alla sistematizzazione delle politiche di sostegno alle famiglie con figli.

Dal 2021, vengono fatte confluire nel Fondo le risorse dedicate all'erogazione dell'assegno di natalità, c.d. bonus bebè (410 milioni per il 2021) e del bonus asilo nido (200 milioni per il 2021); nello stesso anno si ha anche il rifinanziamento del congedo di paternità (106,1 milioni di euro) che è a valere sul Fondo richiamato.

La legge di bilancio 2021 (art. 1, comma 7, della legge n. 178 del 2020) ha incrementato il Fondo di 3.012,1 milioni di euro per il 2021 e va altresì segnalato come al fine di dare attuazione a interventi in materia di riforma del sistema fiscale, la manovra di bilancio 2021 (art. 1, co. 2, della legge n. 178 del 2020) abbia istituito il Fondo per l'attuazione della delega fiscale con una dotazione di 8.000 milioni di euro per il 2022 e di 7.000 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2023, di cui una quota non inferiore a 5.000 milioni di euro e non superiore a 6.000 milioni di euro a decorrere dall'anno 2022 è destinata all'assegno universale e servizi alla famiglia (art. 1, comma 2 della legge n. 178 del 2020).

Le risorse del Fondo indirizzate espressamente alle politiche della famiglia per l'anno 2021 ammontano complessivamente a circa 96,7 milioni di euro, destinate alla

realizzazione di attività di competenza statale, regionale e degli enti locali.

Il decreto di ripartizione del 24 giugno 2021 indirizza tali risorse, nella misura di 71 milioni circa, alla prosecuzione e avvio di iniziative volte a realizzare interventi in ambito educativo dell'infanzia e dell'adolescenza, con particolare riferimento alle situazioni di vulnerabilità socioeconomica e al disagio minorile, tenuto anche conto degli effetti della pandemia da COVID-19, e per interventi che diffondano e valorizzino le migliori iniziative in materia di politiche familiari adottate da enti pubblici e privati, enti locali, imprese e associazioni, al fine di agevolare il mutuo scambio, la condivisione e il sostegno di esperienze virtuose e di buone pratiche. Lo stesso decreto destina, invece, circa 25,6 milioni di euro alla realizzazione di interventi di competenza regionale e degli enti locali volti alla prosecuzione di iniziative volte a favorire la natalità e la genitorialità, anche tenuto conto dei nuovi bisogni legati all'emergenza del COVID-19. Si tratta di interventi che potranno riguardare il supporto delle attività a sostegno della natalità e della genitorialità svolte dai Centri per le famiglie e, nell'ambito delle competenze sociali, dai consultori familiari. Con questa serie di interventi si chiude una stagione contraddistinta dal tentativo di ricondurre ad una politica di sostegno alla famiglia gli interventi di politica per la natalità basata su bonus e incentivi alla natalità. Oltre a quanto indicato va segnalato come gli assegni per il nucleo familiare sono invece una misura da più tempo sul panorama. Questi storicamente costituiscono la misura principe in materia di prestazioni a sostegno delle famiglie.

Un altro tema da ricordare è quello delle detrazioni sui carichi di famiglia[37]: queste sono misure a sostegno delle famiglie con figli, si tratta di prestazioni economiche (ma concettualmente sono distanti dai bonus degli anni recenti, che sono misure espressamente rivolte a indurre ad accettare la sfida di diventare

[37] *https://www.informazionefiscale.it/Detrazione-famiglie-numerose-2022-beneficiari-assegno-unico#:~:text=Avr%C3%A0%20diritto%20al%20bonus%20aggiuntivo,e%2C%20in%20ogni%20caso%2C%20entro*

genitori e con durata temporanea molto più delimitata quando non *una tantum*. Queste misure però non hanno prodotto effetti salvo forse una sensazione di "spreco di risorse pubbliche".

L'approdo di queste misure è stata una sorta di razionalizzazione cui si è pervenuti con l'approvazione del d.lgs. 230 del 2021 che, in attuazione della legge delega legge 46 del 2021 relativo al riordino, semplificazione e potenziamento delle misure a sostegno dei figli a carico attraverso l'istituzione dell'assegno unico e universale, sostituisce i vari bonus, con l'assegno unico e universale per i figli a carico. Risale a questo periodo l'assegno di natalità, conosciuto anche con il nome "Bonus bebè", contributo economico che lo Stato offre alle famiglie che hanno o adottano un figlio[38]. Il contributo può essere richiesto all'Inps ed ha come destinatari inizialmente solo alcune poi tutte le famiglie anche quelle con ISEE superiore ai 25000 euro. Il contributo viene versato dall'istituto per un massimo di 12 mesi, secondo tre fasce.

Un'altra misura adottata è "mamma domani". I bonus "mamma domani" ammontano a 800 euro, il bonus è anche noto come premio alla nascita e venne introdotto nella normativa italiana con il fine di contribuire all'incremento del tasso di natalità[39].

Tutte queste misure sono state assorbite dall'assegno unico per i figli[40].

Allo stato attuale sembra evidente che gli incentivi economici adottati fino ad oggi, seppur meritori per i ristori che hanno rappresentato per chi si è trovato a beneficiarne, non hanno invertito la tendenza alla denatalità. Sono segnali positivi

[38] Per i figli nati o adottati dal 1° gennaio al 31 dicembre 2020, lo Stato offre un contributo economico a tutte le famiglie, anche con un Isee superiore a €25.000 (limite in vigore negli anni precedenti). Il contributo può essere richiesto all'Inps, che lo versa per un massimo di 12 mesi, secondo tre fasce Isee.

[39] Il premio alla nascita di 800 euro (bonus mamma domani**)** viene corrisposto dall'INPS per la nascita o l'adozione di un minore**,** a partire dal 1° gennaio 2017, su domanda della futura madre al compimento del settimo mese di gravidanza (inizio dell'ottavo mese di gravidanza) o alla nascita, adozione o affidamento preadottivo.

[40] È stato abrogato con il decreto legislativo n. 230 del 21 dicembre 2021, che ha disciplinato le regole sull'avvio dell'assegno unico.

invece quelli che emergono dagli impegni di spesa orientati a delineare politiche complessive di sostegno, come i fondi stanziati per l'osservatorio sulla famiglia, per le politiche di sensibilizzazione. Questa circostanza va letta in filigrana e valorizzata, anche se nell'immediato hanno avuto più risonanza (anche mediatica) gli altri interventi: quelli che rappresentavano la risposta "facile" tramite incentivi in denaro ai genitori.

Se la strada imboccata avrà seguito si può sperare in una risposta di ampio respiro tesa alla costruzione di un ambiente favorevole allo sviluppo delle famiglie, che richiederà uno sforzo collettivo, che nel coinvolgere i vari attori (enti locali e imprese *in primis*) sappia dare a tutti evidenza che i costi da sopportare sono orientati al raggiungimento di un fine di interesse comune. Richiede uno sforzo culturale oltre che finanziario e questo implica tempi lunghi e prospettive di stabilità.

Per vedere i risultati ed assistere forse all'inversione della tendenza alla denatalità occorrerà aspettare che i giovani rivalutino il tema e ritornino a pensare di poter contare su questo supporto (che non sono solo i soldi ma anche i servizi, le reti di sostegno, la disciplina lavorativa).

Nonostante lo scetticismo occorre salutare positivamente e con favore le previsioni di spese rivolte alla realizzazione di interventi di competenza regionale e degli enti locali volti alla prosecuzione di iniziative volte a favorire la natalità e la genitorialità, ivi compresi gli interventi per il supporto delle attività a sostegno della natalità e della genitorialità svolte dai Centri per le famiglie e, nell'ambito delle competenze sociali, dai consultori familiari.

Istituire un *welfare* generoso, politiche disegnate per alleviare le fatiche delle nuove famiglie[41], elargire supporti per affrontare lo stress economico e il carico mentale di chi ha avuto figli è importante ed è utile guardare cosa fanno negli altri sistemi. Ma alcuni modelli sono difficili da replicare. Più percorribile sembra la strada

[41] MONTESI, *"Famiglia", un concetto in continua trasformazione. Ecco perché*, 2022, in *https://www.centropagina.it/benessere/famiglia-figli-concetto-continua-trasformazione/*.

di dare evidenza alle buone prassi già messe in atto in alcune realtà territoriali nazionali e proseguire con le sperimentazioni che già il nostro sistema ha avviato: come detto importante sono state le risorse del Fondo indirizzate espressamente alle politiche della famiglia per l'anno 2021 ammontavano complessivamente a circa 96,7 milioni di euro e sono state destinate alla realizzazione di attività di competenza statale, regionale e degli enti locali. Con il decreto di ripartizione del 24 giugno 2021 tali risorse sono state indirizzate, nella misura di 71 milioni circa, alla prosecuzione e avvio di iniziative volte a realizzare interventi in ambito educativo dell'infanzia e dell'adolescenza, con particolare riferimento alle situazioni di vulnerabilità socioeconomica e al disagio minorile, tenuto anche conto degli effetti della pandemia da COVID-19 oltre che per interventi che diffondano e valorizzino le migliori iniziative in materia di politiche familiari adottate da enti pubblici e privati, enti locali, imprese e associazioni, al fine di agevolare il mutuo scambio, la condivisione e il sostegno di esperienze virtuose e di buone pratiche che passano attraverso convenzioni con privati facendo collaborare pubblico e privato sociale.

6. A fronte del cronoprogramma presentato dalla Commissione il 9 marzo 2021 per la concretizzazione della transizione digitale e la creazione di una governance capace di conseguire gli obiettivi digitali (denominato *Bussola per il digitale 2030: il modello europeo per il decennio digitale*)[42], la stessa Commissione ha proposto il 15 settembre del medesimo anno una decisione del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il programma di politica digitale "Percorso per il decennio digitale". Si tratta di un percorso nel quale sono stati indicati gli obiettivi per promuovere la digitalizzazione nell'UE entro la scadenza indicata dando il via al programma dell'UE.

Ad arricchire il quadro d'azione delineato si è aggiunto il 14 luglio del 2022 un accordo provvisorio tra Consiglio e Parlamento Europeo sul programma strategico

[42] *https://www.consilium.europa.eu/it/press/*.

per il 2030 volto a garantire che l'UE realizzi i suoi obiettivi per una trasformazione digitale conforme ai suoi valori, promuovendo politiche digitali inclusive e sostenibili al servizio dei cittadini e delle imprese, definendo altresì una serie di obiettivi digitali concreti nei settori delle competenze, delle infrastrutture digitali sicure e sostenibili, della trasformazione digitale delle imprese e della digitalizzazione dei servizi pubblici, che l'Unione intende conseguire entro la fine del decennio[43].

Il percorso verso la transizione è molto lungo e si interseca con ulteriori esigenze quali la garanzia di condizioni di lavoro eque, la promozione della parità con un occhio di riguardo per le donne e per le persone con disabilità oltre che per le persone di paesi terzi che incontrano difficoltà di integrazione nella società e nel mondo del lavoro, la protezione e le integrazioni sociali intese come ricerca di soluzioni per contrastare le nuove vulnerabilità che le transizioni portano con sé, la lotta contro la povertà (già richiamata) e la promozione dei valori europei nonché la collaborazione e il dialogo a tutti i livelli.

Ma vi è un altro aspetto al quale merita fare un breve accenno in queste considerazioni conclusive.

La questione è particolarmente complessa anche per la molteplicità degli eventi che impattano in maniera disomogenea sui territori, con dinamiche che determinano differenziate reazioni (politiche, sociali, ambientali, legali (…)), favorendo una presa di coscienza ed imponendo di affrontare in maniera plurale la questione e le transizioni elaborando risposte multiple. L'avvicendarsi di questi fenomeni implicano risposte elaborate che evidenziano la maturità del sistema che si attiva per ridurre le conseguenze potenziali future. È pertanto fondamentale osservare le strategie di adattamento adottate per affrontare e allo stesso tempo prevenire il verificarsi di eventi che possono rendere instabile un sistema.

Con riguardo alla transizione digitale va rimarcato come l'ingresso delle

[43] *https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2022/07/14/policy-programme-path-to-the-digital-decade-the-council-and-the-european-parliament-reach-a-provisional-agreement/*.

tecnologie digitali (IA, robot, tecnologie dei sensori) producano preoccupazioni anche etiche sul rispetto dei diritti degli individui ed in particolare dei diritti fondamentali dei lavoratori. Nel dicembre 2021 i ministri delle Telecomunicazioni dell'UE discutendo la proposta della Commissione hanno precisato che gli stessi diritti fondamentali validi offline lo sono anche online[44].

Con l'intensificazione del ricorso alla tecnologia in periodo pandemico il rischio è la compromissione dei diritti fondamentali, delle condizioni di lavoro ed è pertanto necessario garantire che il rispetto delle questioni etiche, dei valori europei fondamentali, dei diritti e i principi digitali[45]. Quantunque il momento di transizione attuale è imprescindibile la conferma dei valori europei fondamentali, "*tra cui una trasformazione digitale antropocentrica, inclusiva e sostenibile, lo Stato di diritto e il principio secondo cui nessuno dovrebbe essere lasciato indietro*"[46], monito questo che si trova confermato nell'approccio con cui si dovrebbe attuare la transizione digitale che dovrebbe includere la promozione dell'accesso a una connettività affidabile e a prezzi abbordabili e a un ambiente online aperto, equo, sicuro e affidabile, oltre alla necessità di aumentare l'alfabetizzazione, la consapevolezza e la responsabilizzazione digitali come pure la necessità di proteggere i minori[47].

L'aspetto etico della transizione è complesso[48] e molteplici sono le implicazioni etiche dell'IA sul posto di lavoro che richiedono di adottare un approccio proattivo coniugando linee guida etiche, progetti e campagne di sensibilizzazione oltre che uno sforzo legislativo che risponda alle nuove istanze che esse comportano. Va segnalato una certa lentezza da parte della legislazione nell'adeguarsi ai cambiamenti

[44] *https://www.consilium.europa.eu/it/meetings/tte/2021/12/03/*.
[45] Consiglio dell'Unione Europea, *Diritti e principi digitali – Dibattito orientativo*, 25 novembre 2021, *https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13816-2021-REV-1/it/pdf*.
[46] *https://www.consilium.europa.eu/it/meetings/tte/2021/12/03/*.
[47] *https://www.consilium.europa.eu/it/meetings/tte/2021/12/03/*.
[48] RISO, ADĂSCĂLIȚEI, LÓPEZ FORÉS, LECHARDOY, CODAGNONE, *Anticipating and managing the impact of change. Ethics in the digital workplace*, 2022, disponibile al link: *https://www.eurofound.europa.eu/it/publications/report/2022/ethics-in-the-digital-workplace*.

tecnologici oltre che una non sempre efficacia nell'attenuare gli effetti negativi ma non intenzionali delle tecnologie. Occorre pertanto lavorare sui contesti normativi esistenti per cercare di garantire un utilizzo etico[49] e responsabile della tecnologia poiché le tecnologie di digitalizzazione e automazione, compresa l'intelligenza artificiale (AI), possono influenzare le condizioni di lavoro in vari modi e il loro utilizzo sul posto di lavoro possono compromettere i diritti degli individui e delle persone lavoratrici con un occhi particolare alle famiglie perché infrastrutture sociali, sostegni alle famiglie, occupazione femminile consentono di rendere concreta la transizione sempre più necessaria.

Elisabetta Bani

Ordinario di Diritto dell'economia

nell'Università degli Studi di Bergamo

Elena Signorini

Associato di Diritto del lavoro

nell'Università degli Studi di Bergamo

[49] *Etica e Intelligenza Artificiale. Conversazione con il professor Edmondo Grassi*, 2021, in *https://www.centrostudi-italiacanada.it/articles/etica-e-intelligenza-artificiale-conversazione-con-il-professor-edmondo-grassi*.

TRANSIZIONE SOCIALE E SOSTENIBILITÀ DELL'ABITARE. LA «FUNZIONE PUBBLICA DELLA CASA» TRA REGOLAZIONE E PROGRAMMAZIONE *

(*Social transition and housing sustainability. the «Public function of housing» between regulation and planning)*

ABSTRACT: *Nowadays, there is a fervent debate on the role of public programming in regulating ecological and social transition. Far less explored is the role of Law in reorienting social transition, which poses new questions to the troubled relationship between regulation and programming. Starting from this assumption, the paper aims to explore the issue of public intervention aimed at supporting sustainable housing, as it represents an emblematic test case of the capacity of Law to promote sustainability in its triple dimension. Thus, the object of this analysis is not only the need to rethink the legal protections and instruments designed by the national legal system, but also the identification of the desirable balance between regulation and planning in the promotion of sustainable housing.*

SOMMARIO: 1. Oltre la c.d. "*twin transition*": transizione sociale e intervento pubblico per la sostenibilità dell'abitare. - 2. Il diritto all'abitare nella triplice dimensione dello sviluppo sostenibile: riflessi giuridici. - 3. Quale ruolo per lo Stato? - 3.1. La «funzione pubblica della casa»: evoluzione (e progressiva erosione) dell'intervento statale. - 3.2. Quel che resta della programmazione: tra delega al mercato e crescente ricorso a concetti giuridici indeterminati. - 4. Sostenibilità dell'abitare tra regolazione e programmazione.

1. Il ruolo delle programmazioni pubbliche nel «normare il "processo" di transizione»[1] ecologica e digitale è stato diffusamente analizzato nel corso del

*Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio.

[1] PASSALACQUA, Green deal *e transizione digitale verso un diritto eventuale*, in ID. (a cura di), *Diritti e Mercati nella transizione ecologica e digitale*, Milano, 2021, § 3.

Convegno *L'ecosistema del mercato europeo tra diritto ed innovazione* (Pisa, 24 giugno 2022) e del volume *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, presentato in tale occasione. La c.d. "*twin transition*" ha infatti non solo imposto il «prepotente "rientro sulla scena" politico-amministrativa delle programmazioni»[2] a livello nazionale, ma ha altresì determinato l'affermazione di una programmazione europea del tutto «anticipata»[3] e «adattiva»[4] rispetto alle programmazioni del passato, pertanto innovativa. Si è così ricercato un nuovo punto di equilibrio tra regolazione e programmazione, da taluno individuato nella c.d. «regolazione di adattamento a un'economia sostenibile»[5], che avvicina la programmazione alla regolazione tipicamente proconcorrenziale[6].

Tuttavia, vi è un'ulteriore transizione, ben meno attenzionata, che silenziosamente affianca quelle ecologica e digitale perseguendo però la direzione opposta, ovverosia non ricercata: è la c.d. transizione sociale, che sottopone a nuovi interrogativi il travagliato rapporto tra regolazione e programmazione e, più in generale, impone di riflettere da un differente angolo prospettico sull'auspicabile ruolo del Diritto nell'attuale congiuntura economica.

In tale transizione non si inseriscono solo i mutamenti demografici determinati dagli esodi massivi[7], che paiono imporre la predisposizione di piani preventivi di

[2] AMOROSINO, *Il futuribile. Governare le transizioni "economiche"*, in PASSALACQUA (a cura di), *Diritti e Mercati nella transizione ecologica e digitale*, op.cit., p. 504. Sul tema, nella stessa opera v. anche AMMANNATI, *Energia e ambiente: regolazione per la transizione*, pp. 169 ss.; ID, *Transizione energetica, "just transition" e finanza*, in questa *Rivista*, supplemento 1, 2022, pp. 289 ss. e in particolare p. 304, che chiarisce come «qui non si tratta di un ritorno alle pianificazioni spazzate via alla fine del secolo scorso dalle regolazioni pro-competitive. Qui l'intervento pubblico si dispiega per così dire a "garanzia" di un interesse prioritario come la transizione ecologica (…)»; CELATI, *Diritto per lo sviluppo economico nella transizione climatica*, ove si invoca in tal senso il possibile ritorno della c.d. programmazione indicativa.

[3] PASSALACQUA, Green deal *e transizione digitale verso un diritto eventuale*, cit.

[4] ID., *Il Piano per la ripresa e l'evolversi dei principi europei sull'intervento pubblico*, Relazione al Convegno *La giustizia amministrativa di fronte alla sfida del P.N.R.R*, Trieste, 3 dicembre 2021.

[5] ID., Green deal *e transizione digitale. Regolazione di adattamento a un'economia sostenibile*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2, 2022, pp. 27-62.

[6] *Ibidem*, p. 42.

[7] GIUSTI, *Asimmetrie demografiche, dimensione delle migrazioni e marginalità del diritto*, in PASSALACQUA (a cura di), *Diritti e Mercati nella transizione ecologica e digitale*, op.cit., p. 123 ss.

intervento appartenenti alla famiglia delle programmazioni dell'economia[8], ma rientrano tutte le trasformazioni idonee a causare o aggravare le disuguaglianze sociali.

Posto che il fine generale è quello di analizzare la capacità del Diritto di "ri-orientare" la transizione sociale, il punto di osservazione specifico che qui si è scelto di adottare è quello dell'intervento pubblico atto a contrastare il disagio abitativo.

A ben vedere, si tratta di un tema piuttosto trascurato da parte della dottrina. Si prenda a mo' di esempio la forma di intervento pubblico più tradizionale, vale a dire la c.d. edilizia popolare[9]: fin da tempi risalenti l'attenzione dedicata a tale questione è stata autorevolmente giudicata[10] del tutto inadeguata rispetto all'interesse sociale e giuridico sotteso. Alla luce del progressivo arretramento dello Stato che, come avremo modo di evidenziare[11], ha caratterizzato gli ultimi decenni, l'interesse giuspubblicistico è ulteriormente scemato[12], rimanendo la materia prevalente appannaggio della dottrina privatistica o tuttalpiù costituzionalistica.

---

[8] *Ibidem*, p. 143.

[9] ROEHRSSEN, *Edilizia economica e popolare*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, pp. 313 ss.; SOLINAS, *Edilizia residenziale pubblica: profili giuridici*, Milano, 1989.

[10] NIGRO, *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1957, p. 154. V. anche GIANNINI, *Diritto Pubblico dell'Economia*, Bologna, 1977, p. 120 ove si evidenzia che la proprietà edilizia è una «materia che non si considera propria del diritto pubblico dell'economia, ma forse a torto».

[11] V. *infra* § 2.

[12] Non mancano comunque studi rilevanti sul tema. Tra i più recenti, si segnala ACCETTURA, *Politiche abitative in trasformazione: strumenti e forme dell'intervento pubblico*, in *Il Diritto dell'economia*, 3, 2017, pp. 893-917; AMOROSINO, *Governo del territorio scenari economici ed innovazioni amministrative*, Napoli, 2016, in part. Capp. 3-5; CIVITARESE MATTEUCCI, *L'evoluzione della politica della casa in Italia,* in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 2010, pp. 163-210; ALLENA, *Il* "social housing"*: posizioni giuridiche soggettive e forme di tutela tra ordinamento nazionale ed europeo*, in *Diritto pubblico*, 1, 2014, pp. 167-221; ALLENA, RENNA, *L'*housing *sociale*, in SCOCA, STELLA RICHTER, URBANI (a cura di), *Trattato di diritto del territorio*, Torino, 2018, pp. 288 ss.; URBANI, *L'edilizia residenziale pubblica tra Stato e autonomie locali*, in *Istituzioni del federalismo*, 3-4, 2010, pp. 1-22; BILANCIA, *Brevi riflessioni sul diritto all'abitazione*, *ivi*, pp. 1-18; ORSONI, *Le disposizioni del piano casa nel sistema delle fonti ed i rapporti fra legge regionale e legge statale, ovvero il timido tentativo di una legislazione condivisa*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2-3, 2015, pp. 735-750; DELLA SCALA, *Il* social housing *come servizio d'interesse generale tra tutela multilivello del diritto sociale all'abitare e imperativi della concorrenza*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2, 2019, pp. 179 ss.; LUNGARELLA, *La questione delle abitazioni al tempo della crisi. Lo strabismo delle politiche*, in *Archivio di studi urbani e regionali*, 2016, pp. 115 ss.

Ci sembra tuttavia che, nell'attuale contesto storico, tale questione meriti di assumere una maggiore centralità nel dibattito dottrinale, e in ispecie nel diritto dell'economia, per un duplice ordine di ragioni.

In primo luogo, posto che l'attenzione del giurista moderno è precipuamente dedicata a definire il rapporto tra Diritto e sostenibilità, ci pare che l'intervento pubblico volto a supportare la sostenibilità dell'abitare rappresenti un emblematico banco di prova della capacità del Diritto di promuovere la sostenibilità nella sua triplice dimensione.

È infatti indubbio che, in questo frangente, la sostenibilità è stata tradizionalmente interpretata – soprattutto in un ordinamento quale quello italiano, ove è ben radicata l'associazione abitazione-proprietà[13] – nei termini dell'*affordability*, vale a dire dell'accessibilità economica[14]. Tuttavia, è sempre più evidente la necessità di garantire anche le altre due dimensioni della sostenibilità, vale a dire quella sociale e ambientale. Ciò in quanto è nella condizione abitativa che si riflettono in maniera drammaticamente evidente le più recenti mutazioni demografiche. Basti pensare che ad incrementare la domanda sociale di abitazione concorrono, oltre alle straordinarie pressioni esercitate dai flussi migratori sia interni

[13] Nel 2021, 18,2 milioni di famiglie, pari al 70,8% del totale sono risultate proprietarie dell'abitazione in cui vivono, mentre 5,2 milioni (20,5%) vivono in affitto e 2,2 milioni (8,7%) dispongono dell'abitazione in usufrutto o a titolo gratuito. Fonte: audizione ISTAT presso il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali per il Gruppo di Lavoro sulle politiche per la casa e l'emergenza abitativa, tenutasi il 6 settembre 2022. Come osservato da CALDERAI, *La riforma delle locazioni abitative quindici anni dopo: le ragioni di un fallimento dello Stato post-regolatore e gli scenari futuri*, in *Rivista di Diritto Civile*, 4, 2012, pp. 367-398 e in part. p. 379, «Questo stato di cose non è il frutto spontaneo della naturale inclinazione degli italiani per la proprietà dell'abitazione. Come tutte le decisioni contrattuali la scelta tra acquisto e locazione dipende dai costi di transazione e dal grado di avversione al rischio i quali, a loro volta, sono intensamente condizionati *inter alia* dall'ambiente istituzionale. In questo caso la preferenza per l'acquisto è il risultato di politiche sociali che hanno orientato la domanda di abitazione verso il mercato delle compravendite immobiliari, del progressivo abbandono dei programmi di edilizia pubblica dalla seconda metà degli anni Ottanta del secolo passato e delle dismissioni di immobili pubblici nella prima decade di questo secolo».

[14] Sul tema si rinvia, da ultimo, a BARGELLI, *Locazione abitativa e sostenibilità del canone oltre l'emergenza*, in *Jus civile*, 1, 2021, pp. 82-101.

che esterni[15], le attuali evoluzioni delle forme famigliari. Alla persistente bassa natalità[16] cui fa da contrappeso una longevità sempre più marcata[17], si associa il continuo moltiplicarsi di nuclei famigliari monoparentali[18] o unifamiliari, con conseguente crescita del numero delle famiglie pur a fronte della generale riduzione della popolazione[19]. Nel disagio abitativo si manifestano anche i recenti mutamenti dei livelli occupazionali e salariali[20] aggravati dalle dilaganti difficoltà di accesso al credito, nonché la sempre maggiore flessibilità e mobilità del lavoro[21].

L'emergenza pandemica non ha solo reso improcrastinabile la necessità di garantire l'accesso all'abitazione a quella sempre più vasta percentuale della popolazione che versa in condizioni di marginalità estrema[22], essendo esclusa tanto

[15] Per un approfondimento di tale tematica si rinvia a GIUSTI, *Traslazioni demografiche abnormi. Paradigmi esemplari per regolarne le criticità economiche*, in questo fascicolo. Con riferimento specifico alla questione abitativa, v. invece CIERVO, *Il diritto all'abitazione dei migranti*, in RONCHETTI (a cura di), *I diritti di cittadinanza dei migranti. Il ruolo delle Regioni*, Milano, 2012, pp. 285 ss.

[16] Secondo il Rapporto annuale dell'ISTAT per il 2022, i nati da coppie di genitori entrambi italiani sono scesi a 313 mila e 700 unità nel 2021 (oltre 147 mila in meno rispetto al 2011). I nati da coppie di genitori stranieri sono invece aumentati fino al 2012, raggiungendo quasi gli 80 mila, allorché è iniziata una fase di diminuzione continua che li ha portati sotto quota 60 mila nel 2020, per scendere a 56 mila e 700 unità nel 2021.

[17] Al 1° gennaio 2022 la stima dell'indice di vecchiaia – anziani di almeno 65 anni per 100 giovani di età inferiore a 15 anni – è pari al 187,9 per cento; esso risulta dunque aumentato in 20 anni di oltre 56 punti percentuali, mentre nei prossimi 20 anni si prevede un aumento di oltre 100 punti con l'indice di vecchiaia pari al 293 per cento nel 2042. Fonte: ISTAT, *Rapporto annuale 2022*, p. 148.

[18] Con evidenti ripercussioni anche in termini di disuguaglianze di genere: infatti, come evidenziato dal PNRR a p. 156, «(…) la carenza abitativa si riflette differentemente su uomini e donne per via del differente ruolo familiare loro attribuito e del fatto che la maggior parte delle famiglie monoparentali siano affidate a donne».

[19] Per un approfondimento di tali aspetti, si rinvia al Cap. 3 del già richiamato *Rapporto annuale Istat per il 2022*.

[20] Cfr. MALTONI, *Gli attori pubblici: i fondi comuni di investimento immobiliare*, in SCOCA, STELLA RICHTER, URBANI (a cura di), *Trattato di diritto del territorio*, Vol. I, Torino, 2018, pp. 366 ss.; BARDELLI, *Pubblico/privato e attore finanziario nel sistema dell'edilizia sociale*, in SANTANGELO (a cura di), *Edilizia sociale e urbanistica. La difficile transizione dalla casa all'abitare*, Roma, 2020, pp. 114-125.

[21] Non a caso, con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali n. 124 del 6 luglio 2022 è stato istituito un gruppo di lavoro sul tema "politiche della casa ed emergenza abitativa".

[22] Si rinvia al rapporto pubblicato dalla Caritas Italiana DE LAUSO, NANNI, *L'anello debole. Rapporto 2022 su povertà e esclusione sociale in Italia*, ottobre 2022, ove si evidenzia nella crisi dell'ultimo biennio l'incidenza della povertà è aumentata di più proprio tra quei gruppi sociali e demografici che di più avevano subito gli effetti delle crisi precedenti: le famiglie con figli minori, i lavoratori a termine, le donne, gli immigrati, i disabili.

dal mercato quanto dall'offerta pubblica di una casa, ma ha in generale rimodellato i comportamenti insediativi delle persone, riavvicinando la popolazione al proprio quartiere[23] e determinando l'affermazione di una domanda nuova di qualità e sostenibilità dell'abitare. È allora sempre più evidente che l'abitare non costituisce solo uno dei bisogni «più elementari» dell'uomo»[24], se non addirittura «il tratto fondamentale dell'essere»[25], ma è anche indissolubilmente legato allo sviluppo socioeconomico territoriale, poiché la casa risponde anzitutto a «esigenze "sociogeniche", legate cioè alla possibilità di intrattenere relazioni sociali e all'esistenza di infrastrutture e di servizi sociali»[26]. L'uomo modifica fisicamente il territorio attraverso il proprio processo abitativo e vi attribuisce significati sociali, trasformando gli spazi in luoghi[27].

A ricordarci la variegata natura degli interessi pubblici che insistono sull'abitazione è pure l'attuale conflitto in Ucraina, che ha imposto la predisposizione di nuove misure volte a contrastare la povertà energetica[28] e ad aumentare l'efficientamento energetico degli edifici[29]. È del resto ormai evidente che il settore

[23] Si veda a tal proposito quanto recentemente evidenziato dal Servizio Studi del Dipartimento Ambiente della Camera dei deputati in collaborazione con l'istituto di ricerca Cresme nel rapporto *Le politiche di rigenerazione urbana. Prospettive e possibili impatti*, n. 32/2, giugno 2022, p. 66.
[24] NIGRO, *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, cit., p. 121.
[25] HEIDEGGER, *Costruire, abitare, pensare*, in VATTIMO (a cura di), *Saggi e discorsi*, Milano, 1976.
[26] OLIVITO, *Il diritto costituzionale all'abitare. Spinte proprietarie, strumenti della rendita e trasformazioni sociali*, Napoli, 2017, p. 23. Su questi aspetti, v. anche SORACE, *A proposito di "proprietà dell'abitazione", "diritto all'abitazione" e "proprietà (civilistica) della casa"*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, t. III, Milano, 1977, p. 1185.
[27] Cfr. HAUMONT, *Les Pavillonnaires, étude psychosociologique d'un mode d'habitat*, Parigi, 1966.
[28] Si veda ad esempio la Raccomandazione (UE) 2020/1563 della Commissione del 14 ottobre 2020 sulla povertà energetica. Per un approfondimento del tema in dottrina, v. in particolare DE FOCATIIS, *Povertà energetica e cliente vulnerabile tra ragioni di Stato e di mercato*, in BRUTI LIBERATI, DE FOCATIIS, TRAVI (a cura di), *Esperienze regolatorie europee a confronto nel settore dell'energia. Atti del convegno AIDEN tenutosi a Milano il 3 dicembre 2015*, Milano, 2017, pp. 101-112.
[29] In effetti, come evidenziato da AMMANNATI, *Transizione energetica, "just transition" e finanza*, cit., pp. 292-293, «Certamente il conflitto russo-ucraino (…) può sembrare aver fatto leva sulla congiuntura per sospingere gli stati ad accelerare misure già in cantiere come la promozione delle fonti rinnovabili e dell'efficientamento energetico (…)». V. anche LUCHENA, *Crisi energetica e aiuti di stato*, *ivi*, in part. p. 132 ss., che giustamente ricorda come la questione energetica non nasca con la guerra in Ucraina, avendo «radici più lontane che le istituzioni, europee e nazionali, hanno provato ad affrontare con provvedimenti sia di breve periodo (sostegno delle imprese) sia di lungo periodo

dei fabbricati è responsabile di circa il 40% dei consumi finali di energia e del 36% delle emissioni di CO2, motivo per cui la strategia europea c.d. *Renovation Wave*[30] incentiva la sostenibilità e l'applicazione dei principi dell'economia circolare anche nelle ristrutturazioni degli edifici pubblici e privati, a favore della neutralità climatica e della ripresa. In particolare, si intende «far leva sulla ristrutturazione per affrontare il problema della povertà energetica e garantire a tutti, compresi i disabili e gli anziani, l'accesso ad alloggi salubri»[31].

Al contempo, il più recente Bauhaus europeo[32], nel rammentare che l'accesso all'alloggio ipostatizza un diritto fondamentale[33], evidenzia che il fenomeno dei senzatetto e la mancanza di accesso a soluzioni abitative di qualità a prezzi abbordabili «costituiscono una crisi in parti dell'UE»[34], accentuata da una

(promozione degli investimenti)». Più in generale sull'impatto delle recenti crisi sulla regolazione dei mercati, v. BRUTI LIBERATI, *La strategia europea di decarbonizzazione e il nuovo modello di disciplina dei mercati alla prova dell'emergenza ucraina*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 1, 2022, pp. 3-12; AMOROSINO, *Le dicotomie delle regolazioni economiche nell'attuale contingenza di crisi*, in ID., *Le regolazioni pubbliche delle attività economiche*, Torino, 2021, pp. 15 ss.

[30] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, "*Un'ondata di ristrutturazioni per l'Europa: inverdire gli edifici, creare posti di lavoro e migliorare la vita*", 4.10.2020 – COM(2020) 662 final.

[31] Si veda il settore di intervento e azione n. 6.

[32] Risoluzione del Parlamento europeo del 14 settembre 2022 sul nuovo Bauhaus europeo.

[33] A livello europeo, il diritto all'abitazione è individuato come diritto fondamentale in varie disposizioni. Si pensi ad esempio agli artt. 7 e 34 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea del 2000 (c.d. Carta di Nizza), per cui «ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del suo domicilio e delle sue comunicazioni» e «al fine di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà, l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa te a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti, secondo le modalità stabilite dal diritto comunitario e le legislazioni e prassi nazionali». L'interesse dell'Unione Europea a tutelare il diritto alla casa come diritto fondamentale è stato poi ribadito nella Carta Europea dell'Alloggio elaborata dal Parlamento europeo nel 2006. Qui si riconosce che l'alloggio è un «bene di prima necessità» ed un «diritto sociale fondamentale». Per un approfondimento in dottrina, v. in particolare MARCHETTI, *Il diritto all'abitazione tra ordinamento statale ed europeo e prospettive di valorizzazione nel quadro dell'Europa sociale*, in BILANCIA (a cura di), *La dimensione europea dei diritti sociali*, Torino, 2019; ALLENA, *Il* "social housing"*: posizioni giuridiche soggettive e forme di tutela tra ordinamento nazionale ed europeo*, cit.; ROLLI, *Il diritto all'abitazione nell'Unione europea*, in BUCCELLI (a cura di), *L'esigenza abitativa. Forme di fruizione e tutele giuridiche. Atti del Convegno in onore di Gianni Galli* tenutosi a Firenze in data 19-20 ottobre 2012, Padova, 2013, pp. 51 ss.

[34] Lettera J della Risoluzione.

pianificazione e una progettazione del tutto inadeguata degli spazi urbani[35]. Si rende pertanto necessario «sviluppare modelli economici più sostenibili nei settori dell'edilizia e dell'energia, che favoriscano l'economia circolare e contribuiscano a combattere la povertà energetica e a raggiungere gli obiettivi climatici dell'Unione»[36], «tenendo conto del fatto che ciò è una condizione preliminare per conseguire una transizione energetica giusta ed equa»[37].

Tali raccomandazioni stanno mettendo in discussione le misure faticosamente approvate a livello europeo negli ultimi anni[38], tant'è che alcune di queste sono già sottoposte a revisione[39]; interventi "adattativi" sono attualmente in fase di continua elaborazione anche nell'ordinamento nazionale[40], dato che la speculazione caratterizzante il mercato edilizio italiano ha reso palmare l'effetto distorsivo che possono produrre i sussidi pubblici erogati "a pioggia"[41].

[35] Lettera K della Risoluzione.
[36] Lettera G della Risoluzione.
[37] Punto 27 della Risoluzione.
[38] Si pensi in particolare alla direttiva (UE) 2018/844 del 30 maggio 2018, che modifica la direttiva 2010/31/UE sulla prestazione energetica nell'edilizia e la direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica, recepita nell'ordinamento nazionale dal D.lgs. n. 48 del 10 giugno 2020, e alla c.d. nuova direttiva sull'efficienza energetica (UE) 2018/2002, che modifica la direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica, recepita nel nostro ordinamento dal D.lgs. n. 73 del 14 luglio 2020.
[39] Basti pensare che, dopo nemmeno tre anni dall'approvazione della Direttiva sull'efficienza energetica di cui alla nota precedente, nel 2021 la Commissione ha presentato una proposta di revisione delle direttive sull'efficienza energetica (COM(2021)0558) e sulla prestazione energetica nell'edilizia (COM(2021) 802 final) nell'ambito del pacchetto «Realizzare il *Green Deal* europeo», conformemente alla sua nuova ambizione in ambito climatico di ridurre, entro il 2030, le emissioni di gas a effetto serra dell'UE di almeno il 55% rispetto ai livelli del 1990 e di diventare climaticamente neutra entro il 2050. Nella prima proposta, la Commissione introduce requisiti esemplari per gli edifici pubblici, quali un obiettivo annuo di riduzione del consumo energetico dell'1,7% per il settore pubblico e un obiettivo di ristrutturazione di almeno il 3% della superficie coperta utile totale degli edifici della pubblica amministrazione. Propone inoltre di alleviare la povertà energetica accordando priorità ai clienti vulnerabili. Nella seconda, l'obiettivo principale della revisione è la riduzione delle emissioni di gas a effetto serra degli edifici, al fine di ottenere un parco immobiliare a emissioni zero entro il 2050. Pertanto, la proposta della Commissione si prefigge di aumentare il tasso e la profondità delle ristrutturazioni degli edifici, mediante incentivi finanziari e piani nazionali di ristrutturazione degli edifici.
[40] Si consideri anche solo l'affastellarsi di interventi normativi che, nell'ultimo periodo, hanno cercato di porre un freno alle ben note distorsioni che hanno caratterizzato la concreta erogazione del c.d. "Superbonus 110%".
[41] Per un'analisi degli incentivi recentemente introdotti anche a favore dell'edilizia residenziale pubblica, v. STEFFENONI, *Il superbonus per l'edilizia residenziale pubblica tra finanza di progetto e*

Insomma, gli interessi pubblici che il Diritto dovrebbe assicurare nel garantire la sostenibilità dell'abitare sono sempre più complessi e sfaccettati. Come la successiva trattazione renderà maggiormente evidente, essi sono stati tuttavia approcciati seguendo la logica dell'emergenza e della parcellizzazione: se, già presi singolarmente, faticano a dimostrare la propria idoneità a perseguire gli obiettivi preposti[42], tale inadeguatezza è del tutto evidente qualora si attribuisca agli stessi la funzione di garantire la sostenibilità nella sua triplice dimensione.

Ne deriva un duplice interrogativo. La prima questione concerne la necessità di operare un ripensamento delle tutele e degli strumenti giuridici predisposti dall'ordinamento nazionale; la seconda riguarda invece le forme e i ruoli dell'intervento pubblico in tale rinnovato contesto[43].

Da qui si dipana allora il secondo profilo di indagine che orienta il presente lavoro, vale a dire l'individuazione dell'auspicabile punto di equilibrio tra regolazione e programmazione nella promozione della sostenibilità dell'abitare. È noto, infatti, che il settore abitativo non è certo rimasto immune al generale processo di privatizzazione che ha determinato la progressiva erosione dell'intervento statale a tutela della "funzione pubblica della casa"[44]. Tuttavia, questo processo non ha caratterizzato in egual misura tutti gli Stati europei, e anche laddove sembrava ben avviato si sta assistendo, negli ultimi anni, al (più o meno evidente) "rientro sulla scena" politico-amministrativa delle programmazioni[45], che appare oggi giustificato anche dalla necessità di rispondere, secondo la logica dell'integrazione, a quei variegati e mutevoli interessi pubblici che il mercato da solo è sempre meno in grado di assicurare.

---

finanza pubblica: un'analisi sulle nozioni di rischio e di prezzo, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 1, 2022, pp. 61 ss.

[42] V. *infra* § 2.

[43] V. *infra* § 3.

[44] V. *infra* § 3.1.

[45] V. *infra* §§ 3.2, 4.

2. Le precedenti considerazioni dovrebbero aver dimostrato come il canone della sostenibilità, associato al diritto all'abitazione, al giorno d'oggi assuma una ben più complessa connotazione, dovendo intendersi in una triplice declinazione.

Nell'ottica di fornire una risposta al primo interrogativo, appare dunque necessario cercare di ricostruire i diversi strumenti giuridici predisposti dall'ordinamento al fine di conseguire ciascuna delle tre dimensioni della sostenibilità, così da farli interagire tra di loro.

Si è già detto che la prima dimensione a venire tradizionalmente in rilievo è quella economica. A questa possiamo ricondurre non solo le misure a favore dell'acquisto della prima casa[46], ma anche quelle volte a diffondere i contratti di locazione a canone concordato[47], per esempio attraverso la leva fiscale[48]; il Fondo nazionale per il sostegno all'accesso alle abitazioni in locazione[49] e il Fondo per la morosità incolpevole[50], nonché la sospensione delle esecuzioni di rilascio per immobili (c.d. "blocco degli sfratti")[51].

[46] Oltre alle agevolazioni di natura fiscale, si pensi ad esempio al Fondo di garanzia mutui per la prima casa, istituito presso il MEF con l'art. 1, comma 48, lett. c) della l. n. 147/2013, n. 147 e recentemente modificato per mezzo dell'art. 64 del DL. n. 73/2021 (c.d. "Decreto Sostegni-bis", conv. con modif. in L. n. 106/2021), il cui termine è stato successivamente prorogato fino al 31 dicembre 2022 dalla Legge n. 234/2021 (c.d. "Legge di Bilancio 2022"). In massima sintesi, il Fondo permette di agevolare il rapporto tra il cittadino e la banca offrendo una garanzia pubblica, con controgaranzia dello Stato, sul mutuo per l'acquisto della prima casa. Assume rilevanza in tal senso anche il Fondo di solidarietà per l'acquisto della prima casa, istituito dalla Legge n. 244 del 2007 (articolo 2, comma 475).

[47] Ex art. 2, c. 3, della l. n. 431/1998.

[48] Come noto, infatti, è prevista l'applicazione della cedolare secca, e quindi la corresponsione di un'aliquota unica pari al 10%. Inoltre, la base imponibile per il calcolo dell'Irpef è ridotta del 30% qualora sussistano le condizioni di cui all'articolo 8 della legge n. 431/1998. Ancora, il corrispettivo annuo ai fini della determinazione della base imponibile per l'applicazione dell'imposta proporzionale di registro è assunto nella misura minima del 70%.

[49] Istituito dalla l. n. 431/1998, art. 11.

[50] Istituito dall'art. 6, comma 5, del D.L. n. 102 del 31.08.2013 (conv. con modif. dalla L. n. 124 del 28 ottobre 2013) il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze. Esso sostiene le famiglie destinatarie di sfratto per morosità, con sopravvenuta impossibilità a provvedere al pagamento del canone di locazione a ragione della perdita o consistente riduzione della capacità reddituale.

[51] Durante l'emergenza pandemica, il c.d. "blocco degli sfratti" è stato disposto sino alla data del 1.09.2020 per mezzo dell'art. 103, comma 6, del D.L. n. 18/2020, conv. con modif. in L. n. 27/2020, e successivamente prorogato dapprima sino al 31.12.2020 (art. 17-bis del D.L. n. 34/2020, conv. con modif. in L. n. 77/2020), poi fino al 30.06.2021 (art. 13, comma 13, del D.L. 183/2020, conv., con modif., in L. n. 21/2021), e di nuovo fino al 31.12.2021 (art. 40-quater del D.L. 41/2021, conv., con

Negli ultimi anni è però diventata sempre più palese anche la stretta correlazione che sussiste tra l'abitazione e la componente sociale dello sviluppo sostenibile, essendo maggiormente matura la consapevolezza che l'abitare non si esaurisce nel possesso di una casa, ma richiede una pluralità di servizi di prossimità. A sua volta, questa componente sociale ci sembra suscettibile di essere scomposta in tre diversi sub-livelli, seppur non tutti ancora effettivamente tutelati nel nostro ordinamento, assumendo una differente connotazione a seconda delle categorie sociali coinvolte.

Al primo livello troviamo le misure volte a contrastare la povertà *lato sensu* intesa e le condizioni di marginalità estrema[52]: qui rientrano non solo gli interventi in materia di edilizia residenziale pubblica[53], tradizionalmente ispirati al principio della

modif., in L. n. 69/2021). I Tribunali di Trieste e Savona hanno sollevato questioni di legittimità costituzionale, n riferimento agli artt. 3, 11, 24, 41, 42, 111 e
117 Cost., nonché all'art. 6 CEDU, all'art. 1 Prot. addiz. CEDU e all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La Corte, nel dichiarare l'infondatezza di tali questioni, ha però ricordato la natura necessariamente temporanea della sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili, che deve quindi «ritenersi senza possibilità di ulteriore proroga, avendo la compressione del diritto di proprietà raggiunto il limite massimo di tollerabilità, pur considerando la sua funzione sociale (art. 42, secondo comma, Cost.). Resta ferma in capo al legislatore, ove l'evolversi dell'emergenza epidemiologica lo richieda, la possibilità di adottare altre misure più idonee per realizzare un diverso bilanciamento, ragionevole e proporzionato (sentenza n. 128 del 2021)».

[52] Visto che, fondamentalmente, la sostenibilità sociale indica un sistema di organizzazione della società che allevia la povertà: cfr. LITTIG, GRIEßLER, *Social sustainability: a catchword between political pragmatism and social theory*, in *International Journal of Sustainable Development*, 8, 2005, pp. 65-79.

[53] Per "edilizia residenziale pubblica" si intende quella realizzata, direttamente o indirettamente, dallo Stato, per la creazione di abitazioni da assegnare, a condizioni economiche particolarmente favorevoli, a cittadini con redditi bassi o che si trovino in condizioni economiche disagiate. A sua volta, essa si distingue in edilizia sovvenzionata, agevolata e convenzionata. La prima costituisce la forma tradizionale, riconducibile al modello della "casa popolare": è realizzata in via diretta dallo Stato e dalle Regioni attraverso i Comuni o le c.d. Aziende pubbliche per la casa (ex Istituti Autonomi Casa Popolare, IACP). In particolare, è finalizzata alla realizzazione di alloggi da destinare permanentemente in locazione agli aventi titolo (in base a parametri legati al reddito e alla categoria lavorativa). I suoi destinatari venivano sostanzialmente riconosciuti in due categorie, quella dei lavoratori e dei soggetti meno abbienti. L'edilizia agevolata si differenzia dalla prima in quanto diretta alla a fornire alloggi in proprietà a categorie sociali a reddito medio/basso o a categorie "protette o corporative". La terza categoria, vale a dire l'edilizia convenzionata, è invece realizzata direttamente dai privati con copertura dei costi a carico degli stessi e prevede la concessione ai privati delle aree a costo contenuto da parte della PA e agevolazioni sugli oneri di concessione. Prevede la possibilità di acquisire la casa in proprietà e, per specifiche categorie di soggetti, possono essere previsti prezzi calmierati per locazione o acquisto in base a convenzioni stipulate con i Comuni.

beneficienza pubblica[54] e finanziati con contributi interamente pubblici e a fondo perduto (si pensi in particolare alle storiche "case popolari ed economiche"), ma anche le misure di *welfare* predisposte in ottica sostitutiva rispetto all'offerta di un alloggio effettivo e, di recente, i finanziamenti che il PNRR riserva all'"abitare assistito"[55] – dedicato ad anziani non autosufficienti[56] e a disabili[57] – nonché all'*housing* temporaneo[58] e alle c.d. stazioni di posta[59] per le persone senza fissa dimora, con lo scopo di raggiungere una più ampia inclusione sociale. Si tratta tuttavia di misure ad oggi considerate del tutto inadeguate rispetto al fabbisogno[60] e alla consistenza del patrimonio degli alloggi pubblici di altri paesi[61]; inoltre, malgrado l'incremento della consistenza delle prestazioni sociali erogate per assistenza

[54] RACCA, CAVALLO PERIN, *L'edilizia residenziale pubblica*, in LENTI (a cura di), *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, vol. VI, Milano, 2002, pp. 451-489 e in particolare p. 452.
[55] Nell'ambito del Piano di Ripresa e Resilienza, la Missione 5 Componente 2 "Infrastrutture sociali, famiglie, comunità e terzo settore", riserva 1,45 miliardi alla Sottocomponente "Servizi sociali, disabilità e marginalità sociale".
[56] L'obiettivo è quello di assicurare, in alternativa al ricovero a lungo termine in strutture residenziali pubbliche, un contesto abitativo attrezzato insieme ad un percorso di assistenza sociale e sociosanitaria integrata di tipo domiciliare, che consentano alla persona di conseguire e mantenere la massima autonomia e indipendenza. Questi progetti possono prevedere ad esempio la realizzazione di investimenti infrastrutturali per la riconversione e riqualificazione di strutture residenziali pubbliche, così da trasformarle in strutture destinate all'accoglienza delle persone anziane non autosufficienti, articolate in gruppi di appartamenti autonomi dotati delle attrezzature necessarie e dei servizi di cura e di assistenza di cui le persone necessitano.
[57] Ad esempio, attraverso la realizzazione di abitazioni volte ad accogliere gruppi di persone con disabilità mediante il reperimento e adattamento di spazi esistenti, anche destinando a tale finalità beni sequestrati alla criminalità organizzata.
[58] Trattasi di strutture di accoglienza temporanea per gli individui senza fissa dimora o in difficoltà economica che i Comuni mettono a disposizione fino a 24 mesi, attivando progetti personalizzati per singola persona/famiglia al fine di attuare programmi di sviluppo della crescita personale e raggiungere un maggiore grado di autonomia.
[59] Si tratta di centri volti ad offrire, oltre a un'accoglienza notturna limitata, ulteriori servizi (sanitari, ristorazione, orientamento al lavoro, distribuzione di beni alimentari, ecc.).
[60] In Italia sono almeno 650 mila le famiglie nelle graduatorie comunali per l'accesso all'edilizia sovvenzionata, quindi quasi 1,4 milioni di persone. Al contempo, «ci sono almeno 48.000 case popolari non utilizzate per mancata manutenzione». Fonte: Osservatorio nazionale sulle politiche abitative e di rigenerazione urbana, *Rilanciare le politiche pubbliche per l'abitare*, 2022, disponibile al link: *DOCUMENTO_Rilanciare-le-politiche-pubbliche-per-l'abitare.x40000.pdf (forumdisuguaglian zediversita.org)*, p. 8.
[61] Gli alloggi di edilizia residenziale pubblica rappresentano oggi solo il 3,8% dello *stock* abitativo complessivo del Paese, contro il 29,1% dei Paesi Bassi, il 24% dell'Austria, il 21% della Danimarca, il 17,60% del Regno Unito e il 16% della Francia. Fonte: Rapporto Housing Europe, *The state of housing in Europe 2021*, disponibile al link: *https://www.stateofhousing.eu/The_State_of_Housing_in_the_EU_2021.pdf*.

all'abitazione[62], la povertà assoluta è progressivamente aumentata nell'ultimo decennio[63].

Il secondo livello che ci sembra di poter ravvisare ha trovato riconoscimento effettivo a partire dal 2008 e riguarda invece la c.d. "area grigia della popolazione", vale a dire quelle persone che, essendo escluse per ragioni di reddito dall'accesso all'edilizia residenziale pubblica, non sono tuttavia in grado di sostenere i costi del libero mercato, versando in condizioni di disagio. Lo strumento giuridico a tal fine predisposto è rappresentato dalla c.d. "edilizia residenziale sociale"[64] (comunemente nota come "*social housing*")[65]. Le principali misure nazionali in materia sono contenute nel c.d. "Piano nazionale di edilizia abitativa" (meglio noto come "Piano casa"), previsto dall'art. 11 del D.L. 25 giugno 2008 n. 112[66] e attuato con i D.P.C.M.

[62] Passate da 92 milioni di euro nel 1993 a 385 milioni di euro nel 2010, con una crescita del 318% circa. Fonte: CASSA DEPOSITI E PRESTITI, Social Housing. *Il mercato immobiliare in Italia: focus sull'edilizia sociale*, *Report Monografico 03-2014*, p. 33.

[63] Fonte: *Rapporto ISTAT 2022*, p. 205.

[64] L'Edilizia Residenziale Sociale (ERS) trova una prima, generica definizione sul finire degli anni Novanta, per opera del Comitato europeo per l'abitazione sociale (CECODHAS), che la identifica come «un insieme di alloggi e servizi, di azioni e strumenti per una utenza che non riesce a soddisfare il proprio fabbisogno abitativo sul mercato, per ragioni economiche o per assenza di un'offerta adeguata». In Italia trova definizione del decreto del Ministro delle infrastrutture 22 aprile 2008, emanato per legittimare l'esenzione della disciplina in materia di aiuti di stato. In particolare, si considera alloggio sociale «l'unità immobiliare adibita ad uso residenziale che svolge la funzione di interesse generale, nella salvaguardia della coesione sociale, di ridurre il disagio abitativo di individui e nuclei familiari svantaggiati, che non sono in grado di accedere alla locazione di alloggi nel libero mercato. L'alloggio sociale si configura come elemento essenziale del sistema di edilizia residenziale sociale costituito dall'insieme dei servizi abitativi finalizzati al soddisfacimento delle esigenze primarie».

[65] In realtà, il termine "*social housing*" a livello europeo non ha ancora trovato una definizione specifica; ad esso vengono infatti associati vari significati, che spesso vanno oltre l'edilizia residenziale sociale e mutano a seconda delle politiche abitative concretamente adottate dai singoli Stati. Tuttavia, sembra possibile ravvisare tre elementi comuni che caratterizzano il *social housing* in tutti gli Stati europei: «una missione pubblica di interesse generale, l'obiettivo di aumentare l'offerta di alloggi a prezzi accessibili e obiettivi specifici definiti in termini di migliorare lo status socio-economico o di diminuire la presenza di vulnerabilità»: GALASSI, *Il* social housing *in Europa: un confronto a partire dalle definizioni*, in SANTANGELO (a cura di), *Edilizia sociale e urbanistica. La difficile transizione dalla casa all'abitare*, op.cit., p. 43. Per una panoramica sui sistemi di edilizia sociale nei vari Stati membri, si rinvia in particolare a PITTINI, *Edilizia sociale nell'Unione Europea*, in *Techne*, 4, 2012, pp. 21-34.

[66] Convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2008, n. 133.

16 luglio 2009 e 10 luglio 2012, che ne introducono i contenuti fondamentali[67].

Il profilo di maggiore innovatività che connota questo intervento normativo è rappresentato dalla possibilità di utilizzare i fondi immobiliari chiusi come strumento per finanziare la realizzazione di alloggi sociali. Tali fondi immobiliari possono essere costituiti mediante la partecipazione di soggetti pubblici e privati e confluiscono in un "Sistema Integrato di Fondi" (SIF), composto da un "fondo nazionale" ("Fondo Investimenti per l'Abitare" – FIA) e da una serie di "fondi locali"[68]. Il FIA è gestito da CDP Immobiliare Società di Gestione del Risparmio S.p.A. ("CDPI SGR"), di cui CDP detiene il 70%, con una dotazione complessiva di circa 2 miliardi di euro. A queste risorse, nell'ambito del SIF si aggiunge oltre 1 miliardo di euro di raccolta da circa 200 investitori, tra i quali figurano fondazioni bancarie, enti pubblici territoriali, investitori istituzionali, cooperative e operatori immobiliari privati. La missione del SIF è quella di permettere investimenti nel settore dell'edilizia privata sociale, così da incrementare l'offerta di alloggi sociali per la locazione a canone calmierato, l'affitto con previsione di riscatto e la vendita a prezzi convenzionati, a supporto e integrazione delle politiche di settore dello Stato e degli Enti locali[69].

[67] I beneficiari delle misure sono definiti direttamente dal legislatore all'art. 11, comma 2, del D.L. n. 112/2008. Si tratta di categorie sociali particolarmente svantaggiate nell'accesso agli alloggi a condizioni di mercato: nuclei familiari a basso reddito, anche monoparentali o monoreddito; giovani coppie a basso reddito; anziani in condizioni sociali o economiche svantaggiate; studenti fuori sede; soggetti sottoposti a procedure esecutive di rilascio; altri soggetti, quali particolari categorie sociali, soggette a procedure esecutive di rilascio per finita locazione degli immobili adibiti ad uso di abitazioni e residenti nei Comuni capoluoghi di Provincia, nei Comuni con essi confinanti con popolazione superiore a 10 mila abitanti e nei Comuni ad alta tensione abitativa; immigrati regolari a basso reddito, residenti da almeno dieci anni nel territorio nazionale ovvero da almeno cinque anni nella medesima Regione.

[68] In particolare, il FIA investe il proprio patrimonio principalmente in quote di fondi comuni d'investimento immobiliari operanti a livello locale e gestiti da altre società di gestione del risparmio (SGR), attraverso partecipazioni nel limite massimo del'80%. Tale limite è finalizzato a sollecitare sul territorio l'investimento di risorse da parte di soggetti terzi rispetto al Fondo, permettendo al FIA di mantenere una presenza rilevante nelle singole iniziative.

[69] È opportuno sottolineare che il SIF, e più in generale la costituzione di un sistema integrato nazionale e locale di fondi immobiliari per l'acquisizione e la realizzazione di immobili per l'edilizia residenziale, rappresenta solo una delle linee di intervento previste dal Piano nazionale di edilizia abitativa (art. 1, comma 1, del D.P.C.M. 16/7/2009). Le altre sono: incremento del patrimonio di edilizia residenziale pubblica con risorse dello Stato, delle Regioni, delle Province autonome, degli Enti locali e di altri Enti pubblici, comprese quelle derivanti anche dall'alienazione degli alloggi di

Proprio nell'ottica di contribuire al raggiungimento degli obiettivi di Sviluppo Sostenibile fissati dalle Nazioni Unite[70], nel febbraio 2020 Cassa Depositi e Prestiti ha anche emesso il primo *Social Bond* italiano dedicato al *social housing*: destinato a investitori istituzionali, esso ha un valore nominale pari a 750 milioni di euro[71], a tasso fisso, non subordinato e non assistito da garanzie[72].

Con queste misure si è pertanto dato vita a un difficile connubio tra interventi di *welfare* e sistemi di mercato. Dalla logica della sovvenzione erogata a fondo perduto si passa a quella dell'investimento; il c.d. "principio di beneficenza pubblica" cede il passo alle logiche della redditività[73].

Tuttavia, anche in questo caso, l'intervento normativo del 2008 si è rivelato, nei fatti, inadeguato: prova evidente del suo sostanziale fallimento è l'approvazione,

edilizia pubblica in favore degli occupanti muniti di titolo legittimo; promozione finanziaria anche ad iniziativa di privati, di interventi ai sensi del codice degli appalti; agevolazioni a cooperative edilizie costituite tra i soggetti destinatari degli interventi, eventualmente prevedendo agevolazioni amministrative nonché termini di durata predeterminati per la partecipazione di ciascun socio, in considerazione del carattere solo transitorio dell'esigenza abitativa; programmi integrati di promozione di edilizia residenziale sociale; interventi di competenza degli ex IACP comunque denominati o dei Comuni, già ricompresi nel Programma straordinario di edilizia residenziale pubblica, caratterizzati da immediata fattibilità, ubicati nei Comuni ove la domanda di alloggi sociali, che risulta dalle graduatorie, è più alta.

[70] Vale a dire il n. 1, «No Povertà», che mira a «porre fine alla povertà in tutte le sue forme, ovunque» e il n. 11, «Città e Comunità sostenibili», che ha l'obiettivo di «rendere le città inclusive, sicure, durature e sostenibili». Il *Social Housing Bond* è stato emesso ai sensi del "*CDP Green, Social and Sustainability Bond Framework*" e fa seguito all'emissione *Social* inaugurale del 2017, al *Sustainability* nel 2018 e al secondo *Social Bond* di marzo 2019.

[71] L'emissione è stata ben accolta dal mercato, con oltre 270 investitori istituzionali coinvolti, di cui circa il 66% esteri.

[72] I fondi raccolti sono stati interamente allocati a 235 progetti di *social housing*, con un impatto stimabile in 4.226 alloggi sociali e 1.788 posti letto in studentati, RSA e residenze temporanee. Per maggiori dettagli si rinvia al Rapporto di CASSA DEPOSITI E PRESTITI, Social Housing Bond Report *2021. Il nostro impegno per l'abitare sostenibile*, 2021, disponibile al link*: https://www.cdp.it/resources/cms/documents/CDP-Social-Housing-Bond-Report_IT.pdf*. Per un approfondimento più generale del ruolo di CDP nel promuovere lo

[73] Riteniamo quindi di non poter concordare con quella dottrina che ritiene di non poter sostanzialmente distinguere l'edilizia residenziale sociale rispetto all'edilizia residenziale pubblica. V. in particolare LUNGARELLA, Social housing*: una definizione inglese di "edilizia residenziale pubblica"?*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3-4, 2010, pp. 271-312, secondo cui i due termini sono sostanzialmente sinonimi, avendo l'aggettivo "sociale" soppiantato quello "pubblico" solo per «liberarsi del peccato originale dello statalismo e dell'inefficienza della burocrazia pubblica che, inevitabilmente, marchia l'espressione ERP» (p. 277) mentre, nella sostanza, nulla cambia.

nel 2014, di un nuovo Piano Casa[74] che, seppur emanato a fini dichiaratamente emergenziali, ha finito per innovare la definizione stessa di "alloggio sociale"[75] e ha cercato di rafforzare lo sviluppo dell'edilizia residenziale sociale, attraverso misure del tutto frammentarie ed eterogenee[76].

Ci sembra che, tutto sommato, la considerazione della sostenibilità sociale da parte del legislatore italiano si arresti qui, così lasciando scoperta un'ampia fascia della popolazione, la cui domanda viene tuttalpiù parzialmente soddisfatta con sovvenzioni da parte delle Amministrazioni centrali e locali. Eppure, quantomeno nel contesto attuale, connotato da un'inedita e sfaccettata domanda abitativa[77], ci pare ravvisabile un terzo livello della sostenibilità sociale, che concerne una fascia ben più estesa della popolazione: esso mira a garantire, più in generale, la *qualità* dell'abitare.

A ben vedere, il nostro legislatore non ne ignora l'esistenza. Del resto, già nel 2014 – e dunque in concomitanza con l'approvazione del c.d. "nuovo Piano Casa" – l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato[78] ha riconosciuto che il fine per cui l'*housing* sociale è stato sviluppato fin dalla metà del secolo scorso nei paesi dell'Europa settentrionale è quello di rispondere alla necessità di ripensare gli insediamenti di edilizia sociale sul territorio non solo sotto un profilo quantitativo,

[74] D.L. n. 47/2014, recante "*Misure urgenti per l'emergenza abitativa, per il mercato delle costruzioni e per l'Expo 2015*", conv. con modif. in L. n. 80/2014.
[75] In particolare, per alloggio sociale si deve intendere l'unità immobiliare adibita ad uso residenziale quando sia realizzata o recuperata da soggetti pubblici e privati, nonché dall'ente gestore comunque denominato, e da concedere in locazione, per ridurre il disagio abitativo di individui e nuclei familiari svantaggiati che non sono in grado di accedere alla locazione di alloggi alle condizioni di mercato.
[76] Quali ad esempio: detrazioni Irpef per il conduttore di alloggi sociali; agevolazioni fiscali per l'investitore sui redditi da locazione di alloggi sociali; riscatto a termine dell'alloggio sociale. Per un approfondimento di tali misure, v. DERIU, *Il Piano Casa del Governo Renzi: luci e ombre delle misure sull'emergenza abitativa*, in *Social Policies*, 2, 2014, pp. 295-301; PONZO, *L'articolo 5 del "Piano casa" del Governo Renzi. Un dubbio bilanciamento tra esigenze di legalità e diritto alla casa*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2014, pp. 1 ss.; SCHILLACI, *Tempo da lupi per il diritto alla casa*, in *www.dirittocomparati.it*, 22 maggio 2014.
[77] V. *supra* § 1.
[78] Cons. Stato, Adunanza Plenaria, sent. n. 7 del 30.01.2014.

bensì anche sul versante qualitativo[79]. Lo scopo dell'*housing* sociale è dunque quello di «migliorare la condizione di queste persone, favorendo la formazione di un contesto abitativo e sociale dignitoso all'interno del quale sia possibile non solo accedere ad un alloggio adeguato, ma anche a relazioni umane ricche e significative»[80].

È proprio il paragone con gli altri Stati membri a rendere plasticamente evidente la natura, eccessivamente riduttiva, della tutela apprestata dal nostro ordinamento. Anche nella forma dell'edilizia residenziale sociale, l'intervento pubblico è riservato alle fasce più deboli della popolazione, secondo una visione assistenzialistica. Gli alloggi sociali sono infatti destinati a soddisfare la domanda di servizi abitativi di un'utenza eleggibile alla prestazione, in quanto in possesso di ben precise caratteristiche. Pertanto, a differenza di quanto succede per altri servizi sociali (si pensi alla sanità e all'istruzione), le prestazioni non sono rivolte alla totalità dei cittadini; inoltre, si tratta di un diritto finanziariamente condizionato[81], il che lo rende di fatto un «diritto instabile nell'attuale contesto economico»[82].

Il caso italiano rientra infatti nel modello c.d. *targeted*[83], seppur nella sua versione generalista[84], che «presuppone l'individuazione di specifici obiettivi e una propensione a fondarsi sulla capacità del mercato, ammettendo la necessità dell'intervento pubblico per garantire l'accesso all'abitazione ai nuclei familiari

[79] In altre parole, il contenuto sociale è prevalentemente rappresentato, oltre che dall'accesso a una casa dignitosa per coloro che non riescono a sostenere i prezzi di mercato, anche da una specifica attenzione alla qualità dell'abitare.
[80] *Ibidem*.
[81] C. Cost., sent. n. 404 del 1988.
[82] CATALDO, *Verso l'ossimoro di una tutela elusiva del diritto all'abitazione? riflessioni a margine di due pronunce della Corte costituzionale in materia di edilizia residenziale pubblica*, in Rivista AIC, 3, 2017, pp. 1-24 e in part. 23 ss.
[83] Adottato dalla maggioranza dei Paesi europei.
[84] Si distingue infatti dal modello c.d. *targeted* "residuale", laddove la preferenza è accordata secondo il "criterio del bisogno specifico", basato su condizioni di salute, numerosità del nucleo familiare, età e appartenenza a particolari settori professionali e produttivi. In quest'ultimo caso, la politica abitativa si intreccia con la politica industriale al fine di facilitare l'insediamento di determinate figure professionali in località e realtà produttive particolarmente bisognose di uno specifico capitale umano.

esclusi»[85].

Vi sono invece Stati – si pensi ai Paesi Bassi, alla Danimarca e alla Svezia – che adottano un approccio c.d. universalistico: alla base vi è l'assunzione di responsabilità, da parte del soggetto pubblico, nel garantire un'abitazione dignitosa a prezzi accessibili *a chiunque*. Il diritto alla casa è garantito a tutti da enti pubblici, e il *social housing* è finalizzato a calmierare il mercato[86]. Al contempo, in questi Stati municipalità e aziende pubbliche sono sempre più coadiuvate, se non addirittura sostituite, dai c.d. "attori non profit", che assumono la forma di cooperative e associazioni[87].

È evidente che in tale modello sono particolarmente sviluppate anche le esperienze di *co-housing*[88], che pur rientrano nella generale nozione di *social housing*: in questi Paesi sono infatti alquanto diffuse forme di aggregazione sociale atte a condividere i servizi tipici di un'abitazione civile (es. cucina, accesso a internet, ma anche spazi di ricreazione per bambini, luoghi di *co-working*, abitazioni condivise per la terza età[89], ecc.) garantendo così, insieme alle interazioni sociali, benefici economici e ambientali (es., risparmio dell'energia e ripartizione delle spese).

Particolarmente significativo in tal senso è il caso delle organizzazioni olandesi di edilizia popolare (c.d. *Woningcorporaties*)[90], che gestiscono oltre il 30% del

[85] CASSA DEPOSITI E PRESTITI, Social Housing. *Il mercato immobiliare in Italia: focus sull'edilizia sociale*, cit., p. 25.
[86] V. GALASSI, *Il* social housing *in Europa: un confronto a partire dalle definizioni*, cit., p. 45.
[87] Si rinvia a tal proposito a PLEBANI, Housing sociale *e futuro delle politiche abitative*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 3, 2011, pp. 493-506.
[88] Per un approfondimento in dottrina, si rinvia a ZUCCHINI, *Aspetti operativi: il cohousing dal punto di vista giuridico*, in SAPIO (a cura di) *Famiglie, reti famigliari e* cohousing. *Verso nuovi stili del vivere, del convivere e dell'abitare*, Roma, 2010, pp. 211 ss.; PISANESCHI, «*Diritto all'abitazione» e* housing *sociale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, vol. III, Torino, 2016, p. 1799 ss.
[89] Un esempio significativo è rappresentato dal complesso residenziale sito a Bergweg, a Rotterdam. Sono stati costruiti 195 alloggi, pensati per una popolazione eterogenea e utilizzabili anche da parte degli abitati del quartiere, comprensivi di *day-hospital* con servizi di assistenza e cura a diversi livelli (fisioterapia, logopedia, dietologia), dentista, dottore, parrucchiere, negozi e ristoranti. Per ulteriori dettagli su questo caso-studio e altri analoghi, si rinvia al *link*: *https://www.abitareeanziani.it/ esperienze-internazionali-abitazioni-per-la-terza-eta-nel-mondo-indicazioni/*.
[90] Si tratta di organizzazioni private senza scopo di lucro che operano sulla base di una registrazione e soggette alla supervisione dall'autorità nazionale "*Autoriteit Woningcorporaties*". Attualmente ne

patrimonio abitativo nazionale[91]. Esse non si limitano a costruire, mantenere, vendere e locare il patrimonio abitativo sociale, ma mirano anche a fornire altri servizi legati all'uso degli alloggi sociali, assicurando un'offerta adeguata di case a prezzi accessibili e di buona qualità. Il risparmio energetico è una priorità assoluta[92], essendo funzionale anche a ridurre i costi di gestione dell'alloggio da parte degli inquilini. Tra le finalità perseguite da queste organizzazioni vi è quella di creare le migliori scuole nei quartieri maggiormente disagiati, ad esempio fornendo formazione agli insegnanti, con lo scopo precipuo di migliorare la qualità dei servizi sociali per affrontare il problema della segregazione sociale[93]; al contempo, tuttavia, svolgono pure attività di natura commerciale. Proprio l'estrema varietà dei servizi che le associazioni edilizie olandesi erogano a una fascia assai estesa della popolazione, non riconducibile unicamente a quella delle persone svantaggiate, ha recentemente portato la Commissione europea[94] e conseguentemente, di lì a poco, anche il

esistono circa 425. Per un approfondimento si rinvia a BIERMEIER, *From the Spirits that I Called – the Conflict between Domestic Norms and Internal Market Law in Dutch Social Housing Policy*, in *Maastricht Faculty of Law Working Paper No. 2011-5*, 5, 2011, pp. 1-52; BOELHOUWER, *The future of Dutch housing associations*, in *Journal of Housing and the Built Environment*, vol. XXII, 4, 2007, pp. 383-391. Per un'utile ricostruizione delle varie tipologie di *housing corporations* nei Paesi Bassi, si veda in particolare GRUIS, *Organisational archetypes for Dutch housing associations*, in *Environment and Planning C: Government and Policy*, 2008, vol. XXVI, pp. 1077-1092; BOELHOUWER, *The future of Dutch housing associations*, in *Journal of Housing and the Built Environment*, vol. XXII, 2007, pp. 383-391.

[91] PITTINI, *Le politiche per la casa in Europa*, relazione tenuta in occasione del seminario "L'Italia incontra l'Europa", svoltosi il 12 febbraio 2015 a Roma e reperibile al *link*: *https:// www.acerferrara.it/media/uploads/attach/superuser/docs/relazione%20%20alice%20pittini.pd*.

[92] Come ben dimostrato in LAMBRECHTS, MITCHELL, LEMON, MAZHAR, OOMS, VAN HEERDE, *The Transition of Dutch Social Housing Corporations to Sustainable Business Models for New Buildings and Retrofits*, in *Energies*, 14, 2021, pp. 631 ss.

[93] DORTLAND, *Corporaties in brede schoolontwikkeling: en onderzoek naar besluitvorming en verantwoordingdoor corporaties bij het ontwikkelen van brede scholen*, Rotterdam, 2010, disponibile al link: *https://bouwstenen.nl/fileswijkplaats/Scriptie%20Corporaties%20in%20brede%20schoolontwikkeling,%20Edwin%20Dortland%202010.pdf*.

[94] Decisione C (2009) 9963 della Commissione europea del 15 dicembre 2009, relativa agli aiuti di Stato E 2/2005 e N 642/2009 (Paesi Bassi), riguardante "Aiuto esistente e aiuto specifico per progetti a vantaggio delle associazioni per l'alloggio". Le corpose dimensioni del settore olandese dell'edilizia sociale hanno suscitato preoccupazioni sulla parità di condizioni concorrenziali tra i fornitori di alloggi sociali e commerciali. Nel 2007, questa preoccupazione si è concretizzata in una denuncia dell'Associazione olandese degli investitori istituzionali alla Commissione europea, con particolare riferimento agli effetti distorsivi degli aiuti di Stato erogati alle associazioni edilizie. Ne è scaturita la

legislatore olandese[95], a distinguere le attività da esse svolte riconducibili a SIEG – destinate alle persone che versano in condizioni di vulnerabilità e che legittimano le *Woningcorporaties* a ricevere aiuti di stato – da tutte le altre attività[96].

Anche in Italia si rivengono sperimentazioni volte a estendere il classico ambito di applicazione di edilizia sociale in senso maggiormente innovativo, sul modello di queste (e altre) pratiche europee[97]: tuttavia, si tratta di esperienze che appaiono ancora del tutto residuali, la cui fruizione è peraltro limitata al novero delle persone che risultano maggiormente fragili.

In realtà, pure Stati europei che ricorrono come noi al modello c.d. *targeted* (ad. es., le nostre vicine Francia e Germania) si differenziano, poiché prevedono un limite di reddito assai più elevato: ciò in quanto riconoscono come priorità la necessità di garantire l'accesso a tali misure da parte di una ben più ampia e variegata fascia della popolazione, in linea con la finalità inclusiva.

Passando all'analisi del terzo profilo – che guarda alla sostenibilità nella sua accezione più comune, vale a dire quella ambientale – si è già avuto modo di rilevare[98] che l'obiettivo generale di fornire un'ampia disponibilità di edifici efficienti sotto il profilo energetico e sostenibili, segnatamente per le famiglie a basso e medio reddito e per le persone e le zone vulnerabili, si è concretamente perseguito con una serie di interventi parcellizzati e del tutto inadeguati, che hanno finito per creare un

decisione in parola, Per un approfondimento in dottrina, v. PRIEMUS, GRUIS, *Social Housing and Illegal State Aid: The Agreement between European Commission and Dutch Government*, in *International Journal of Housing Policy*, vol. XI, 1, 2011, pp. 89-104; ELSINGA, LIND, *The Effect of EU-Legislation on Rental Systems in Sweden and the Netherlands*, in *Housing Studies*, vol. XXVIII, 7, 2013, pp. 960-970.

[95] Per il tramite della c.d. "nuova legge sugli alloggi" (*Woningwet*) del 2015.

[96] Per maggiori dettaglio si rinvia a HOEKSTRA, *Reregulation and Residualization in Dutch social Housing: a critical Evaluation of new Policies*, in *Critical Housing Analysis*, vol. IV, 1, 2017, pp. 31-39.

[97] Per un approfondimento, si rinvia in particolare a IAIONE, BERNARDI, DE NICTOLIS, *La casa per tutti. Modelli di gestione innovativa e sostenibile per l'*adequate housing, Bologna, 2019; IAIONE, BERNARDI, PREVETE, *Home pooling. Applying Co-governance to the Housing Sector*, in *Sociologia del lavoro*, 2018, pp. 155-173; BERNARDI, BETTINI, DE NICTOLIS, PREVETE, *Casa Bene Comune. Dall'*housing *collaborativo all'*housing *di comunità*, 2018, disponibile al link: *https://www.astrid-online.it/static/upload/casa/casabenecomune_17.9.18.pdf*.

[98] *Supra*, § 1.

effetto distorsivo del mercato, con buona pace della massimizzazione del "benessere sociale".

Non è che non si sia provato, anche nel nostro ordinamento, a intervenire in maniera organica sulle tre dimensioni della sostenibilità, combinando la (pur riduttiva) componente sociale con quella economica e ambientale: in fin dei conti, ci sembra che anche questa costituisca una peculiarità che connota i più recenti provvedimenti in materia di edilizia residenziale sociale rispetto a quelli, più risalenti, dedicati all'edilizia residenziale pubblica. Basti pensare al Decreto del Ministero delle Infrastrutture del 26 marzo 2008 che ha istituito il "Programma di riqualificazione urbana per alloggi a canone sostenibile"[99], volto a destinare degli alloggi a nuclei famigliari rientranti nella c.d. "zona grigia" della popolazione[100] e a favorire l'ecosostenibilità degli alloggi da realizzare o recuperare, prevedendo un rendimento energetico degli edifici superiore almeno del 30 per cento rispetto a quello previsto dall'allora vigente normativa[101]. Su questa base sono stati successivamente approvati ulteriori interventi normativi[102]; tuttavia, le scarse risorse concretamente messe a disposizione non hanno consentito la reale affermazione di questo modello[103].

In massima sintesi, dunque, gli obiettivi che l'intervento pubblico deve mirare a soddisfare vanno oltre la tutela dell'accesso ad una abitazione e riguardano una

[99] Esso costituiva «un programma innovativo in ambito urbano […] finalizzato a incrementare la disponibilità di alloggi da offrire in locazione a canone sostenibile nonché a migliorare l'equipaggiamento infrastrutturale dei quartieri caratterizzati da condizioni di forte disagio abitativo», rappresentando una sorta di ponte ideale tra la politica di edilizia residenziale fino ad allora attuata e le prospettive che si sarebbero aperte con il cosiddetto "Piano Casa".

[100] In ciò stimolando un coinvolgimento finanziariamente ed economicamente rilevante da parte dei privati mediante la fissazione di un limite massimo al cofinanziamento pubblico (10 milioni di euro).

[101] Decreto del Ministero delle Infrastrutture 26 marzo 2008, art. 7, comma 1, lett. d).

[102] V., a mero titolo di esempio, l'art. 10, comma 1, del già menzionato "nuovo Piano Casa", che ha introdotto una serie di misure volte a «perseguire la riduzione del disagio abitativo di individui e nuclei famigliari svantaggiati attraverso l'aumento dell'offerta di alloggi sociali in locazione, senza consumo di nuovo suolo rispetto agli strumenti urbanistici vigenti, favorendo il risparmio energetico e la promozione, da parte dei Comuni, di politiche urbane mirate ad un processo integrato di rigenerazione delle aree urbanizzate e dei tessuti edilizi esistenti attraverso lo sviluppo dell'edilizia sociale».

[103] CASSA DEPOSITI E PRESTITI, Social Housing. *Il mercato immobiliare in Italia: focus sull'edilizia sociale*, cit., p. 33.

fascia sempre più ampia della popolazione; al contempo, si assiste al progressivo allontanamento dalla dimensione fisica e meramente materiale della casa. Eppure, al momento attuale le tre dimensioni della sostenibilità, seppur alla ricerca di un'unitaria definizione, sono approcciate unicamente con micro-interventi settoriali, spesso pure disfunzionali, che coinvolgono attori diversi.

3. Se la sostenibilità dell'abitare va garantita nella sua triplice dimensione, adottando un approccio integrato e una visione a lungo a termine, si apre allora un duplice interrogativo. La prima questione concerne la necessità di operare un ripensamento delle tutele e degli strumenti giuridici all'uopo predisposti dall'ordinamento nazionale; la seconda attiene invece, più in generale, al ruolo che deve essere riconosciuto all'intervento pubblico in tale rinnovato contesto.

Più nello specifico, ci si chiede anzitutto se proprio la leva della sostenibilità possa contribuire all'annoso dibattito di matrice costituzionalistica sul riconoscimento del diritto all'abitare[104] nella nostra Costituzione.

È noto, infatti, che l'unico riferimento letterale all'abitazione (*rectius*: alla sua *proprietà*) è attualmente contenuto nell'art. 47, comma 2[105], della Costituzione: oggetto di tutela non è l'abitazione[106] bensì il risparmio, protetto *anche*[107] attraverso

[104] Secondo la nozione offerta da OLIVITO, *Il diritto costituzionale all'abitare. Spinte proprietarie, strumenti della rendita e trasformazioni sociali*, op.cit., p. 2, secondo cui «l'espressione racchiude un insieme variegato di bisogni (personali, familiari, sociali e culturali), che il bene "casa" è chiamato strumentalmente a soddisfare, non essendo possibile ridurre l'"abitare" alla "casa". Il cambiamento lessicale denota la presa di coscienza della necessità di un approccio caleidoscopico al disagio abitativo, che sappia tenere insieme i molteplici profili dell'urbanistica, delle politiche fondiarie e delle marginalità socio-economiche».

[105] Ai sensi del quale la Repubblica «Favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese».

[106] In particolare, nega che dall'art. 47 Cost. possa derivare un diritto all'abitazione SORACE, *A proposito di "proprietà dell'abitazione", "diritto all'abitazione" e "proprietà (civilistica) della casa"*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, III, 1977, pp. 1035 ss.; MERUSI, *Art. 47*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, III, Bologna-Roma, 1980, p. 186, nota 10, secondo cui «Del tutto da escludere è che da questo articolo si possa far derivare un diritto generale "alla casa" sganciato dal diritto di proprietà (…)». Ritiene che un diritto all'abitazione sia sì rinvenibile nella nostra Costituzione ma non sia riconducibile all'art. 47, comma 2, Cost. preso

l'acquisto della casa. Questo ha imposto di ancorare il diritto all'abitazione ad altri riferimenti impliciti presenti nella Carta costituzionale[108], riconoscendone sì la natura di diritto inviolabile, ma per l'appunto finanziariamente condizionato[109].

Ebbene, una volta accolta la tesi per cui la sostenibilità dell'abitare impone anzitutto di fornire una pluralità di servizi di prossimità a chiunque, che vanno oltre la fruizione materiale della casa in quanto volti non solo a rimuovere le disuguaglianze sociali ma più in generale a garantire una maggiore qualità nel vivere le proprie relazioni territoriali, forse questo riferimento *per relationem* risulta effettivamente non più sufficiente.

È risaputo che il principio della sostenibilità, nella sua declinazione ambientale, ha recentemente imposto la riformulazione degli artt. 9 e 41 della Costituzione[110]. Per

isolatamente BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, Milano, 1980, pp. 30 ss. Di parere contrario è invece CIOCIA, *Il diritto all'abitazione tra interessi privati e valori costituzionali*, Napoli, 2009, p. 43, secondo cui «a mezzo dell'art. 47 l'abitazione si erige a diritto soggettivo pubblico, rappresentando un elemento sostanziale alla formazione e sviluppo della persona umana»; v. anche TARELLO, *La disciplina costituzionale della proprietà: lezioni introduttive. Corso di diritto civile 1972-73*, Genova, 1973, p. 52. Sulla natura meramente programmatica dell'art. 47, comma 2, Cost., v. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. Giur.*, vol. XII, Roma, 1989, pp. 27 ss.; CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, pp. 755 ss. e in specie p. 773.

[107] Oltre alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese.

[108] In quanto essa sarebbe presupposto per: la realizzazione dell'uguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2); la libertà di domicilio (art. 14 Cost.); i diritti della famiglia (art. 29-31 Cost.); il diritto alla salute (art. 32 Cost); il diritto al lavoro (art. 4, comma 1 e 35, comma 1); assicurare una «speciale adeguata protezione» alla madre e al bambino (art. 37, comma 2). Ma soprattutto, come osserva TARELLO, *La disciplina costituzionale della proprietà*, cit., p. 32, «in tanto la proprietà adempie ad una funzione sociale in quanto l'accesso ad essa non è indiscriminatamente libero ma qualitativamente e quantitativamente disciplinato: questa espressione sarebbe perciò da connettersi all'art. 3, comma 2, all'art. 41, comma 3, all'art. 42, commi 3 e 4, all'art. 43, all'art. 44, all'art. 45 e all'art. 47, comma 2». Per un approfondimento di tali aspetti, v. anche MARTINES, *Il diritto alla casa*, in LIPARI (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona umana*, Bari, 1974, pp. 392 ss.; BERTI, *Nota introduttiva*, in AA.VV., *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, Milano, I, 1986, p. 5 ss.; ID., *Il diritto dell'abitazione*, in *Jus*, 1986, pp. 71 ss.; CERULLI IRELLI, *Statuto costituzionale della proprietà privata e poteri pubblici di pianificazione*, in URBANI (a cura di), *Politiche urbanistiche e gestione del territorio. Tra esigenze del mercato e coesione sociale*, Torino, 2015, pp. 39 ss. Di recente, v. NUGNES, *Il recupero delle aree industriali dismesse in funzione delle politiche abitative. Il* Social Housing, in PASSALACQUA, POZZO (a cura di), *Diritto e rigenerazione dei* Brownfields. *Amministrazione, obblighi civilistici, tutele*, Torino, 2019, pp. 471-499.

[109] V. *supra* § 2.

[110] Per un approfondimento in dottrina, si rinvia in particolare a BIFULCO, *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1, 2022, pp. 7-26;

quanto qui rileva, parte della dottrina[111] ravvisa nell'intervento modificativo dell'art. 41, comma 3, Cost., «una vera e propria rivoluzione destinata a modificare la Costituzione economica del nostro Paese»[112]: il nuovo art. 41, comma 3, rappresenterebbe infatti il «fondamento costituzionale di una nuova stagione di programmazione economica di matrice ambientale»[113], vale a dire indirizzata e coordinata a fini ambientali, che impone un intervento non più solo contenitivo, ma anche propulsivo e orientativo delle attività economiche da parte dei pubblici poteri[114].

Orbene, ammesso che una programmazione economica di tipo generale trovi effettivamente legittimazione nel novellato art. 41, ci sembra che essa debba necessariamente coniugare la connotazione ambientale a quella sociale. Questo non solo perché l'aggettivo "ambientale" non fa che aggiungersi a quello "sociale", già presente nel terzo comma, essendo peraltro ad esso pure graficamente accostato dalla congiunzione copulativa; ma soprattutto perché è il difficile congiungimento e

CAPRIGLIONE, *Responsabilità sociale d'impresa e sviluppo sostenibile*, in questa *Rivista*, 1, 2022, pp. 1 ss.; CERRATO, *Appunti per una «via italiana» all'ESG. L'impresa «costituzionalmente solidale» (anche alla luce dei «nuovi» artt. 9 e 41, comma 3, Cost.)*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1, 2022, pp. 63-114; LEMME, *Libertà d'iniziativa economica e diritti delle generazioni future*, in PASSALACQUA (a cura di), *Diritti e Mercati nella transizione ecologica e digitale*, op.cit., pp. 331 ss.; NATOLI, *Impresa e responsabilità nel prisma del* Green New Deal *europeo*, ivi, pp. 287 ss.; FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2022, pp. 15-30; DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 4, 2021, pp. 779 ss.; PANTALONE (a cura di), *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui*, Atti del Convegno svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano 7 ottobre 2021, in *Il diritto dell'economia (numero monografico)*, 2022; CABAZZI, *Dalla "contrapposizione" alla "armonizzazione"? Ambiente ed iniziativa economica nella riforma costituzionale*, in *Federalismi*, 7, 2022.

[111] In questo senso si esprimono ad esempio DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, cit.; MOLITERNI, *Transizione ecologica, ordine economico e sistema amministrativo*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2, 2022, pp. 395 ss.; BRAMBILLA, *L'esigenza di una programmazione generale in senso ambientale nella riforma degli artt. 9 e 41 Cost*, in *Ambiente Diritto*, 4, 2022, pp. 1-16.

[112] DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, cit., p. 789.

[113] MOLITERNI, *Transizione ecologica, ordine economico e sistema amministrativo*, cit., p. 425.

[114] *Ibidem.*

bilanciamento tra queste non sempre coincidenti dimensioni della sostenibilità[115] che può semmai giustificare di ancorare al dettato Costituzionale il ritorno della programmazione generale. Tra l'altro, sarebbe una contraddizione in termini che una programmazione economica generale, sviluppata al fine precipuo di «riportare in un quadro unitario e di razionalizzazione le decine e decine di atti di programmazione settoriali di livello globale, europeo e nazionale»[116], finisse poi per risultare del tutto parziale nella valutazione degli interessi pubblici coinvolti.

Alla luce di questa premessa, se è vero che «le clausole contenute negli artt. 3, 41 e 42 Cost. rappresentano il necessario *vademecum* per individuare l'ambito oggettivo e soggettivo di tutela del diritto all'abitare»[117], in attesa dell'auspicata integrazione Costituzionale è proprio sulla base del novellato art. 41, comma 3, Cost. che ci pare allora di poter giustificare la necessità di un intervento di programmazione statale volto a garantire la sostenibilità dell'abitare, quantomeno riconducendo a unità la pluralità di interventi frammentari e riconoscendo un intervento pubblico maggiormente proattivo.

Su di un diverso versante, il canone della sostenibilità rende sempre più manifesta anche l'inadeguatezza del "diritto dei contratti", invero ormai pacificamente riconosciuta dalla stessa dottrina civilistica, che ha pure di recente richiamato l'improcrastinabile necessità di dar vita a un virtuoso innesto tra pubblico e privato per garantire la sostenibilità (nel caso di specie, della locazione abitativa) oltre l'emergenza[118], essendo alquanto discutibile che il diritto dei contratti possa

[115] Ad esempio, talune misure volte a sostenere la decarbonizzazione e l'efficientamento energetico finiscono in concreto per danneggiare ulteriormente la fascia più debole dei consumatori: per un approfondimento di tale questione, sia concesso il rinvio a FAVARO, *Regolare la «transizione energetica»: Stato, mercato, innovazione*, Milano, 2020, pp. 62 ss.

[116] DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, cit.,

[117] OLIVITO, *Il diritto costituzionale all'abitare: spunti teorico dogmatici e itinerari giurisprudenziali*, in *Politica del Diritto*, 3, 2016, p. 345.

[118] BARGELLI, *Locazione abitativa e sostenibilità del canone oltre l'emergenza*, cit., pp. 98 ss. Osserva inoltre CALDERAI, *La riforma delle locazioni abitative quindici anni dopo: le ragioni di un fallimento dello Stato post-regolatore e gli scenari futuri*, cit., p. 392, che «il paradigma del contratto-

essere fisiologicamente chiamato a svolgere quel tipo di funzione distributiva che era chiamata a realizzare la legislazione speciale degli anni Settanta[119]. Se appare tutt'altro che scontato definire in concreto come realizzare questo armonico bilanciamento tra diritto pubblico e privato, un'effettiva "riaffermazione della propria responsabilità" (silenziosamente e progressivamente dismessa negli ultimi anni)[120] da parte dell'attore pubblico costituisce senz'altro un primo passo nella corretta direzione.

Ciò posto, è forse necessario predisporre nuovi strumenti giuridici?

La domanda non appare poi così peregrina se solo si considera che, in passato, crisi analoghe a quella che stiamo attualmente vivendo hanno portato a introdurre strumenti giuridici *ad hoc* per quel tempo del tutto innovativi.

Valgano, tra tutti, i seguenti due esempi. La tanto discussa legge sul c.d. "equo canone"[121], con cui si è notoriamente sottratta la determinazione dell'ammontare del canone di locazione alla libera contrattazione tra le parti, è una conseguenza non solo della grave crisi degli alloggi dovuta ai movimenti migratori, ma soprattutto degli effetti della crisi energetica del 1973, che ha causato l'interruzione del flusso di approvvigionamento del petrolio dal Medioriente, con evidenti ripercussioni in tutti i settori produttivi e conseguente riduzione dei tassi di crescita[122].

Il secondo esempio, ben più recente, è rappresentato dal già richiamato "Piano Casa" del 2008, che (non a caso) è stato approvato nello stesso anno in cui la crisi dei mutui *subprime* ha propagato i propri effetti anche in Italia.

---

accordo è incapace di conciliare la domanda di abitazione generata dalla società di massa con la qualità dell'offerta e l'esistenza di un mercato concorrenziale».

[119] BARGELLI, *La costituzionalizzazione del diritto privato attraverso il diritto europeo. Il* right to respect for the home *ai sensi dell'art. 8 Cedu*, in *Europa e Diritto Privato*, 1, 2019, p. 51.

[120] V. *infra* § 3.1. e § 3.2.

[121] L. 27 luglio 1978, n. 392, "*Disciplina delle locazioni di immobili urbani*", poi abrogata dalla l. 9 dicembre 1998, n. 431, che tuttavia ha mantenuto la normativa relativa alla predeterminazione della durata del contratto di locazione e ha istituito un fondo nazionale per l'erogazione di contributi a favore di conduttori meno abbienti e benefici fiscali sia per gli inquilini che per i proprietari.

[122] Come brillantemente ricostruito da SMORTO, *La casa abbandonata. Il racconto delle politiche abitative dal piano decennale ai programmi per le periferie*, Roma, 2018, p. 26.

Nell'attuale contesto di crisi generale, è allora la transizione sociale, prima ancora della c.d. *twin transition*, ad imporre un ripensamento del ruolo dello Stato nell'economia. Piuttosto che ricercare nuovi strumenti giuridici, appare necessario provvedere (quantomeno in prima battuta) a una maggiore sistematizzazione e reciproca integrazione di quelli tuttora esistenti.

Del resto, lo stesso Giannini ci ha insegnato che la transizione sociale per eccellenza, vale a dire quella che ha portato all'affermazione del c.d. Stato pluriclasse, si connota non tanto per un aumento quantitativo dell'"intervento" pubblico nell'economia, concezione «parziale e problematicamente inaccettabile»[123], bensì per la sua istituzionalizzazione: «gli strumenti giuridici non cambiano, solo che da episodici e limitati divengono normali e generali, ed estendono il loro ambito applicativo»[124]. Vi è dunque qualcosa di più, ossia che «la disciplina pubblica della materia economica riprende, nella strutturazione dei pubblici poteri, il ruolo qualitativo che aveva nella precedente forma di stato»[125].

3.1. Giunti a questo punto, è necessario ripercorrere – seppur per sommi capi e tracciandone unicamente le tappe salienti, rinviando alla copiosa dottrina che si è sviluppata in materia per gli opportuni approfondimenti[126] – l'evoluzione

[123] GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, op.cit., p. 34. Come aggiunge l'Autore, «non è quindi esatto che negli ordinamenti contemporanei si assista ad un aumento dell'"intervento" pubblico nell'economia: questa concezione è parziale e problematicamente inaccettabile».
[124] *Ibidem.*
[125] *Ibidem.*
[126] Cfr., *ex multis*, CIVITARESE MATTEUCCI, *L'evoluzione della politica della casa in Italia*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl*., 2010, pp., 169 ss.; MANTINI (a cura di), *L'edilizia residenziale tra servizio pubblico e privatizzazioni*, Padova, 1994; PAGLIARI, SOLLINI, FARRI, *Regime della proprietà privata tra vincoli e pianificazione dall'unità d'Italia ad oggi*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 6, 2015, pp. 282 ss.; GUZZARDO, *La regolazione multilivello del consumo di suolo e del riuso dell'abitato*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1, 2018, pp. 119 ss.; DOMENICHELLI, *Dall'edilizia popolare ed economica all'edilizia residenziale pubblica: profili giuridici dell'intervento pubblico*, Padova, 1984; ID., *Edilizia residenziale pubblica*, in AA.VV., *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1990, pp. 411 ss.; PERULLI, *Casa e funzione pubblica*, Milano, 2000; AA.VV., *Fanfani e la casa. Gli anni Cinquanta e il modello italiano di* Welfare State. *Il piano INA-casa*, Roma, 2002; BORTOLOTTI, *Storia della politica edilizia in Italia*, Roma, 1978; DI BIAGI, *La grande ricostruzione. Il piano Ina-Casa e l'Italia degli anni Cinquanta*,

dell'intervento pubblico statale volto a contrastare il disagio abitativo in modo proattivo.

In particolare, ci sembra di poter classificare le forme assunte dall'intervento pubblico in quattro diverse tappe evolutive.

La prima prende avvio con l'affermazione della «funzione pubblica della casa» negli anni dell'Italia Liberale, avvenuta per opera della Legge 31 maggio 1903, n. 251 (c.d. "Legge Luzzatti")[127]: essa si connota per il ruolo regolatorio assunto dallo Stato nei confronti dei privati, agevolando il reperimento di finanziamenti e la sostenibilità dei canoni di locazione. Il fine primario di tale intervento normativo era infatti quello di autorizzare determinati soggetti (Casse di risparmio ordinarie, Monti di Pietà, Opere Pie, Società di Assicurazione, ecc.) a concedere prestiti alle società cooperative[128] per la costruzione e per l'acquisto di case popolari o economiche, da vendere o locare ai loro soci, agli enti morali e alle società di beneficenza, nonché alle società di mutuo soccorso che assumevano tale servizio[129]. Ascrivibili a questa fase

Roma, 2001; PAGLIETTI, *Percorsi evolutivi del diritto all'abitazione*, in *Riv. dir. priv*., 1, 2008, pp. 55 ss.; AMOROSINO, *Politiche pubbliche e regolazione dell'edilizia e delle infrastrutture nella "costituzione economica"*, in AA.VV., *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, t. II, Napoli, 2010, pp. 1283 ss.; ID., *Pubblici poteri, organizzazione del territorio, questione edilizia*, Venezia, 1981; CERULLI IRELLI, *Statuto costituzionale della proprietà privata e poteri pubblici di pianificazione*, in *Giust. civ*., 1, 2015, pp. 5 ss.; URBANI, *Politiche urbanistiche e gestione del territorio. Tra esigenze del mercato e coesione sociale*, Torino, 2016; ID., *Riforma della casa: Regioni, attuazione della 865 del 1971 e nuova legislazione in materia*, in *Politica del diritto*, 1, 1976, pp. 83-119; CIVITARESE MATTEUCCI, GARDINI, *Diritto alla casa e uguaglianza sostanziale: dalla edilizia economica e popolare ai programmi di riabilitazione urbana, Relazione al Convegno Barcellona, 16-17 dicembre 2004*, 2004, disponibile al link: *https://www.pausania.it/wp-content/uploads/files/relaz_gardini_civitarese.pdf*.

[127] Per una ricostruzione storicistica della suddetta legge, si rinvia in particolare a CRUPI, *L'edilizia a carattere sociale in Italia. Dalla legge Luzzatti al* social housing, in *Open Journal of Humanities*, 7, 2021, pp. 97-112. D'AMURI, *La casa per tutti nell'Italia giolittiana. Provvedimenti e iniziative per la municipalizzazione dell'edilizia popolare*, Milano, 2013.

[128] Per un approfondimento sul ruolo cooperative edilizie in questo periodo, v. in particolare ASSINI, *Edilizia residenziale pubblica*, in *Enc. giur*., XII, Roma, 1989, pp. 1 ss.

[129] I Comuni erano invece autorizzati «a intraprendere la costruzione di case popolari soltanto per darle a pigione, conformandosi alle leggi vigenti ed a tutti i provvedimenti che disciplinano l'assunzione di pubblici servizi per parte di municipi», ove «fosse riconosciuto il bisogno di provvedere alloggi per le classi meno agiate» (art. 18), svolgendo un ruolo suppletivo rispetto ai suddetti soggetti. La Legge Luzzatti provvede anche all'istituzione degli Istituti Autonomi per le Case Popolari (IACP), che per mezzo del Regio Decreto 27 febbraio 1908, n. 89 erano autorizzati ad accendere mutui con gli enti

sono anche ulteriori interventi normativi che hanno caratterizzato gli anni successivi. Ad esempio, l'erompere del primo conflitto mondiale determinò, tra i vari effetti, la necessità di tutelare le famiglie degli uomini chiamati alle armi: fu così emanata la prima legislazione vincolistica relativa alla regolazione del mercato delle locazioni, che consentiva di recedere unilateralmente dai contratti o di corrispondere soltanto la metà del canone mensile per un determinato periodo[130].

In concomitanza con l'avvento del fascismo qualcosa inizia a cambiare, in quanto si assiste alla progressiva centralizzazione del controllo sui piani di realizzazione dell'edilizia popolare: si apre così la seconda fase. In particolare, viene emanato il Regio Decreto 28 aprile 1938, n. 1165 ("Testo Unico delle disposizioni sull'edilizia popolare ed economica"), tuttora in parte vigente, che è volto a coordinare e incentivare l'edilizia residenziale di tipo popolare mediante esenzioni fiscali. Ma è soprattutto sul finire degli anni Quaranta che la centralizzazione dell'intervento pubblico si fa vieppiù accentuata: con la Legge n. 43/1949 viene infatti approvato il Piano Ina-Casa[131] (anche noto come "Piano Fanfani"), emanato e gestito direttamente dall'amministrazione statale[132]. Il Piano, di stampo keynesiano[133], mirava anzitutto a fronteggiare la disoccupazione e la crisi abitativa mediante la costruzione di case per i lavoratori, secondo un sistema di finanziamento "a tre punte": ad esso contribuiva non solo lo Stato, ma anche il datore di lavoro e il lavoratore dipendente, così superando il sistema precedente, che faceva ricorso solamente al credito esterno. Se da un lato l'obiettivo era quello di rilanciare

mutuanti ordinari, compiere operazioni di credito con la Cassa Depositi e Prestiti e finanziarsi tramite emissioni obbligazionarie: scopo precipuo era per l'appunto limitare il dispendio di risorse statali.

[130] Cfr. CIVITARESE MATTEUCCI, *L'evoluzione della politica della casa in Italia*, cit.

[131] Per un approfondimento si rinvia a DI BIAGI, *La grande ricostruzione. Il piano Ina-Casa e l'Italia degli anni '50*, Roma, 2001; BERETTA ANGUISSOLA (a cura di), *I quattordici anni del piano INA-Casa*, Roma, 1963; OTTONELLI (a cura di), *Il piano Fanfani INA-Casa: una risposta ancora attuale*, Firenze, 2013. Sebbene il Piano prevedesse in origine una durata settennale, fu successivamente prorogato dalla legge n. 1148/1955 di ulteriori sette anni.

[132] Gli organismi di governo sono infatti il Consiglio Direttivo della gestione Ina-Casa – ente pubblico dotato di propria personalità giuridica, con funzione tecnico-gestionale – e il Comitato di attuazione, assimilato ad un organo dello Stato e dotato di funzioni di indirizzo e di deliberazione.

[133] Cfr. DI BIAGI, *Il piano INA-Casa: 1949-1963*, in *Casabella*, 2017, p. 5.

l'economia e l'occupazione, dall'altro si mirava a istituzionalizzare la partecipazione solidaristica di tutte le componenti sociali a sostegno dei più bisognosi[134]. Nello stesso anno si ha anche la c.d. "Legge Tupini"[135], che si rivolge alla generalità dei cittadini a prescindere dal tipo di lavoro svolto, purché bisognosi di una casa in possesso di determinati requisiti, mentre nell'anno successivo la c.d. "Legge Aldisio"[136] contiene misure anche a favore di «quella parte di popolazione, finora esclusa, dei professionisti, impiegati ed artigiani».

A questa seconda fase, connotata dalla centralizzazione dell'intervento pubblico, è ascrivibile anche la c.d. "Gestione GESCAL" che nel 1963[137] ha soppiantato la gestione Ina-Casa, prevedendo una tassa di scopo pari allo 0,35% della retribuzione pagata dai dipendenti e allo 0,70% della retribuzione corrisposta dal datore di lavoro[138].

La terza fase si apre negli anni Settanta, che segnano un radicale mutamento di paradigma dell'intervento statale, secondo due linee direttici apparentemente schizofreniche. Da un lato lo Stato dà avvio a un più corposo intervento finanziario diretto; dall'altro abbandona la lunga stagione di centralizzazione che aveva caratterizzato la fase precedente, trasferendo le proprie competenze alle Regioni.

La nozione di "edilizia economica e popolare" cede il passo a quella di "edilizia residenziale pubblica", che si articola in tre differenti tipologie di intervento[139] cui

[134] *Ibidem*.
[135] L. n. 408/1949, "*Disposizioni per l'incremento delle costruzioni edilizie*".
[136] L. n. 715/1950, "*Costituzione di un Fondo per l'incremento edilizio destinato a sollecitare l'attività edilizia privata per la concessione di mutui per la costruzione di case di abitazione*".
[137] Il riferimento è alla L. n. 60/1963, "*Liquidazione del patrimonio edilizio della Gestione INA-Casa e istituzione di un programma decennale di costruzione di alloggi per lavoratori*". Rilevante è anche la Legge n. 167/1962, "*Disposizioni per favorire l'acquisizione di aree fabbricabili per l'edilizia economica e popolare*", che dà corpo ai c.d. Piani per l'Edilizia Economica e Popolare (meglio noti come PEEP). Ciascun PEEP può essere articolato in diversi Piani di Zona.
[138] Nonostante la soppressione avvenuta nel 1973, il contributo continuerà a essere versato fino al 1992.
[139] V. *supra*, nota 53.

corrispondono altrettante forme di finanziamento pubblico[140]: l'edilizia residenziale pubblica diviene parte integrante del sistema di *welfare* nazionale e ad essa afferiscono tutti gli alloggi costruiti o da costruirsi da parte di enti pubblici a totale carico o con il contributo dello Stato[141], grazie ad una programmazione in grado di valutare i bisogni delle diverse fasce della popolazione in relazione alle differenti situazioni locali, senza pertanto limitarsi alla categoria dei meno abbienti. In altre parole, l'intervento statale mira a garantire a tutti i cittadini l'accesso a una casa e buone condizioni di qualità urbana, prestando per la prima volta attenzione all'aspetto qualitativo oltre a quello meramente quantitativo[142] che aveva permeato le politiche per la casa degli anni precedenti.

Al contempo però, con la stessa legge lo Stato abbandona le proprie competenze centralizzate, delegando alle Regioni la programmazione e attuazione dei piani di edilizia residenziale pubblica[143].

Eppure, per mezzo dello strumento della pianificazione, per un breve lasso di tempo si ha l'illusione di aver raggiunto un perfetto equilibrio tra intervento pubblico statale e regionale: con la legge n. 457 del 1978[144] e il suo Piano decennale per l'edilizia residenziale si concretizza infatti quello che è stato definito come «l'unico provvedimento organico di programmazione dell'edilizia residenziale pubblica, basato su un modello concertativo pianificato a cui concorrono più soggetti

[140] Si fa riferimento alla L. n. 865/1971 (c.d. "Legge sulla casa"). Tale legge si ricorda anche per aver trasformato gli Istituti Autonomi Case Popolari (IACP) da enti pubblici economici ad enti pubblici non economici.
[141] Per opera del D.P.R. 30 dicembre 1972, n. 1036, che soppresse alcuni Enti operanti nel settore, come la GESCAL, con conseguente trasferimento ai competenti IACP dei relativi beni e personale.
[142] Si rinvia alle considerazioni di cui *supra* § 2.
[143] L'abbandono del sistema centralizzato venne poi definitivamente confermato dall'art. 93 del D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616, con il quale vennero «trasferite alle Regioni le funzioni amministrative statali con cernenti la programmazione regionale, la localizzazione, le attività di costruzione e la gestione di interventi di edilizia residenziale e abitativa pubblica, di edilizia convenzionata, di edilizia agevolata, di edilizia sociale nonché le funzioni connesse alle relative procedure di finanziamento […] le funzioni statali relative agli IACP […] tutte le funzioni esercitate da Amministrazioni, aziende o Enti pubblici statali relativi alla realizzazione di alloggi […]. Lo Stato attua la programmazione nazionale nel settore della edilizia residenziale pubblica».
[144] Dal titolo "*Norme per l'edilizia residenziale*".

istituzionali, che abbia avuto veste legislativa nel nostro Paese»[145]. Si crea così un sistema coordinato di programmazione che coinvolge diversi attori istituzionali: il c.d. Comitato per l'edilizia residenziale (CER) istituito presso il Ministero dei lavori pubblici[146], il CIPE[147], le Regioni[148] e i Comuni.

Come anticipato, tuttavia, tale illusione dura assai poco. Dai primi anni Novanta possiamo far decorrere l'inizio della quarta fase, tuttora in atto, che si sostanzia nella tacita ma radicale erosione dell'intervento diretto statale: lo Stato si ritrae progressivamente non solo dalla pianificazione, ma anche dall'erogazione del finanziamento. In altri termini, si assiste all'apparentemente ineluttabile venir meno della responsabilità, da parte del governo centrale, nel garantire la qualità dell'abitare.

È così che prende vita l'ingente dismissione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica, avviata con la Legge n. 560/1993[149]; al contempo, si affermano i c.d. Programmi complessi[150], che, nel dichiarato intento di affermare la (mera) compartecipazione del soggetto privato alle politiche pubbliche in materia di edilizia residenziale, finiscono in realtà per sovvertire l'ordine costituito, spodestando il ruolo

[145] Così si esprime SMORTO, *La casa abbandonata. Il racconto delle politiche abitative dal piano decennale ai programmi per le periferie*, op.cit., p. 17.
[146] In particolare, al CER spettava l'elaborazione delle proposte da sottoporre al CIPE; la ripartizione dei fondi tra le Regioni; la raccolta dei dati per valutare il fabbisogno abitativo, ecc. Ad esso partecipavano non solo i Ministeri designati, ma anche un delegato per ogni Regione.
[147] Nella specie, al Comitato interministeriale per la programmazione economica erano stati attribuiti importanti poteri di indirizzo, esercitati su proposta del CER, nonché la definizione dei criteri per l'assegnazione degli alloggi e la determinazione dei canoni di locazione, secondo gli obiettivi della programmazione economica generale.
[148] Alle Regioni spettava il compito di individuare il fabbisogno abitativo nel territorio regionale, distinguendo quello che poteva essere soddisfatto attraverso il recupero del patrimonio edilizio esistente rispetto a quello da soddisfare con nuove costruzioni, ripartendo gli interventi per ambiti comunali e sovracomunali.
[149] Significativamente intitolata "*Norme in materia di alienazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica*". Si stima che siano state (s)vendute 103.000 abitazioni appartenenti al patrimonio immobiliare pubblico, incamerando 2,5 miliardi di euro a fronte di un valore immobiliare stimato in almeno 9 miliardi di euro. Fonte: Ufficio studi e statistica Federcasa.
[150] Legge 12 luglio 1991, n. 203, "*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, recante provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa*".

tradizionalmente esercitato dal soggetto pubblico[151].

Questa tendenza viene perpetrata dal lungo reticolo di piani settoriali, variamente denominati, che negli anni a seguire tentano di intrecciare le istanze urbanistico-territoriali ed economico-sociali, coniugando il rinnovamento urbano a quello edilizio mediante forme di programmazione integrata e negoziata[152].

Si dà perciò vita a una congerie di iniziative di carattere discontinuo ed estemporaneo, che, prive di una regia unitaria, si sviluppano a macchia di leopardo nel territorio italiano.

È in questo quadro, già estremamente variegato e complesso, che si inserisce la riforma del Titolo V della Costituzione: essa ha trasformato la politica abitativa in una materia trasversale, frammentando e parcellizzando le competenze[153] e finendo

[151] Osserva sempre SMORTO, *La casa abbandonata. Il racconto delle politiche abitative dal piano decennale ai programmi per le periferie*, op.cit., pp. 81-82, che i programmi integrati «apriranno la strada alla stagione più nefasta del governo del territorio». Questo è dovuto anzitutto all'«aver sovvertito i ruoli, spostato competenze e modificato gerarchie tra gli attori che intervengono nei processi decisionali. Soggetto promotore dell'iniziativa (…) diventa, per la prima volta, l'operatore privato. È l'operatore privato che decide in quale Comune e in quale ambito territoriale localizzare l'iniziativa e che stabilisce i dati dimensionali, le caratteristiche costruttive, le tipologie edilizie e le destinazioni funzionali ed è ancora di sua competenza presentare, in piena autonomia e senza alcuna interlocuzione con le istituzioni locali, la proposta al ministero dei Lavori pubblici. A sua volta, il Ministero si appropria di una competenza da sempre in capo ai Comuni», decidendo, senza mediazioni con le rappresentanze elettive locali e senza necessità di informarle preventivamente, i destini urbanistici della pianificazione comunale. «Il Comune, mortificato nell'esercizio della funzione primaria che più caratterizza la sua azione, perde la titolarità sul governo del territorio è relegato ad un ruolo subalterno».

[152] Introdotti dalla legge n. 179 del 1992, i programmi complessi assumono infatti molteplici configurazioni. Si pensi ad esempio ai Programmi di Riqualificazione Urbana – PRIU (ex art 2 L. n. 179/1992); ai Programmi di Recupero Urbano – PRU (ex art. 11, L. n. 493/1993); ai Contratti di Quartiere definiti da Bandi Ministeriali nel 1998 e nel 2001; ai Programmi di Riqualificazione Urbana e di Sviluppo Sostenibile del Territorio - PRUSST (ex DM n. 1169 del 1998).

[153] Pertanto, «oggi – dopo il mutamento della sistematica costituzionale sul riparto delle competenze legislative tra lo Stato e le Regioni – la materia dell'edilizia residenziale pubblica si estende su tre livelli normativi. Il primo riguarda la determinazione dell'offerta minima di alloggi destinati a soddisfare le esigenze dei ceti meno abbienti. In tale determinazione – che, qualora esercitata, rientra nella competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera *m)*, Cost. – si inserisce la fissazione di principi che valgano a garantire l'uniformità dei criteri di assegnazione su tutto il territorio nazionale, secondo quanto prescritto dalla sentenza n. 486 del 1995. Il secondo livello normativo riguarda la programmazione degli insediamenti di edilizia residenziale pubblica, che ricade nella materia "governo del territorio", ai sensi del terzo comma dell'art. 117 Cost., come precisato di recente da questa Corte con la sentenza n. 451 del 2006. Il terzo livello normativo, rientrante nel quarto comma dell'art. 117 Cost., riguarda la gestione del patrimonio immobiliare di edilizia

in tal modo per incrementare le disuguaglianze tra le diverse aree del Paese in termini di prestazioni sociali e risposte al disagio abitativo[154].

3.2. Ad oggi, la progressiva erosione dell'intervento statale non lascia intravedere segnali di arresto. La casa, da funzione pubblica, si è sempre più trasformata in merce[155], mentre la finanziarizzazione dell'edilizia abitativa si è considerevolmente espansa, sfruttando gli enormi vuoti lasciati dallo Stato. Al contempo, la rapida diffusione delle piattaforme di economia collaborativa[156] per gli alloggi a breve termine (esempio classico è Airbnb) sta impattando negativamente sulla disponibilità e sostenibilità economica degli alloggi, contribuendo alla gentrificazione di alcune aree cittadine[157].

In questo contesto, si evidenziano due tendenze, che dovrebbero essere già emerse (per lo meno in maniera latente) dalle precedenti considerazioni.

La prima è la crescente delega al mercato della "cura"[158] della funzione pubblica della casa: quella che abbiamo individuato come la quarta fase del percorso evolutivo del processo legislativo italiano si connota infatti per l'ingente dismissione del patrimonio residenziale pubblico, tant'è Il parco di alloggi pubblici e sociali in

residenziale pubblica di proprietà degli Istituti autonomi per le case popolari o degli altri enti che a questi sono stati sostituiti ad opera della legislazione regionale» (Corte cost., sentenza n. 94/2007).

[154] Per una disamina della più rilevante legislazione regionale in Italia, si rinvia in particolare a VIPIANA, *La tutela del diritto all'abitazione a livello regionale*, in *Federalismi*, 10, 2014, pp. 5 ss.; MARCHETTI, *Il diritto all'abitazione tra ordinamento statale ed europeo e prospettive di valorizzazione nel quadro dell'Europa sociale*, cit.

[155] Cfr. HARLOE, *The Recommodification of Housing*, in HARLOE, LEBAS (eds.), *City, Class and Capital. New Developments in the Political Economy of Cities and Regions*, London, 1981, pp. 17-50.

[156] Per un'analisi dei complessi risvolti connessi a tale evoluzione, si rinvia a AMMANNATI, CANEPA, GRECO, MINNECI, (a cura di), *Algoritmi*, Big Data, *piattaforme digitali. La regolazione dei mercati in trasformazione*, Torino, 2021; AMMANNATI, *Verso un diritto delle piattaforme digitali?*, in *Federalismi*, 7, 2019, pp. 1-18; CANEPA, *Il dilemma della regolazione delle piattaforme*, in AMMANNATI, CAFARI PANICO (a cura di), *I servizi pubblici. Vecchi problemi e nuove regole*, Torino, 2018, p. 143 ss.

[157] Come evidenziato da CATURIANAS, LEWANDOWSKI, SOKOŁOWSKI, KOWALIK, BARCEVIČIUS, *Policies to Ensure Access to Affordable Housing*, studio commissionato dalla Commissione per l'occupazione e gli affari sociali del Parlamento europeo, 2020, PE 652.729, p. 25.

[158] L'utilizzo del termine si ispira al bel volume di ARNAUDO, PITRUZZELLA, *La cura della concorrenza. L'industria farmaceutica tra diritti e profitti*, Roma, 2019.

Italia è attualmente tra i più ridotti dell'UE, a fronte del crescente fabbisogno abitativo[159]; per la "regionalizzazione" delle competenze in materia; per l'attribuzione al privato di un ruolo fin troppo rilevante nel processo decisionale rispetto a quello conservato dal soggetto pubblico[160], nonché per il superamento del "principio di beneficenza pubblica" a favore della crescente centralità del criterio di redditività[161].

È giusto, o quantomeno efficiente, delegare al *social housing* – *rectius*, al mercato – le nuove forme ed esigenze dell'abitare e in generale la gestione dell'emergenza abitativa, secondo i criteri di sviluppo sostenibile inteso come sostenibilità sociale, economica e ambientale?

A ben vedere, la stessa dismissione del patrimonio residenziale pubblico, sebbene rappresenti un tratto comune delle politiche della casa adottate a partire dai primi anni Ottanta nelle società a capitalismo avanzato[162] (divenendo così uno dei simboli del generale processo di privatizzazione di massa), non accomuna tutti gli Stati europei, quantomeno non in egual misura. Se è vero che, dal 1980 ad oggi, la dimensione del settore dell'edilizia sociale si è ridotta esponenzialmente, questo non vale per l'Austria, la Francia e la Danimarca[163]. Si pensi alla città Vienna, che non ha mai preso in considerazione la dismissione del proprio patrimonio edilizio, nemmeno

[159] Si veda la *Relazione per paese relativa all'Italia 2019, comprensiva dell'esame approfondito sulla prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici*, che accompagna la *Comunicazione relativa al Semestre europeo 2019: valutazione dei progressi in materia di riforme strutturali, prevenzione e correzione degli squilibri macroeconomici e risultati degli esami approfonditi a norma del regolamento (UE) n. 1176/2011*, 27.02.2019, SWD(2019) 1011 final, p. 53, ove si evidenzia che «Solo il 4 % della popolazione ha accesso al canone agevolato e tutti gli indicatori disponibili rivelano un elevato e crescente disagio abitativo. L'accesso agli alloggi sociali è praticamente precluso alle generazioni più giovani, in quanto gli occupanti tendono a rimanervi per tutta la vita. La situazione è preoccupante anche per i bambini (il 9,4% vive in una famiglia colpita da onerosità eccessiva dei costi abitativi). Anche il fenomeno della deprivazione abitativa cronica è in aumento».

[160] V. *supra*, § 3.

[161] *V. supra*, § 2.

[162] MATZNETTER, *What kind of privatization? the case of* social housing *in Vienna, Austria*, in *The Netherlands Journal of Housing and Environmental Research*, vol. V, 2, 1990, pp. 181-197 e in part. p. 181.

[163] SCANLON, WHITEHEAD, *Conclusion*, in SCANLON, WHITEHEAD, ARRIGOITIA (eds.), *Social Housing in Europe*, Oxford, 2014, pp. 433 ss. Con riferimento alla Francia, v. anche BLANC, *The changing role of the State In French Housing Policies: a roll-out without roll-back?*, in *European Journal of Housing Policy*, vol. IV, 3, 2004, pp. 283-302.

quando il modello neoliberale ha raggiunto l'apice del proprio successo in Europa[164]. In Francia e Danimarca, durante la crisi del 2008, mentre la maggior parte del settore edilizio ha subito una grave recessione, l'edilizia sociale *no-profit* non solo ha proseguito indenne, ma ha financo funzionato da stabilizzatore dell'economia[165].

In realtà, pure quei Paesi che, come la Germania, si sono affrettati a dismettere il proprio patrimonio residenziale pubblico[166], hanno recentemente mostrato segni inequivocabili di pentimento. Si consideri l'ormai celebre *referendum* tenutosi a Berlino nel settembre 2021[167], che ha visto la netta prevalenza dei voti favorevoli[168] all'espropriazione di oltre 3.000 unità abitative di proprietà di società immobiliari, attraverso acquisti pubblici da parte del governo della città-stato di Berlino.

Un discorso per certi versi analogo può essere sviluppato anche con riferimento a misure di regolazione del mercato volte a fissare un tetto ai prezzi. Non solo esse sono sopravvissute al processo di liberalizzazione in alcuni Stati – caso emblematico è rappresentato dalla Svezia, che dal 1942 applica misure di controllo

[164] Per un approfondimento delle politiche abitative in Austria, si rinvia a MATZNETTER, *Social Housing Policy in a Conservative Welfare State: Austria as an Example*, in *Urban Studies*, vol. XXXIX, 2, 2002, pp. 265-282; ID., *What kind of privatization? the case of* social housing *in Vienna, Austria*, cit.; REINPRECHT, *Social housing in Austria*, in SCANLON, WHITEHEAD, ARRIGOITIA (eds.), *Social Housing in Europe*, op.cit., pp. 61 ss.

[165] Così si esprime ROGACZEWSKA, *Danish non-profit social housing and mortgage institutes – a common stand on future financial regulation*, in *ECBC: European Covered Bond Fact Book*, 2017, disponibile al link: *https://hypo.org/ecbc/publications/fact-book/*.

[166] Cfr. ELSINGA, STEPHENS, KNORR-SIEDOW, *The Privatisation of Social Housing: Three Different Pathways*, in SCANLON, WHITEHEAD, ARRIGOITIA (eds.), *Social Housing in Europe*, op.cit., pp. 389 ss. e in part. 401 ss. Come riportano gli Autori, «*After 1989, the privatisation of public assets was seen as a one-size-fits-all prescription for the federal state and the regions (Länder), which were searching for market mechanisms for formerly publicly provided goods* (…). *After 1990, the immense costs of unification and the ongoing economic and labour-market crisis (which lasted from the early 1990s to around 2008) put the public sector under constant financial stress, prompting an increase in sales of public assets. Since 1999, German public owners have sold more than 1.5 million dwellings in approximately 150 major transactions* (…)».

[167] Per una sua disamina si veda D'ANIELLO, *Berlino e il referendum sugli espropri il giorno dopo*, in *Il Mulino*, 29 settembre 2021, disponibile al link: *https://www.rivistailmulino.it/a/berlino-e-il-referendum-sugli-espropri-il-giorno-dopo*.

[168] Tuttavia, il risultato non è vincolante.

del canone all'intero settore delle locazioni –[169], ma in altri sono state recentemente introdotte con interventi normativi *ad hoc*. Un esempio paradigmatico lo rinveniamo ancora una volta in Germania, dove nel 2015 con il c.d. *Rent Law Amendment Act* è stato modificato il Codice civile tedesco (BGB)[170], introducendo sostanzialmente un *price cap* (c.d. *Mietpreisbremse*) ai contratti di locazione stipulati nei mercati caratterizzati da un sostanziale eccesso di domanda di alloggi[171]. Più di recente, proprio la città di Berlino aveva approvato una legge volta a modificare le suddette disposizioni[172] al fine di introdurre un più generale massimale ai canoni di locazione (*Mietendeckel*): tuttavia, nell'aprile 2021 il Tribunale costituzionale federale ne ha dichiarato l'incostituzionalità per difetto di competenza del *Länd* di Berlino[173]. Tornando alla Svezia, un recente tentativo di liberalizzare le negoziazioni sulle locazioni ha ultimamente portato alle dimissioni del Presidente del Consiglio[174].

Questi sono solo alcuni dei molteplici e variegati esempi che si potrebbero addurre. Ad ogni modo, ci sembra che essi siano sufficienti a dimostrare non solo che la "delega al mercato" della funzione pubblica della casa non era di certo una scelta imposta, ma anche che il tentativo da parte del nostro Stato di riappropriarsi almeno in parte delle funzioni di cui si è progressivamente spogliato non rappresenterebbe comunque un caso isolato.

---

[169] A ben vedere, non sembra però rappresentare un esempio virtuoso da esportare in altri ordinamenti: per una ricca disamina delle criticità sottese al modello svedese, si rinvia in particolare a FRITZON, *Rent controls. How they damage the housing market, the economy and society*, Stockholm, 2020. Ben più diffuso in Europa è il l'applicazione di *price caps* per proteggere i conduttori dalle ristrutturazioni, ovvero da un aumento inaccessibile del canone della locazione dopo una ristrutturazione. Per un approfondimento di tale aspetto, si rinvia a CATURIANAS, LEWANDOWSKI, SOKOŁOWSKI, KOWALIK, BARCEVIČIUS, *Policies to Ensure Access to Affordable Housing*, cit., pp. 33 ss.

[170] V. in particolare il sottocapitolo 1a, intitolato "*Accordi sui livelli di affitto all'inizio del contratto di locazione in aree con mercati immobiliari ristretti*", paragrafi da 556d a 556g, del BGB.

[171] Più precisamente, il tetto agli affitti è vincolante solo nelle aree in cui la precedente crescita annuale del canone di locazione ha superato la soglia del 3,9% annuo.

[172] *Gesetz zur Mietenbegrenzung im Wohnungswesen in Berlin* (*MietenWoG Bln*), approvata il 30.01.2020.

[173] BVerfG, decisione del Secondo Senato del 25 marzo 2021 – 2 BvF 1/20, 2 BvL 4/20, 2 BvL 5/20. Il testo della pronuncia è disponibile al seguente link: *https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/fs20210325a_2bvf000120.html*.

[174] LUGARELLA, *Svezia, il grande freddo degli affitti*, in *lavoce.info*, 19.10.2021.

La seconda tendenza che ci pare di poter ravvisare nelle attuali politiche per la casa è quella di un generale "annacquamento" della funzione di programmazione pubblica. Più si ampliano, sposando la retorica dell'"integrazione", gli obiettivi conseguiti e gli attori coinvolti, più – nei fatti – ci si allontana dalla dialettica della programmazione. L'ordinario viene amministrato secondo la logica dell'emergenza[175]: prova evidente di ciò la si rinviene anche nel già richiamato "nuovo Piano Casa" del 2014, non a caso intitolato "Misure urgenti per l'emergenza abitativa, per il mercato delle costruzioni e per Expo 2015".

Invero, quantomeno su di un piano formale, non è che al giorno d'oggi manchino gli atti di programmazione indirizzati a risolvere il disagio abitativo. Oltre al già richiamato Piano Casa, si pensi anche solo ai Programmi di Riqualificazione Urbana per Alloggi a Canone Sostenibile (c.d. PRUACS)[176], nonché alle misure a tal scopo introdotte nei Contratti di quartiere[177] e nel Piano nazionale per le città[178], che fondono le politiche per la casa in quelle per il territorio. Significative in questo senso sono anche le previsioni in materia di disagio abitativo contenute nel c.d. "Piano periferie urbane"[179] e nel Piano nazionale per la riqualificazione sociale e culturale

[175] In realtà, si tratta oramai di una prassi generale, come ben spiega FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008.
[176] Decreto del Ministero delle infrastrutture (oggi MIMS) n. 2295 del 26 marzo 2008, art. 2.
[177] V. *supra* nota 152.
[178] Previsto all'articolo 12 del D.L. n. 83/2012 (c.d. "*Decreto Sviluppo*") conv. con modif. dalla L. n. 134/2012, e attuato con Decreto del MIT 3 agosto 2012 recante "*Istituzione della Cabina di regia per l'attuazione del Piano Nazionale per le Città*".
[179] Si fa riferimento in particolare all'art. 1, comma 974, della L. n. 208 del 2015, che ha istituito per l'anno 2016 il Programma straordinario di intervento per la riqualificazione urbana e la sicurezza delle periferie delle città metropolitane e dei comuni capoluogo di provincia, finalizzato alla realizzazione di interventi urgenti per la rigenerazione delle aree urbane degradate attraverso la promozione di progetti di miglioramento della qualità del decoro urbano, di manutenzione, riuso e rifunzionalizzazione delle aree pubbliche e delle strutture edilizie esistenti, rivolti all'accrescimento della sicurezza territoriale e della capacità di resilienza urbana, al potenziamento delle prestazioni urbane anche con riferimento alla mobilità sostenibile, allo sviluppo di pratiche, come quelle del terzo settore e del servizio civile, per l'inclusione sociale e per la realizzazione di nuovi modelli di *welfare* metropolitano, anche con riferimento all'adeguamento delle infrastrutture destinate ai servizi sociali e culturali, educativi e didattici, nonché alle attività culturali ed educative promosse
da soggetti pubblici e privati. In dottrina cfr. GIFREU FONT, *La sfida delle periferie urbane: il diritto all'alloggio come strategia di integrazione urbana*, in *Nuove Autonomie*, 1, 2018, pp. 5-22.

delle aree urbane degradate[180], così come nei Piani Urbani Integrati (PUI)[181].

Non stupisce che gli interventi volti a promuovere la sostenibilità dell'abitare si integrino e si intreccino con le politiche urbane, essendo preminente la dimensione locale degli interessi coinvolti[182]; di conseguenza, gli strumenti di pianificazione economica appaiono sovente utilizzati in maniera complementare rispetto a quelli di pianificazione territoriale.

Gli attuali sviluppi normativi sembrano tuttavia travalicare la dimensione precipuamente urbanistica: se infatti le misure poc'anzi richiamate sono anzitutto riconducibili alla riqualificazione urbana, operando sulla dimensione fisica dell'abitazione – *in primis* attraverso provvedimenti volti a incrementare e ristrutturare l'edilizia residenziale pubblica e più in generale attraverso la pianificazione territoriale – altri e più recenti interventi normativi riconoscono invece la necessaria integrazione tra politiche abitative e rigenerazione urbana[183].

Non è un caso che le misure volte a promuovere la rigenerazione urbana, al pari di quelle a sostegno dell'abitare[184], siano contenute nel medesimo asse

[180] V. art. 1, comma 431, della L. n. 190/2014, recante "*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*" (c.d. legge di stabilità 2015), in cui si prevede che i Comuni elaborino progetti di riqualificazione costituiti da un insieme coordinato di interventi diretti alla riduzione dei fenomeni di marginalizzazione e degrado sociale, nonché al miglioramento della qualità del decoro urbano e del tessuto sociale ed ambientale.

[181] Assume particolare rilevanza in tal senso l'art. 21 del D.L. n. 152/2021 (conv. con modif. dalla L. n. 233/2021), secondo cui i progetti oggetto di finanziamento devono promuovere la rigenerazione urbana attraverso il recupero, la ristrutturazione e la rifunzionalizzazione ecosostenibile delle strutture edilizie e delle aree pubbliche, l'efficientamento energetico e idrico degli edifici e la riduzione del consumo di suolo anche attraverso operazioni di demolizione e ricostruzione finalizzate alla riduzione dell'impermeabilizzazione del suolo già consumato con modifica di sagome e impianti urbanistici, nonché interventi finalizzati a sostenere progetti legati alle *smart cities*, con particolare riferimento ai trasporti ed al consumo energetico.

[182] Sui rapporti delle politiche abitative con la pianificazione territoriale e urbanistica v. in particolare ACCETTURA, *Politiche abitative in trasformazione: strumenti e forme dell'intervento pubblico*, cit., pp. 911 ss.

[183] Sulla distinzione tra rigenerazione urbana e riqualificazione edilizia, sia concesso il rinvio a FAVARO, *Verso la* smart city*: sviluppo economico e rigenerazione urbana*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2, 2020, pp. 87 ss.

[184] V. *supra* nota 55.

strategico del PNRR[185]. Al contempo, il Programma Innovativo della Qualità dell'Abitare (PINQuA)[186], finalizzato a ridurre il disagio abitativo, non si limita a riqualificare e incrementare il patrimonio destinato all'edilizia residenziale sociale, bensì mira in ultima analisi a «rigenerare il tessuto socio-economico», «in un'ottica di sostenibilità e densificazione, senza consumo di nuovo suolo e in base ai principi e gli indirizzi adottati dall'Unione europea, secondo il modello urbano della città intelligente, inclusiva e sostenibile *(Smart City*)».

Tuttavia, questo agganciamento al concetto generale di "rigenerazione urbana" appare ben lungi dall'essere chiarificatore. Se, come dovrebbe aver dimostrato la precedente trattazione[187], è già difficile rinvenire un criterio unificante delle politiche pubbliche – ora di tipo distributivo, ora di tipo regolatorio – che genericamente si riconducono alla casa, tale compito appare nondimeno complesso con riferimento alla rigenerazione urbana, e ciò non tanto (o, quantomeno, non solo) perché quest'ultima non trova ancora una compiuta definizione nell'ordinamento nazionale[188], pur essendo ormai copiosi i riferimenti ad essa nella legislazione

[185] Missione 5 ("Inclusione e coesione"), Componente 2, dedicata a "Infrastrutture sociali, famiglie, comunità e Terzo settore". In particolare, l'Investimento 4 riguarda progetti di rigenerazione urbana, volti a ridurre situazioni di emarginazione e degrado sociale (3,3 miliardi di investimenti ai Comuni con più di 15 mila abitanti). Il DPCM del 21 gennaio 2021, che ha stabilito i pertinenti obiettivi, individua interventi per: il riutilizzo e rifunzionalizzazione di aree pubbliche e strutture edilizie pubbliche esistenti a fini di pubblico interesse, compresa la demolizione di opere abusive eseguite da privati in assenza o in totale difformità dal permesso di costruzione e la sistemazione delle aree di pertinenza; il miglioramento della qualità del decoro urbano e del tessuto sociale e ambientale, anche attraverso la ristrutturazione di edifici pubblici, con particolare riferimento allo sviluppo di servizi sociali e culturali, educativi e didattici; progetti di mobilità verde, sostenibile e intelligente.

[186] Istituito dall'art. 1, commi 437-444, della L. n. 160/2019 (legge di bilancio 2020) e poi recepito tra le linee di investimento finanziate con il PNRR.

[187] V. *supra*, § 2.

[188] Come noto, un tentativo di definizione è stato da ultimo operato per mezzo dall'art. 2 del nuovo testo unificato dei disegni di legge in materia di rigenerazione urbana, adottato come testo base dalla 13° Commissione (Territorio, ambiente, beni ambientali) del Senato nella seduta del 9 novembre 2021, il quale la definisce come un insieme di «azioni di trasformazione urbana ed edilizia in ambiti urbani su aree e complessi edilizi, prioritariamente su quelli caratterizzati da degrado urbanistico, edilizio, ambientale o socio-economico, che non determinino consumo di suolo o, comunque, secondo criteri che utilizzino metodologie e tecniche relative alla sostenibilità ambientale, determinino un "saldo zero" di consumo di suolo anche mediante azioni di rinaturalizzazione dei suoli consumati in modo reversibile, con il recupero dei servizi ecosistemici persi, tramite la de-impermeabilizzazione, la bonifica, nonché l'innalzamento del potenziale ecologico-ambientale e della biodiversità urbana». Per

nazionale e ancor più in quella regionale, ma soprattutto perché sono tutt'altro che definiti gli strumenti giuridici idonei a realizzarne i fini[189].

A venire in soccorso non è nemmeno la seconda parte della definizione del PINQuA, visto che, alla già evidenziata eccessiva vaghezza e astrattezza del rapporto tra Diritto e sostenibilità[190], si associa l'indeterminatezza del riferimento al «modello urbano della città intelligente, inclusiva e sostenibile *(Smart City*)».

In un precedente contributo, dedicato alla programmazione della *smart city* come nuova declinazione delle politiche di rigenerazione[191], si è avuto modo di evidenziare che questa spasmodico utilizzo di nuovi lemmi che fungono da "macro-contenitori" tuttora alla ricerca di una definizione normativa, se non addirittura di un quadro regolamentare di riferimento (rigenerazione urbana, *smart city*, ecc.), non fa altro che tradire e confermare l'insufficienza degli strumenti giuridici attualmente sussistenti e in particolare dell'urbanistica tradizionale, già da tempo lamentata da autorevole dottrina[192].

A ben vedere, l'annacquamento della funzione di programmazione pubblica traspare non solo dall'indefinitezza dei contenuti, ma anche dal crescente ricorso all'incentivazione del ruolo di comunità e terzo settore nel contrastare il disagio abitativo, che finisce talvolta per soppiantare l'intervento pubblico diretto: in effetti, la già richiamata[193] Componente 2 della Missione 5 del PNRR, all'interno del quale si ascrivono per l'appunto le misure volte a contrastare il disagio abitativo promuoven-

un approfondimento in dottrina, v. PASSALACQUA, POZZO (a cura di), *Diritto e rigenerazione dei* Brownfields. *Amministrazione, obblighi civilistici, tutele*, op.cit.; PASSALACQUA, FIORITTO, RUSCI (a cura di), *Ri-conoscere la Rigenerazione. Strumenti giuridici e tecniche urbanistiche*, Santarcangelo di Romagna, 2018.

[189] Sul punto, sia consentito il rinvio a PASSALACQUA, FAVARO, *Rigenerare siti industriali dismessi attraverso un "sistema" giuridico incentivante*, in PASSALACQUA, FIORITTO, RUSCI (a cura di), *Ri-conoscere la Rigenerazione. Strumenti giuridici e tecniche urbanistiche*, op.cit., pp. 59-88.

[190] V. *supra*, § 1.

[191] FAVARO, *Verso la* smart city*: sviluppo economico e rigenerazione urbana*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2, 2020, pp. 87-120.

[192] V. *ex multis* STELLA RICHTER, *La fine del piano e del suo mito*, in *Riv. giur. urb*., 3, 2017, pp. 432 ss.; SALZANO, *Fondamenti di urbanistica*, Bari, 2003, pp. 256 ss.

[193] *Supra*, nota 185.

do la rigenerazione urbana, è dedicata a "Infrastrutture sociali, famiglie, comunità e Terzo settore".

Insomma, quantomeno a livello nominalistico le programmazioni volte a contrastare il disagio abitativo di certo non mancano. Eppure, tra delega al mercato e ricorso a concetti giuridici indeterminati, che talvolta si traducono finanche nella creazione di nuovi soggetti giuridici riconducibili al terzo settore – basti pensare alla recente introduzione delle cooperative di comunità, delle Comunità di Energia Rinnovabile (CER) e delle Comunità Energetiche dei Cittadini (CEC), cui sono affidate anche rilevanti funzioni in materia di rigenerazione urbana, efficientamento energetico e contrasto della povertà energetica[194]–, dell'originaria programmazione pubblicistica ad ampio respiro e di lungo periodo di resta ad oggi assai ben poco.

4. Le precedenti considerazioni dovrebbero aver permesso di evidenziare le molteplici e sfaccettate ragioni per cui l'intervento pubblico di promozione della sostenibilità dell'abitare rappresenta ancora oggi un emblematico caso-studio della retorica contrapposizione tra regolazione e programmazione[195]. In questo settore, il tanto auspicato ritorno alla programmazione propriamente intesa manifesta in realtà la (più o meno celata) presa d'atto dell'eccessiva carenza di interventismo pubblico volto a contrastare il disagio abitativo in cui versa attualmente il nostro ordinamento, peraltro in controtendenza rispetto ad altri Stati europei. La necessità di integrare le tre dimensioni della sostenibilità, attribuendo il giusto peso a quella ambientale e sociale accanto alla più tradizionale *affordability* in senso economico, ci ha portato a ricondurre nel novellato art. 41, comma 3, Cost. la legittimazione di un intervento di programmazione statale volto a garantire la sostenibilità dell'abitare, quantomeno

[194] Per un approfondimento di tali aspetti, sia concesso il rinvio a FAVARO, *Pubblico, privato e collettivo: la transizione ecologica tra società e comunità*, in *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, 1, 2022, pp. 105-121, anche in PASSALACQUA (a cura di), *Diritti e Mercati nella transizione ecologica e digitale*, op.cit., pp. 315-330.

[195] Per un'approfondita disamina di tale complessa relazione si rinvia in particolare a RANGONE, *Le programmazioni economiche. L'intervento pubblico tra piani e regole*, Bologna, 2009.

nelle more di un più diretto riconoscimento costituzionale. Allo stesso tempo, è emersa l'improcrastinabile necessità di dar vita a un virtuoso innesco tra pubblico e privato, il quale non può che partire da un'effettiva "riaffermazione della propria responsabilità" da parte dello Stato, che ha progressivamente relegato le proprie funzioni al mercato, al privato, alle Regioni, ai Comuni e al terzo settore.

Ciò posto, il necessario recupero dell'originaria funzione di programmazione da parte del governo centrale non implica necessariamente anche il ritorno dello Stato dirigista, come talvolta si è indotti a pensare. Significa più semplicemente che, pur mantenendo il pluralismo dei soggetti attualmente coinvolti nella promozione della sostenibilità dell'abitare, è lo Stato a riaffermare il proprio ruolo di regista.

In questa affermazione, che potrebbe *prima facie* forse apparire banale, si sottintendono non solo concetti già noti, ma anche altri maggiormente innovativi. Anzitutto, si intende sostenere la necessità di valorizzare la programmazione concertata, che non costituisce certo un neologismo. Già in quella che viene generalmente definita "l'età dell'oro del *Welfare State*" (1945-1979), lo Stato sociale notoriamente fondava il proprio equilibrio «sul compromesso tra due poli ideali: il piano, con la sua vocazione alla disciplina totalizzante e alle decisioni centralizzate, e il pluralismo, con i suoi corollari di divisione e decentramento del potere e delle istituzioni rappresentative, nonché, soprattutto, con la sua esaltazione dell'incontro-scontro dei gruppi sociali come fonte di sviluppo economico sociale»[196]. Tale approccio è rinvenibile anche nel Piano Ina-Casa del 1949 – che, come si è già evidenziato, mirava a istituzionalizzare la partecipazione solidaristica di tutte le componenti sociali a sostegno dei più bisognosi – e nel Piano decennale per l'edilizia residenziale del 1978, che si è ricordato essere ritenuto l'unico provvedimento organico di programmazione dell'edilizia residenziale pubblica basato su un modello concertativo pianificato a cui concorrono più soggetti istituzionali. Si è inoltre

[196] BALDASSARRE, *Lo Stato sociale, una formula in evoluzione*, in BALDASSARRE, CERVATI (a cura di), *Critica dello Stato sociale*, Bari, 1982, p. 27.

rilevato[197] che esperienze come quelle dei programmi integrati sono fallite non certo per la pluralità degli operatori coinvolti, bensì per «aver sovvertito i ruoli, spostato competenze e modificato gerarchie tra gli attori che intervengono nei processi decisionali», trasformando l'operatore privato nel sostanziale promotore dell'iniziativa e relegando il Comune ad un ruolo subalterno, non solo verso il privato ma anche nei confronti del governo centrale. È dunque necessario anzitutto riportare l'ordine nella ripartizione dei ruoli, riaffermando la centralità del pubblico, unico soggetto realmente capace di una programmazione a lungo termine[198].

Al contempo, e in chiave maggiormente innovativa, si tratta anche di rinvenire nuovi modelli flessibili, atti a ravvicinare le forme tipiche dell'intervento statale alle più recenti manifestazioni di innovazione sociale, valorizzando quei soggetti giuridici riconducibili al terzo settore di recente introduzione[199] come necessario contraltare ad una possibile degenerazione dirigistica della programmazione[200]. Si suole ad esempio ritenere che comunità energetiche e cooperative di comunità non siano poi così innovative, ricalcando la loro natura giuridica quella classica di associazioni, fondazioni, cooperative e in generale enti del terzo settore che trovano già ampia tutela e riconoscimento nel nostro ordinamento. Ci sembra tuttavia che nelle misure normative volte alla loro promozione vi sia, quantomeno *in nuce*, un qualcosa in più rispetto alla ormai ben consolidata e tradizionale incentivazione degli enti no-profit: in entrambe si contempla espressamente la possibilità di partecipazione diretta (ad es. come socio) da parte dell'ente locale, e il fine ultimo è far convergere in un unico soggetto giuridico i molteplici operatori che mirano al conseguimento del pubblico interesse.

Siamo allora ben distanti dalla logica che aveva caratterizzato la prima legge italiana che ha riconosciuto la "funzione pubblica della casa", vale a dire la già

[197] V. *supra*, nota 151.
[198] MAZZUCATO, *Lo Stato Innovatore*, Bari, 2014, *passim*.
[199] Di cui si è dato conto nel precedente §.
[200] *Amplius*, sul punto, v. FAVARO, *Pubblico, privato e collettivo: la transizione ecologica tra società e comunità*, cit.

richiamata Legge Luzzatti. Se lì infatti il governo aveva optato, anziché per l'intervento diretto, per un ruolo regolatorio nei confronti dei promotori privati, le nuove forme di programmazione dovrebbero invece incentivare una maggiore e più diretta cooperazione tra pubblico e privato sociale. Ecco che allora anche blasonate espressioni tuttora *à la page*, come il riferimento all'amministrazione condivisa, assumono un ben più pregnante significato: il pubblico, nel riassumere la propria responsabilità, promuove le *housing associations* non solo per colmare i grandi vuoti della propria regolazione e programmazione, ma quale *longa manus* di un progetto condiviso di programmazione di lungo periodo, che orienti i nuovi attori e strumenti nella logica della sostenibilità a tutela delle generazioni future.

Tamara Favaro

Ricercatore di Diritto dell'economia

nell'Università di Pisa

IL *GREEN DEAL* E IL TEMPO DELLE CRISI *

(*The green deal and time of crises*)

ABSTRACT: *The paper examines the Green New Deal' s importance considering the value and the need to realize its objectives. At the same time, it analyzes the socio-economic consequences caused by recent pandemic and war crises in Ukraine. Moreover, it highlights the changes and the effects of the energy crisis in Europe resulting from the war. The paper also points out how the current economic situation affects the practical implementation of green policies and the possibility that the Green New Deal is also subject to a suspension.*

SOMMARIO: 1. L'impostazione del *Green deal*. – 2. Gli scenari delineati dalla pandemia e dalla guerra in Ucraina. – 3. Il nuovo corso del *Green deal* alla luce dei recenti avvenimenti.

1. L'11 dicembre 2019 la Commissione europea, in linea con l'Agenda 2030[1] delle Nazioni Unite, presentava il *Green New Deal*[2] (da ora *Green Deal*) che, mettendo in pratica quanto deciso dal Consiglio europeo nella *Nuova Agenda Strategica*

*Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio.

[1] Risoluzione n. 70/1, adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 25 settembre 2015, *Transforming our world: The 2030 Agenda for Sustainable Development*. Si tratta di un programma d'azione per le persone, il pianeta e la prosperità sottoscritto dai governi dei 193 Paesi membri dell'ONU, in *www.sustainabledevelopment.un.org/post2015/transforming ourworld*. Avviata ufficialmente nel 2016, l'Agenda intende orientare gli interventi fino al 2030 inglobando 17 Obiettivi per lo sviluppo sostenibile – *Sustainable Development Goals* (SDGs) – per un totale di 169 *target*.

[2] Comunicazione della Commissione, "*Il Green Deal europeo*", COM(2019) 640 final del 11.12.2019. Sull'argomento, tra i tanti contributi, TAGLIAPIETRA, *Il "Green Deal europeo" della presidente Von der Leyen: quali priorità?*, in *Equilibri*, 2, 2019, p. 284 ss.; CASERINI, *Il Green deal fa bene all'economia*, in *AE. Altraeconomia*, 2020, p. 27 ss.; FALCONE, *Il Green Deal europeo per un continente a impatto climatico zero: la nuova strategia europea per la crescita tra sfide, responsabilità e opportunità*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2, 2020, p. 379 ss.; ASARO, FISICARO, *Il Green Deal europeo*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, n. 2-3, 2021, p. 858 ss.; PESCE, *La dimensione esterna del Green Deal: profili attuativi ed evolutivi*, in *Studi sull'integrazione europea*, 3, 2021, p. 529 ss.; BEVILAQUA, *From sustainable development to Green New Deal*, in *Ius Publicum Network review*, 1, 2021, p. 1 ss.; MAGLIO, *Le dinamiche della conoscenza nel Green Deal*, Roma, 2021, p. 47 ss.; MARTELLONI, *I benefici condizionati come tecniche promozionali nel Green New Deal*, in *Lavoro e diritto*, 2, 2022, p. 293 ss.

2019/2024[3], delineava, in un divenire ancora sfuocato, una nuova strategia di crescita dell'Unione. L'Unione con questo progetto intende creare lavoro, ridurre l'impatto ambientale, contrastare le disuguaglianze economiche e sociali e garantire una transizione equa per i Paesi membri e i cittadini europei puntando su un maggior sviluppo dell'economia circolare, con la consapevolezza che finanza, economia ed ecosistema sono strettamente interconnessi e devono essere modificati congiuntamente[4]. Il *Green Deal* porta in sé prospettive e innovazioni ambiziose, sebbene la tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità erano già previsti in diverse disposizioni dei Trattati europei oltre che nella Carta dei Diritti fondamentali dell'UE[5]: si tratta di 116 punti da attuare, anche se molti di essi, come l'intenzione di rendere il continente europeo definitivamente *climate neutral* nel 2050 e di limitare il riscaldamento globale di 1,5°C, siano spalmati in un lasso di tempo non breve, circostanza che, in vero, rende un po' perplessi sulla loro concreta attuazione[6]. Il Patto verde promuove una combinazione di interventi pubblici e iniziative private e mira a rivedere le priorità nelle scelte sulla produzione di beni e sulla fornitura di servizi secondo una visione orientata alla tutela dell'ambiente e allo sviluppo sostenibile, tanto da integrare una sorta di terza rivoluzione industriale[7].

[3] In *www.consiliumeuropa.ue*.

[4] CAFAGNO, *Analisi economica del diritto e ambiente, tra metanarrazioni e pragmatismo*, in *Il Diritto dell'economia*, 2, 2019, p. 159. PETTIFOR, *The Case for the Green New Deal*, London-New York, 2019, p. 31 ss., in particolare ha evidenziato quanto il cambiamento dell'attuale sistema monetario e finanziario è strettamente legato alla transizione ecologica.

[5] Sul tema, CARTA, *Il Green Deal europeo. Considerazioni critiche sulla tutela dell'ambiente e le iniziative di diritto UE*, in *www.rivista.eurojus.it*, 2020, p. 54 ss.

[6] Non sono stati previsti controlli intermedi circa l'attuazione del *Green Deal*, ma la Commissione ha elaborato una "tabella di marcia" con la previsione di oltre 50 azioni contenuta nell'Allegato della Comunicazione sul *Green Deal* europeo. Si v., Tabella di marcia – Azioni chiave, in *www.eurlex.europa.eu*. È da segnalare, poi, l'adozione della c. d. Legge europea sul clima adottata nel 2021 con il regolamento (UE) 2021/1119, ai sensi del quale le istituzioni dell'Unione e gli Stati membri sono tenuti a prendere le misure necessarie a livello nazionale e sovranazionale per raggiungere l'azzeramento delle emissioni, tenendo conto dell'importanza di promuovere l'equità e la solidarietà tra gli Stati membri. Tale regolamento fissa, inoltre, l'obiettivo intermedio di ridurre entro il 2030 le emissioni nette di gas a effetto serra di almeno il 55%, rispetto ai livelli del 1990.

[7] RIFKIN, *Un Green New Deal globale. Il crollo della civiltà dei combustibili fossili entro il 2028 e l'audace piano economico per salvare la Terra*, Milano, 2019, p. 12 ss.

La Commissione nel *Green deal* ha anche espresso la volontà di evitare il più possibile la perdita di biodiversità tramite un *Meccanismo per la transizione equa* appositamente sviluppato per aiutare le regioni europee che soffriranno di più nel raggiungere la neutralità carbonica e gli altri obiettivi ambientali, sostenendo strategie industriali per l'innovazione e la diffusione di nuove tecnologie atte a istituire modelli imprenditoriali sostenibili con tecnologie digitali e sviluppo degli *open data*, al fine di migliorare l'efficienza sotto il profilo delle risorse e dell'energia anche attraverso il potenziamento del monitoraggio ambientale e attraverso la digitalizzazione dei dati relativi all'inquinamento.

Il progetto in oggetto prevede, con il fine di mettere al centro la persona umana e i suoi bisogni, tra gli altri propositi, l'attuazione di programmi per la raccolta differenziata, la riduzione dei rifiuti, il riutilizzo, il riciclaggio, una maggiore diffusione degli appalti pubblici verdi, incentivi alle imprese che producono prodotti o servizi sostenibili e una politica alimentare ambientalmente più sostenibile, nell'intento di eliminare i pesticidi e i fertilizzanti più dannosi per la salute.

La realizzazione di una transizione economico-sociale è un obiettivo prioritario che intende coniugare equità sociale e sostenibilità, puntando su una crescita dissociata dall'uso delle risorse[8] nella piena realizzazione dei principi dell'economia circolare ritenuta ormai uno strumento fondamentale per attuare le politiche verdi[9],

[8] Cfr. COM(2019)640 final, cit., § 1.

[9] Sull'economia circolare, tra i copiosi contributi, ELLEN MACARTHUR FOUNDATION, *Che cos'è l'economia circolare*, in *Economia & management*, 5-6, 2018, p. 13 ss.; JACKSON, *Fondamenti dell'economia di domani*, in *Equilibri*, 1, 2019, p. 40 ss.; FERRARA, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 3, 2018, p. 801 ss.; DE LEONARDIS (a cura di), *Studi in tema di economia circolare*, Macerata, 2019, p. 11 ss.; ID, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, in *Rivista quadrimestrale dell'ambiente*, 1, 2020, p. 50 ss.; TAGLIAFIERRO, *Il futuro dell'economia è circolare*, in *Management delle utilities e delle infrastrutture*, 4, 2020, p. 57 ss.; NAZZARO, *Rifiuti, beni e proprietà nella prospettiva dell'economia circolare*, in *Rassegna di diritto civile*, 2, 2020, p. 621 ss.; FELIZIANI, *L'economia circolare nei decreti semplificazione e nel PNRR: quanto manca alla meta?*, in *Rivista giuridica dell'urbanistica*, 4, 2021, p. 823 ss.; COLOGNESE, *Economia circolare: "restyling" o nuovo modello economico?*, in *www.giustamm.it*, 2, 2021, p. 1 ss.; COLOMBO, *Economia circolare: a che punto siamo?*, in *MarK up*, 2022, p. 50 ss.

secondo quanto proposto dalla Commissione già nel 2015[10].

Il *Green Deal*, sotto il profilo operativo si compone di un corposo pacchetto di proposte legislative, piani d'azione e strumenti finanziari rappresentando uno strumento che, se attuato, sembrerebbe capace di incidere anche sull'assetto economico e giuridico dell'Unione, modificando l'intero progetto regolatorio di quest'ultima e trasformando la politica europea con la forza innovativa propria di quello che è stato chiamato lo "sfrenato vitalismo"[11] del diritto, la quale se realizzata, potrebbe integrare una vera e propria svolta per il vecchio continente nel riconciliare il sistema produttivo con l'ambiente[12].

L'Unione, peraltro, attraverso il *Green Deal* si pone l'obiettivo di realizzare un'autonomia industriale ed energetica, tentando un suo riposizionamento politico rispetto al resto del mondo, in considerazione che proprio il settore energetico sta definendo la nuova geografia del globo.

Il *Green Deal* può intendersi, pertanto, come una sorta di nuovo sistema che intende trasformare i modelli economici, etici e sociali all'insegna dei criteri ESG[13], superando il vecchio paradigma, ormai in crisi, per orientarsi verso un nuovo archetipo di vita che non è soltanto incentrato su un programma per affrontare il cambiamento climatico ma vuole realizzare un importante cambiamento di passo generale.

2. Quanto appena illustrato evidenzia gli innovativi obiettivi che scaturiscono dal *Green Deal* e, sebbene la Commissione e gran parte degli Stati membri sembrano

[10] COM/2015/0614.
[11] KAUFMAN, *Critica della filosofia neokantiana del diritto*, trad. it. di CARRINO, Napoli, 1992, p. 73.
[12] CELATI, *L'intervento pubblico per la riconversione ecologica dell'economia. Modelli, strumenti e prospettive giuridiche*, Padova, 2021, p. 5 ss.
[13] *Environmental Social Governance* (*governance* ambientale e sociale) che indica tutte quelle attività legate all'investimento responsabile che perseguono gli obiettivi tipici della gestione finanziaria tenendo in considerazione aspetti di natura ambientale, sociale e di *governance.* Sul tema, CAPRIGLIONE, *Fare impresa tra profitto e responsabilità sociale*, in *Il Sole 24 ore*, sezione Economia e Finanza, 13/07/2022, p. 24 ss.

essere ben disposti a realizzare il programma in esso contenuto, la sua attuazione appare lastricata di difficoltà. Queste ultime hanno varie motivazioni: innanzi tutto, i fondi stanziati non paiono essere del tutto sufficienti in quanto la Commissione ha sovvenzionato gli obiettivi del *Green deal* con cofinanziamenti nazionali e regionali che vengono trasferiti dai fondi per lo sviluppo regionale e sociale (FESR e FSE+) con nocumento ed evidente rischio di compromissione delle politiche di coesione, le quali non possono essere trascurate perché volte a ridurre il divario socioeconomico delle regioni europee caratterizzate da una crescita più lenta ed insufficiente, peraltro, ultimamente aggravata dalla pesante crisi economica scaturita dall'emergenza Covid e dalla recente guerra in Ucraina.

Gli investimenti mobilitati a favore dei sistemi sanitari e degli altri settori dell'economia in risposta all'epidemia[14] hanno, poi, aumentato in maniera esponenziale la spesa pubblica con una conseguente riduzione delle risorse necessarie per frenare i contraccolpi della riconversione accusati dalle imprese in termini di produttività e occupazione, nonché con un calo delle sovvenzioni a investimenti in innovazione e in "transizione ecologica". Si è, così, avviata una fase complessa, dalle molte incognite emergendo la necessità, da una parte, di potenziare la ripresa e, dall'altra, il timore dovuto alle attuali "crisi" di ricadere in una congiuntura economica più grave della precedente. Il settore "*green*" viene visto da molti come un'opportunità per rilanciare crescita e lavoro[15], ma anche, nello stesso tempo, viene considerato negativamente da alcune *lobby* molto influenti, dato che l'esigenza di frenare l'inquinamento spesso viene attuata con misure che ostacolano

[14] Sul punto, OTTAVIANI, *Il ruolo della politica di coesione sociale, economica e territoriale dell'Unione europea nella risposta alla COVID-19*, in *Eurojus*, 14 luglio 2020, p. 123 ss. Sugli interventi della Commissione per fronteggiare l'emergenza COVID-19, cfr. CAFARI PANICO, *Le misure di aiuto di Stato previste dal D. L. Rilancio*, in *Fieldfisher*, 27 maggio 2020; MUNARI, CALZOLARI, *Le regole del mercato interno alla prova del COVID-19: modeste proposte per provare a guarire dall'ennesimo travaglio di un'Unione incompiuta*, in *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, numero speciale *Eurojus*, p. 15 ss.

[15] Si v., il Manifesto "Nuovo *Green Deal* per l'Italia" firmato da numerosi professionisti italiani e proposto ai decisori politici, in www.greendealitalia.it.

le produzioni e fanno lievitare i costi da sostenere.

La pandemia, sconvolgendo abitudini e modi di vivere di miliardi di persone e causando non solo numerose vittime ma, anche, ingenti danni economici, ha mostrato quanto si possa essere vulnerabili e quanto sia importante pensare al futuro che, ormai è evidente, dovrà essere impostato su un'economia circolare e su politiche mirate atte a evitare il rischio che la vita di imprese e famiglie sia compromessa dalla riduzione rispettivamente della marginalità e del potere di acquisto[16].

La frenata economica imposta dal Covid-19 ha mobilitato i governi di tutto il mondo che hanno reagito disponendo nuovi stimoli fiscali sostenuti dalle politiche espansive delle banche centrali[17]. Lo stanziamento di ingenti somme di denaro pubblico, giustificate al fine di fronteggiare l'emergenza, tuttavia, ha provocato un aumento dei consumi e dei prezzi causando, quindi, inflazione. Così, l'intero comparto delle materie prime (dall'alluminio, al rame, agli idrocarburi) investito dalle conseguenze delle politiche espansive fiscali è soggetto a un aumento dei costi.

Tale contesto non ha favorito le *politiche verdi* perché, da un lato, le imprese hanno dimostrato di essere sempre più disincentivate dall'intraprendere nuovi piani di sviluppo nel settore dei combustibili meno inquinanti, timorose di dover investire somme di denaro più impegnative; dall'altro, alcuni Stati dell'est Europa a livello nazionale e sopranazionale, nel timore che il progetto del *Green Deal* potesse far lievitare ancora di più le spese per le materie prime e i beni di consumo hanno pensato di utilizzare parte dei fondi in esso stanziati per ricostruire il sistema produttivo in crisi e, al fine di accelerare la ripresa nonché dare priorità al rilancio del settore industriale, hanno dichiarato la loro intenzione di sospendere, per

[16] CASASCO, *Nota introduttiva*, in TORILIZZI, *Materia rara. Come la pandemia e il green deal hanno stravolto il mercato delle materie prime*, Firenze, 2021, p. 3 ss.
[17] CAPRIGLIONE, *Il Covid-19 e la faticosa ricerca di nuovi paradigmi operativi*, in *Rivista di diritto bancario*, 1, 2021, p. 13 ss.

l'emergenza in atto[18], l'ambizioso piano europeo volto all'azzeramento delle emissioni di carbonio, dimenticando o facendo finta di dimenticare, gli obiettivi di sostenibilità e neutralità climatica.

Abbandonare o, anche, solo rinviare le politiche relative all'ambiente, tuttavia, potrebbe comportare una situazione davvero pericolosa per l'Europa tanto che le istituzioni dell'Unione, consapevoli di tutto questo, hanno scelto di incentrare la ripresa dalla crisi sul piano della trasformazione verde del continente dedicando a esso il 30% delle risorse del *Next generationEu* e ponendo in essere il *REPowerEU*[19] un piano per ridurre il più rapidamente possibile la dipendenza dai combustibili fossili e accelerare la transizione. Anche la BEI, conscia dei possibili stravolgimenti finanziari dovuti alla crisi ha annunciato che sosterrà 2,2 miliardi di euro di investimenti, a favore delle azioni per il clima e per la sostenibilità ambientale nel periodo 2021-2030, oltre a stanziare 15, 38 miliardi di euro per risorse naturali ed energie sostenibili[20].

Ad aggravare ulteriormente la politica verde messa già alla prova dal Covid, è di recente intervenuta la guerra in Ucraina che ha evidenziato ancora di più quanto sia fondamentale risolvere la questione energetica[21], rendere l'Europa indipendente dal gas proveniente dalla Russia e incrementare le fonti di energie alternative e rinnovabili proprio come auspica il *Green deal*.

Il conflitto bellico e le relative conseguenti riduzioni delle forniture di gas nei confronti del vecchio continente, unite alle speculazioni finanziarie su questo combustibile, nondimeno, hanno creato una situazione ambigua e alcuni Paesi

[18] Andrej Babiš, il primo ministro della Repubblica Ceca il 26 marzo 2020 ha dichiarato che è necessario "dimenticare il *Green deal* almeno per il momento", a proposito, si v. *www.repubblica.it*, 01/04/2020.
[19] Il Piano COM(2022) 230 def. è stato presentato dalla Commissione europea il 18/05/2022.
[20] I numerosi finanziamenti e i progetti approvati dalla BEI sono reperibili in *www.eib.org*.
[21] Occorre essere consapevoli che la questione energetica non nasce con la guerra in Ucraina ma ha radici più lontane che le istituzioni, europee e nazionali, hanno provato ad affrontare con provvedimenti sia di breve periodo (sostegno delle imprese) sia di lungo periodo (promozione degli investimenti), così, LUCHENA, *Crisi energetica e aiuti di Stato*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, suppl. al n. 1, 2022, p. 132.

europei, come la Germania, invece di dirigere le loro politiche energetiche verso obiettivi rispettosi dell'ambiente, dato il costo più alto da sopportare almeno inizialmente e i tempi lunghi per passare alle rinnovabili, hanno pensato di compensare le limitazioni di gas proveniente dalla Russia con un incremento, temporaneo (così è stato definito), dell'uso del carbone, posticipando la graduale dismissione delle proprie centrali basate su questo combustibile con aumento delle emissioni nocive e il rischio di contribuire a frenare la tabella di marcia della transizione ecologica. Tale politica è stata, seppur in misura minore, sviluppata anche in Italia, tanto che nel decreto Aiuti *bis*[22] all'art. 12 si prevede che la società Terna S.p.A. debba predisporre un programma di massimizzazione dell'impiego degli impianti di cogenerazione di energia elettrica con potenza termica nominale superiore a 300 MW che utilizzino carbone o olio combustibile in condizioni di regolare esercizio, per il periodo stimato di durata dell'emergenza dovuta alla guerra in atto, fermo restando comunque l'attribuzione di maggiori contributi agli impianti alimentati a energie rinnovabili[23].

Molti Stati membri, poi, sempre in considerazione dei tempi non brevi per il passaggio dalle fonti fossili alle rinnovabili e dell'esigenza urgente di approvvigionarsi di energia, hanno deciso di acquistare gas da altri Paesi. Ciò, però, oltre a creare effetti non trascurabili sulla bilancia dei pagamenti poiché i prezzi di tale combustibile sono nel frattempo aumentati, non è neanche risolutivo per la transizione ecologica in quanto spesso si acquista il gas da Paesi che lo estraggono tramite il metodo della fratturazione idraulica o *fracking* dannoso per l'ambiente e la salute umana[24], tanto

[22] D.l. 17/5/2022 n. 50, convertito con modificazioni dalla l. 15/7/2022 n. 91.
[23] Sul punto si v. anche il Piano nazionale di contenimento dei consumi di gas naturale, emanato dal Mite, 6 settembre 2022, p. 10, in *www.mite.gov.it*.
[24] KASSOTIS, TILLITT, DAVIS, HORMANN, NAGEL, *Estrogen and androgen receptor activities of hydraulic fracturing chemicals and surface and ground water in a drilling-dense region* in *Endocrinology*, marzo 2014, pp. 1697 ss., evidenziano come l'estrazione di gas naturale mediante fratturazione idraulica aumenta il rischio di contaminazione delle acque superficiali e sotterranee da sostanze chimiche utilizzate durante il processo. Centinaia di prodotti contenenti sostanze chimiche utilizzate durante il processo di estrazione sono note o sospette di alterare il sistema endocrino e

più che, sebbene questa materia prima sia considerata funzionale al passaggio verso le energie rinnovabili, il suo utilizzo produce comunque emissioni capaci di generare effetto serra.

Dopo lo scoppio del conflitto bellico, quindi, gli scenari sono molto cambiati e non solo dal punto di vista geopolitico. Uno degli obiettivi più urgenti della politica energetica europea prima della guerra era la riduzione delle emissioni di carbonio responsabili del cambiamento climatico; dopo l'invasione dell'Ucraina, invece, l'Unione ha sviluppato la necessità di ridurre al più presto la sua dipendenza dal petrolio e dal gas naturale russi, con la conseguenza di generare un contrasto tra gli obiettivi economici e quelli climatici, almeno a breve termine, perché è più semplice, rapido e meno dispendioso soppiantare le fonti appena nominate con il carbone e la lignite anziché con le energie rinnovabili per le quali, almeno nella fase iniziale della messa a regime, sono necessarie maggiori risorse economiche da impiegare[25].

Peraltro, come è noto, le guerre portano con sé anche ripercussioni di lunga durata sull'ambiente. A seconda del tipo di arsenale utilizzato, le sostanze chimiche tossiche nell'acqua, nel terreno e nell'aria possono persistere per i decenni a venire, danneggiando la salute umana, gli *habitat*, le specie e le colture. Come se non bastasse, poi, la coltivazione del grano e dei cereali ucraini, attualmente, è stata in parte abbandonata con poca produzione e con il rischio di carestie per mancanza di approvvigionamenti.

Questa situazione unita alle difficoltà dei trasporti, alla siccità e all'aumento esponenziale dei prezzi porta con sé il rischio di una stagflazione, mentre l'attuale inflazione rischia di tagliare in termini reali le spese di bilancio, le risorse per beni e servizi e i trasferimenti alle imprese che sono sempre più in affanno dati gli alti costi per produrre, rendendo quasi nulla quel po' di ripresa che c'era stata nel 2021 dopo i

favorire l'insorgenza di tumori. Tale tecnologia di estrazione, poi, porta con sé il rischio di micro-sismicità indotta e problemi locali di stabilità del terreno.

[25] Per LUCHENA, *Crisi energetica e aiuti di Stato*, cit., p.132, verosimilmente sarà necessario continuare ad utilizzare fonti inquinanti per i prossimi tempi in attesa di ridare impulso al progetto della transizione ecologico/energetica.

mesi di *lockdown*[26] con la conseguenza che i fondi messi a disposizione dai Paesi membri sia per altri obiettivi più generali sia in particolare per le politiche *green* diventano sempre più esigui.

Anche la sicurezza alimentare risente della situazione in atto e, anzi, mentre la crisi energetica sembra in qualche modo favorire la transizione verde, la situazione agricola sembra andare in senso contrario. Il *boom* globale dei costi delle materie prime ha fatto salire i prezzi nei mercati dei prodotti agricoli e ittici, esponendo a vulnerabilità il nostro sistema alimentare gravato non solo dalle importazioni di energia ma, anche, dalla scarsità di fertilizzanti e mangimi. Tale circostanza aumenta i costi per i produttori, sollevando preoccupazioni per quanto riguarda il potere d'acquisto dei consumatori e il reddito degli imprenditori.

Tutto questo, ovviamente, apre il fianco a strumentalizzazioni da parte di quelle *lobby* agricole[27] che, non gradendo la strategia *Farm to Fork*[28], parte sostanziale del *Green deal*, hanno subito approfittato della crisi per chiedere di produrre più cibo massimizzando la superficie coltivabile con una sospensione degli obiettivi climatici e di quelli relativi alla sostenibilità, mettendo in *stand by* il progetto verde europeo[29].

Il problema della scarsità, in particolare di alcune materie prime come, per

[26] BARBATI, *Le conseguenze economiche della guerra in Ucraina*, in *Micromega*, 6 maggio 2022, p. 21 ss., GIANGRANDE, *Le conseguenze della guerra russo-ucraina sull'economia italiana. Un'analisi sui salari e sull'occupazione*, in *Moneta e credito*, 298, 2022, p. 219 ss.

[27] Si v. l'intervento del vicepresidente esecutivo per l'*European Green Deal* della Commissione europea, F. Timmermans, sui recenti sviluppi in seguito all'invasione russa dell'Ucraina tenuto alla Commissione parlamentare europea per l'ambiente, la sanità pubblica e la sicurezza alimentare (ENVI) l'8 marzo 2022, in *www.greenreport.it*.

[28] La strategia *Farm to Fork* è al centro del *Green Deal* europeo con l'obiettivo di rendere i sistemi alimentari equi, sani e rispettosi dell'ambiente. Il 23 marzo 2022 la Commissione ha pubblicato la Comunicazione della commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio dell'Unione, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. "Salvaguardare la sicurezza alimentare e rafforzare la resilienza dei sistemi alimentari", COM(2022) 133 definitivo, nella quale delineava una serie di misure adottate per salvaguardare la sicurezza alimentare globale e sostenere gli agricoltori e i consumatori dell'UE che sono stati colpiti dall'aggressione militare della Russia contro l'Ucraina.

[29] In tal senso le dichiarazioni del WWF, marzo 2022, reperibili in *www.green.it*.

esempio quello delle c.d. terre rare (fra le quali è ricompreso anche il litio e i super magneti), in buona parte legato alla guerra, inoltre, rischia di creare ulteriori ripercussioni sulla concreta realizzazione della politica *green*[30]. Questo perché tali materiali sono indispensabili per costruire *smartphone* e televisori, ma soprattutto per lo sviluppo dell'industria delle batterie e per la trasformazione della mobilità, dal motore endotermico a quello elettrico (così come vuole il pacchetto denominato *Fit for 55*[31]), nonché per tutta la filiera eolica e la fibra ottica, ovvero il cuore dell'innovazione tecnologica e digitale che è strettamente legata allo sviluppo sostenibile e all'autonomia industriale ed energetica, fulcro del *Green Deal* e obiettivo primario dell'Europa[32].

3. Gli scenari appena delineati fanno pensare che la guerra in Ucraina possa essere l'inizio di un effetto domino capace di derubricare la giustizia climatica[33] da urgenza ecologica, ambientale, politica e giuridica a obiettivo tra i tanti, al cospetto di una agenda politica internazionale rivolta ad altre priorità, tra cui costruire un nuovo equilibrio geopolitico e porre rimedio urgente alla crisi economica.

D'altra parte, l'Unione non sembra voler arretrare nei suoi propositi pro-clima[34] e per sottolineare e rafforzare l'intenzione di continuare la transizione verde

[30] La domanda del litio soprattutto per produrre le batterie dei veicoli elettrici (EV) e, quindi, per realizzare la transizione energetica si prevede crescente, addirittura secondo uno studio (effettuato da Eurometaux – *Association Européenne des Métaux*- in *www.eurometaux.eu*) aumenterà del 3500% entro il 2050.

[31] Pacchetto climatico che propone proposte legislative per raggiungere entro il 2030 gli obbiettivi del *Green Deal* e adottato il 14 luglio 2021 dalla Commissione europea, in *EU economy and society to meet climate ambitions*, in *www.europa.eu*.

[32] SABELLA, *La guerra delle materie prime e lo scudo* ucraino. *Ecco perché l'Europa è nel mirino di Putin*, Soveria Mannelli, 2022, *passim*.

[33] Le esigenze di tutela dell'ambiente sembrano paradossalmente *retrocedere*, tanto sul piano dell'indirizzo politico quanto su quello del dibattito pubblico, rispetto alle più impellenti necessità economiche derivanti dall'emergenza, così, CATALDO, *Lo Stato, interventista ma non troppo, di fronte all'emergenza energetica e alle opportunità offerte dagli artt. 41 e 43 Cost.: il caso degli idrocarburi*, in *www.giurcost.org*, 5 settembre 2022, p. 907.

[34] A partire dalla Comunicazione sul "*Green Deal*" europeo, la Commissione europea ha dato un'accelerata all'elaborazione di progetti e la messa in atto di politiche di contrasto al cambiamento

ha emanato il già menzionato *REPowerEU* che ha come obiettivo principale quello di interrompere la dipendenza energetica dalla Russia eliminando nel tempo la necessità di combustibili fossili sostituendoli con idrogeno, biometano, con l'energia eolica e solare.

Il piano in oggetto, tuttavia, pone qualche interrogativo perché, sebbene in esso siano previste misure a favore delle energie pulite e un aumento del *target* vincolante di risparmio energetico con un incremento dal 40% al 45% della quota per le rinnovabili nei consumi finali e siano stabilite quote massime di emissioni di gas serra per ogni singola attività produttiva, si rileva qualche nota dissonante, come, per esempio, la previsione che le riforme e gli investimenti per migliorare le infrastrutture energetiche e per garantire forniture immediate di petrolio e gas nell'interesse complessivo dell'Unione si sottraggono alla valutazione d'impatto ambientale, la quale è invece prevista in tutti i PNRR nazionali.

Tale situazione appare, invero, proprio un controsenso perché questi ultimi devono garantire che gli investimenti previsti non arrechino danni all'ambiente mentre il *REPowerEU* vi può, in un certo qual modo derogare. Non solo, tale eventualità potrebbe comportare un utilizzo dei fondi del *Next GenerationEU* non proprio in linea con la transizione ecologica. Ne è prova il fatto che sempre il *REPowerEU* consente di finanziare quasi 50 progetti per incrementare infrastrutture a combustibili fossili, 13 dei quali tramite i fondi del piano di ripresa dalla pandemia.

La Commissione, comunque, continua nella difesa della propria strategia di crescita sostenibile, puntando anzi sulla crisi come opportunità per un rilancio *green* delle economie europee: anzi, la stessa ha rimarcato questo punto con molte proposte permettendo agli Stati di essere più incisivi in questo campo[35] utilizzando i

climatico. Sul tema, AMMANNATI, *Transizione energetica, "*just transition*" e finanza*, in *Rivista Trimestrale di diritto dell'economia*, suppl. al n. 1, 2022, p. 290 ss.

[35] ROLANDO, *L'attuazione del Green Deal e del Dispositivo per la ripresa e resilienza: siamo effettivamente sulla strada per raggiungere la sostenibilità ambientale?*, in *www.dirittounione*

PNRR per perseguire in maniera decisa gli obiettivi del *Green deal*[36], con il tentativo di "rendere giuridico" il cambiamento.

Il Parlamento europeo, peraltro, in risposta alla pandemia, ha approvato, a maggioranza dei suoi membri, una risoluzione[37] sul piano di rilancio dell'Unione Europea, chiedendo alla Commissione di elaborare delle misure di ripresa che dessero priorità agli investimenti previsti nel *Green Deal*[38]. Quest'ultima ha adottato un corposo pacchetto di iniziative, modifiche di legislazioni esistenti e nuove proposte rivolte a Consiglio e Parlamento, i quali dovranno tradurle in norme vincolanti per raggiungere e consolidare entro il 2030 gli obiettivi del *Green Deal*, pianificando le future attività con il fine di cambiare profondamente il modo in cui si usa e in alcuni casi si abusa dell'energia.

Nella recente risoluzione del Parlamento europeo del 5/4/2022, che presenta le richieste per il bilancio UE 2023, poi, i deputati del Parlamento europeo hanno chiesto un "bilancio orientato al futuro che risponda alle priorità politiche dell'Unione, costruendo un'Unione della salute più forte, assicurando il successo delle transizioni verde e digitale, favorendo una ripresa equa, inclusiva, sostenibile e

europea.eu, 25/2/2022, par. 4. Sul nuovo e più incisivo ruolo degli Stati, AMATO, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, 2022, p. 37 ss.

[36] Il Regolamento n. 2021/241/UE che istituisce il Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza, prevede che un minimo del 37 per cento della spesa per investimenti e riforme programmata nei PNRR debba sostenere gli obiettivi climatici. Tutti gli investimenti e le riforme previste da tali piani devono rispettare il principio del *Do not significant harm* (DNSH) "non arrecare danni significativi" all'ambiente. Gli obiettivi di decarbonizzazione e sviluppo delle fonti rinnovabili e dell'efficienza energetica rivestono un ruolo centrale (art. 18 del regolamento). Nella strategia annuale per la crescita sostenibile COM(2020) 575: *Strategia annuale per la crescita sostenibile 2021*, la Commissione ha evidenziato il collegamento tra la predisposizione dei vari piani nazionali e la realizzazione degli obiettivi dell'Unione, precisando che i primi debbano essere in linea con gli obiettivi delle politiche sovranazionali ed essere incentrati sulla transizione verde e digitale.

[37] Risoluzione Parlamento europeo del 17 aprile 2020. Sulle recenti politiche europee per l'ambiente, LUCHENA, *Gli aiuti alle imprese per la transizione ecologica*, in LUCHENA, RAGANELLI, *Concorrenza e aiuti di Stato in Europa*, Torino, 2022, p. 277 ss.

[38] La Commissione ha adottato il pacchetto *Clean Energy for all* Europeans già nel 2019, nel maggio 2020 un pacchetto per il rilancio dell'economia, basato su una nuova proposta di *budget* europeo e un fondo dedicato alla ripresa con il *Next Generation Eu*, oltre a un rafforzamento mirato del bilancio a lungo termine dell'UE per il periodo 2021-2027 che verranno impiegati per accelerare la transizione *green* e digitale dell'Europa. Il 14 luglio 2021, invece, è stato adottato il già citato *climatic "Fit for 55"*.

resiliente, compreso un maggiore sostegno alle piccole e medie imprese (PMI)".

A seguito della guerra e con la conseguente crisi energetica il decisore politico, quindi, dovrà mettere in atto misure addirittura più ambiziose di quelle previste dal *Green deal* senza, però, alcuna deviazione dal percorso generale in esso delineato.

La legge sul clima[39], per esempio, dimostra la volontà di concretizzare la strategia verde, perché per la prima volta le dichiarazioni di intenti sul l'ambiente sono diventate giuridicamente vincolanti per gli Stati.

A tal proposito, è stato rilevato che anche le banche centrali dovrebbero riorientare la loro politica monetaria verso il finanziamento della transizione ecologica poiché, condizionando l'acquisto del debito pubblico all'attuazione di una politica *green* e vincolando il loro tasso di interesse di riferimento all'"ecologizzazione" della politica creditizia delle banche commerciali, si riuscirebbe a frenare l'inflazione creando un nuovo valore economico realizzando gli obiettivi previsti nel *Green Deal*[40].

Le difficoltà tecniche per realizzare la transizione ecologica, tuttavia, come già evidenziato, si combinano con il maggior costo iniziale per produrre energia da fonti rinnovabili, rispetto a carbone, petrolio e gas. Tali effetti non possono non incidere negativamente perché i Paesi dell'Unione, sebbene siano riusciti ad arrivare a un consenso comune sull'embargo delle importazioni di carbone e di petrolio, non sembra abbiano fatto altrettanto sulle importazioni di gas. Questo perché tecnicamente l'energia elettrica non è immagazzinabile e i bisogni energetici dell'industria non sono ancora compensabili dall'idroelettrico e dalle fonti rinnovabili. Il gas, infatti, è ancora la fonte energetica più utilizzata in Europa, non riuscendo il vecchio continente ad affrancarsi dall'approvvigionamento di tale materiale in tempi

[39] Il 29 luglio 2021 è entrata in vigore la c.d. Legge europea sul clima (Regolamento CEE/UE 30 giugno 2021, n. 1119) che "stabilisce l'obiettivo vincolante della neutralità climatica nell'Unione entro il 2050" e "istituisce un quadro per progredire nel perseguimento dell'obiettivo globale di adattamento".

[40] GIRAUD, *Verso una prossima crisi finanziaria globale?*, in *La Civiltà cattolica*, n. 4133/2022, p. 384, 385.

compatibili con gli eventi bellici in corso per via dell'onerosità delle dismissioni delle vecchie centrali e per la necessità, almeno per un periodo iniziale, di far coesistere per cicli più o meno lunghi, combustibili e rinnovabili prima di lasciare la prevalenza a queste ultime.

Il rallentamento della decarbonizzazione, poi, porta con sé la conseguenza di aumentare il costo della produzione e dei beni di consumo, disincentivando le imprese a produrre *green*.

La necessità di modificare i modelli di consumo, porta con sé l'esigenza di riconsiderare il modo di produrre i beni e gli stili di vita, rivitalizzando il concetto di economia circolare in maniera che il riutilizzo e il riciclo dei materiali, con i nuovi sistemi di approvvigionamento delle energie autoctone e di quelle c.d. pulite possa riequilibrare la situazione.

In una prospettiva più di lungo termine, si dovrebbe giungere a elaborare una politica congiunta europea su energia e clima basata su un modello unico di utilizzo di fonti rinnovabili condivise: situazione che, tuttavia, sembra ancora lontana dal verificarsi poiché gli Stati membri hanno fino ad ora adottato in questo campo azioni del tutto indipendenti tra loro. Non è un caso che la pandemia e le sue incognite economiche siano state un monito per i Paesi europei circa l'importanza di essere solidali e di elaborare azioni congiunte per superare le difficoltà.

Si sollecitano, a tale riguardo, risposte decisive con un netto cambiamento delle politiche economiche che riguardano l'ambiente[41] nella piena attuazione di quanto illustrato nel *Green deal*. Vanno in questa direzione, invero, le parti del PNRR incentrati sugli obiettivi del Patto verde con l'obbligo di attuare il programma *Next Generation* EU[42] varato per promuovere la ripresa dell'economia europea proprio all'insegna della transizione ecologica oltre che della digitalizzazione, della solidarietà

[41] BEVILACQUA, *La guerra in Ucraina e le fonti energetiche: l'importanza delle politiche ambientali e le soluzioni del Green Deal europeo*, in *www.rgaonline.it*, 1° maggio 2022.
[42] Adottato con delibera del Consiglio europeo del 21 luglio 2020.

tra Stati, della competitività e dell'inclusione sociale[43]. Tutto ciò anche in esecuzione del Regolamento RRF[44] il quale detta i pilastri sui cui si devono fondare i Piani nazionali, tra cui, appunto, le politiche verdi e la crescita sostenibile.

I recenti avvenimenti, così, da un lato sembrano favorire l'attuazione del *Green Deal*, ma, dall'altro, vista la quantità di fondi da mettere in gioco per far fronte "alle crisi" da essi scaturite, sembrano implicare un rallentamento degli obiettivi climatici con una distorsione delle risorse e conseguenti danni per il futuro dell'Europa e degli altri Paesi *extra* europei[45]. In altre parole, le molteplici variabili degli eventi geopolitici in atto potrebbero integrare un pericolo per la produzione sostenibile[46] e per la coesione sociale in quanto l'aumento del debito pubblico e la contrazione del PIL[47] renderebbe più difficile stanziare quanto effettivamente necessario per realizzare la transizione ecologica[48]. I modelli di sviluppo che mirano a promuovere il benessere collettivo e che riescono a dissociare crescita economica e uso delle materie prime sono, infatti, strettamente legati alla politica *green* e limitare le risorse per quest'ultima significa rendere ancora più pesanti e irreversibili gli effetti provocati dalla crisi energetica e da quella pandemica. Insomma, sembra realizzarsi, in definitiva, una sorta di circolo vizioso perché la diminuzione del *budget* per le azioni *pro*-clima a favore di maggiori stanziamenti per gli impatti della congiuntura negativa avrebbe praticamente l'effetto di contribuire al suo aggravamento. Nel lungo periodo il ritardo del programma del *Green Deal*, infatti, creerebbe una situazione economica,

[43] PITRUZZELLA, *Introduzione generale: Next generation EU, the principle of solidarity and the responsibility of the member states*, in *PasSaggi Costituzionali*, 2, 2021, p. 11 ss.
[44] *Recovery and Resilience Facility*, Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza.
[45] Gli effetti del *Green Deal* Europeo non potranno non riverberarsi anche nei confronti degli Stati a essa legati. È noto, infatti, che quando un Paese o un continente cambia radicalmente il proprio sistema energetico e ambientale ne risentono, ovviamente, anche i Paesi terzi esportatori di energia.
[46] Sul tema, TESTA, *Tradurre il green deal in fatti concreti*, in *Energia, ambiente e innovazione*, n. 2, 2020, p. 1 ss.
[47] Lo stop al gas russo, secondo il FMI toglierebbe il 3% di crescita all'insieme dell'Ue nel 2023.
[48] Si v. EEA (Agency of the European Union), *Resource efficiency and the circular economy in Europe 2019 – even more from less. An overview of the policies, approaches and targets of 32 European countries*, Report n. 26, 2019, p. 89 ss., in *www.europa.eu*.

sociale e politica ancora più insostenibile, oltre a incidere negativamente sull'integrazione europea[49].

I recenti avvenimenti, inoltre, hanno evidenziato che la transizione presenta non poche difficoltà a realizzarsi in maniera equa perché colpisce in modo diverso imprese, lavoratori e comunità a causa dei cambiamenti climatici e dei rischi per la salute che incidono sui vari gruppi della società in modo diverso a seconda delle differenze demografiche e sociali. Per tali motivi, le politiche di attuazione del *Green Deal* dovranno considerare anche tali conseguenze, prevedendo azioni a sostegno delle regioni più colpite avendo riguardo in particolare delle aree più povere e inquinate con l'obiettivo di limitare eventuali pericolose distorsioni che potrebbero snaturare l'essenza stessa del Patto verde[50].

Stefania Cavaliere

Ricercatore di Diritto dell'economia

nell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro

[49] Sulle conseguenze della guerra in Ucraina, si v. il rapporto ONU, Brief n. 1 "*Global Impact of war in Ukraine on food, energy and finance systems*" del 13 april 2022, in *www.news.un.org*, p. 3 ss.
[50] Rapporto Eu-Ansa dell'1/3/2022 sulle politiche europee in materia di clima, energia e crescita economica, in *www.ansa.it*.

IL MERCATO ELETTRICO TRA VULNERABILITÀ E SOSTENIBILITÀ *

(*Vulnerability and sustainability in the electricity market)*

ABSTRACT: *Starting from considering energy services as a tool for social inclusion, the paper deals with examining the discipline recently introduced by Legislative Decree 8 November 2021, n. 210, in implementation of Directive 44/2019/EU, inspires the organization and regulation of the electricity market to the principle of the necessary protection of vulnerable costumers in conditions of energy poverty.*

To guarantee this category of customers the necessary electricity supply, the legislator has introduced the notion of "vulnerable customer" relevant in the electricity market into the national regulatory framework, outlining a protection system based on administrative price regulation mechanisms, which it translates into a temporary derogation from the European Union principle of fully liberalised market liberalization.

The contribution also highlights that the measures necessary to protect vulnerability introduced by the new legislative decree are also developed with a view to greater involvement of vulnerable customers in the dynamics of the market and the energy transition process. From this point of view, the choice of the legislator to promote the social aims of the Citizen Energy Communities assumes central importance.

SOMMARIO: 1. L'energia come strumento di inclusione sociale. – 2. Il cliente vulnerabile nel mercato interno dell'elettricità. – 2.1. Il trattamento normativo della "vulnerabilità energetica": l'intervento pubblico nella fissazione dei prezzi. – 3. Le Comunità Energetiche dei Cittadini come strumento innovativo di contrasto alla vulnerabilità. – 4. Note conclusive.

1. L'estrema rilevanza del tema della vulnerabilità nel mercato energetico si

*Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio.

ricollega ad un dato preliminare talmente pacifico ed incontestabile che pare quasi superfluo esplicitarlo: l'accesso ai servizi energetici è fondamentale al fine di garantire il benessere, la salute, un tenore di vita dignitoso e, dunque, il pieno sviluppo e la dignità della persona[1]. In ragione della sua strumentalità al soddisfacimento delle più elementari esigenze quotidiane (riscaldamento o raffrescamento delle abitazioni, illuminazione, erogazione dell'elettricità necessaria per alimentare i più banali elettrodomestici o i più preziosi macchinari salvavita), il diritto all'energia costituisce, dunque, un indispensabile strumento di inclusione sociale[2], suscettibile di essere considerato alla stregua di una «precondizione per la fruizione di altri diritti fondamentali dell'individuo, al pari dell'abitazione, della libertà di espressione del pensiero o del diritto alla salute»[3].

La considerazione appena svolta merita oggi di essere approfondita alla luce del nuovo assetto che il mercato energetico va assumendo e, soprattutto, in ragione della posizione accordata in tale ambito al cliente vulnerabile. È noto, infatti, che il mercato dell'energia stia subendo, su impulso delle Istituzioni europee, un processo di profonda trasformazione, guidato in particolare dagli obiettivi della piena liberalizzazione e della transizione energetica, incentrata sull'uso di fonti di energia

[1] Su tale aspetto insistono le Istituzioni europee: v., da ultimo, il Preambolo (spec. *Considerando* n. 59) alla Direttiva Mercato (su cui *infra*). Il legame tra energia e benessere è stato evidenziato anche dall'Indice di sviluppo umano elaborato dal Programma delle Nazioni Unite per lo sviluppo e dal Pilastro europeo dei diritti sociali del 17 novembre 2017 (principio 20, «Accesso ai servizi essenziali»), il quale annovera l'energia tra i servizi essenziali ai quali ogni persona ha il diritto di accedere e prevede che per le persone in stato di bisogno debba essere reso disponibile un sostegno per l'accesso ai medesimi.

[2] Lo ricorda anche la Raccomandazione (UE) 2020/1563 della Commissione del 14 ottobre 2020 sulla povertà energetica.

[3] Così MAESTRONI, *Regolazione del servizio universale nel mercato dell'energia. Dal diritto dell'energia al diritto all'energia quale diritto costituzionalmente garantito?*, in DE FOCATIIS e MAESTRONI (a cura di), *Dialoghi sul Diritto dell'Energia – Contratti dell'energia e regolazione*, Torino, 2015, p. 200. Sul rapporto tra energia e diritti fondamentali, v. anche DELL'AGLI, *L'accesso all'energia elettrica come diritto umano fondamentale per la dignità della persona umana*, in *Riv. giur. amb.*, 2007, p. 713 ss.; PARENTE, *Il diritto umano all'energia*, in *I Diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2010, p. 7 ss.; PROIETTI, *Energie rinnovabili & diritti umani: Verso un nuovo futuro*, Dykinson, S.L., 2020. Sulla configurazione quale diritto di quarta generazione, v. FOSCHINI, *I diritti di quarta generazione. Il decreto "salva Alcoa": un esempio di diritto fluido*, in COSSUTTA (a cura di), *Diritti fondamentali e diritti sociali*, 2012, *passim.*

rinnovabile e sulla decentralizzazione dei servizi[4].

Tali trasformazioni potrebbero esporre i clienti finali, soprattutto quelli che si trovino in condizioni di svantaggio, ai rischi inevitabilmente connessi alle dinamiche del mercato in quanto privi degli strumenti necessari per partecipare attivamente e consapevolmente al medesimo, cogliendone opportunità e benefici[5].

Si è riproposto allora all'attenzione della comunità internazionale ed europea[6] il tema della vulnerabilità nel mercato energetico come perno attorno al quale costruire una riforma del mercato interno dell'elettricità che possa coniugare i suddetti obiettivi con il necessario rafforzamento dei presidi di tutela destinati ai clienti finali, specie se in condizioni di disagio; in altre parole, l'esigenza di una riforma che risponda al principio della *just transition*, per cui la transizione energetica deve essere giusta ed inclusiva, non deve abbandonare nessuno né essere fonte di disuguaglianze e nuove forme di povertà.

[4] Sui temi evocati v., tra i più recenti, PASSALACQUA (a cura di), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, Milano, 2022; GIURATO, *Il percorso della transizione energetica: da un'economia basata sull'energia pulita alla "rivoluzione verde e transizione ecologica" del «Recovery Plan»*, in *ambientediritto.it*, 2021, p. 841 ss.; FAVARO, *Regolare la «transizione energetica»: Stato, Mercato, Innovazione*, Milano, 2020; AMMANNATI (a cura di), *La transizione energetica*, Torino, 2018. Sull'applicazione delle nuove tecnologie e, in particolare, della *Blockchain* nel mercato energetico, v. anche MAUGERI, *"Smart contracts", "smart grids" e "smart meters": i nuovi orizzonti nel mercato dell'energia e la tutela del consumatore/"prosumer",* in *Studi senesi*, 2020, p. 85 ss.; CAPPELLI, Blockchain *e fornitura di energia. Riflessioni in materia di responsabilità tra decentralizzazione e tutela dei consumatori*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2019, p. 335 ss.

[5] Indicativo in tal senso è l'allarme lanciato dal Presidente dell'ARERA durante una recente audizione dinanzi alla Commissione attività produttive della Camera dei deputati, ove si è rilevato che la completa liberalizzazione del mercato potrebbe risolversi in una vera e propria penalizzazione dei clienti vulnerabili, i quali potrebbero non essere in grado di cogliere le maggiori opportunità del libero mercato.

[6] La comunità internazionale ed europea è da tempo consapevole dell'esigenza di garantire un accesso universale all'energia elettrica e di individuare soluzioni efficaci ai problemi, dilaganti anche nei Paesi in via di sviluppo, della vulnerabilità e della povertà energetica. Già nel 2013 il Comitato economico e sociale europeo [Parere sul tema «*Per un'azione europea coordinata per la prevenzione e la lotta alla povertà energetica*» (parere d'iniziativa) (2013/C 341/05)] auspicava un'azione europea diretta a prevenire e combattere la povertà energetica, a promuovere la solidarietà nel settore e a proteggere i cittadini vulnerabili impedendone l'esclusione sociale; una politica fondata sul riconoscimento del diritto universale all'energia quale bene comune fondamentale per una vita dignitosa e per questo orientata a garantire un accesso di base all'energia a prezzi ragionevoli e stabili. Anche l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile include tra i *Sustainable Development Goals* l'obiettivo (*Goal* 7) di «assicurare l'accesso a sistemi di energia moderni, sostenibili, sicuri e *a prezzi sopportabili per tutti* entro il 2030» (enfasi aggiunta).

Nel contesto fin qui tratteggiato s'inquadra la direttiva 944/2019/UE recante norme comuni per il mercato interno dell'elettricità[7], la quale richiama gli Stati membri ad un più intenso impegno nella protezione dei clienti vulnerabili e in condizioni di povertà energetica affinché sia loro assicurato il necessario approvvigionamento di energia.

2. Gli obiettivi enunciati dalla direttiva Mercato trovano espressione nella normativa interna di attuazione contenuta nel d. lg. 8 novembre 2021, n. 210[8], il cui art. 1 annovera la protezione dei clienti vulnerabili e in condizione di povertà energetica tra i principi che presiedono l'organizzazione e la disciplina del mercato dell'energia.

Coerentemente, l'art. 11 del decreto — appositamente dedicato, come recita la relativa rubrica, ai temi della vulnerabilità e della povertà energetica[9] — introduce nell'ordinamento interno la nozione di cliente vulnerabile rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina del mercato elettrico e delle misure protettive ivi previste, facendo ricorso, come si vedrà immediatamente, a criteri tanto variegati da rendere difficile l'individuazione di un nucleo essenziale e omogeneo della particolare condizione di disagio e fragilità sui cui si appunta il nostro interesse.

Precisamente, in base a quanto disposto dal primo comma della disposizione sopra richiamata, devono ritenersi "vulnerabili" i clienti civili (*rectius*: domestici): *(i)*

[7] Il provvedimento menzionato si inquadra, unitamente ad altri interventi normativi sui quali non è il caso di soffermarsi in questa sede, nell'ambito del *Clean Energy Package* (altrimenti detto *Winter Package*) varato dalla Commissione europea, a cavallo degli anni 2018-2019, per definire gli obiettivi dell'Unione in materia di energia e clima per il periodo 2021-2030 e dar seguito agli impegni assunti con la ratifica dell'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici, avvenuta il 5 ottobre 2016 (l'accordo è poi entrato in vigore il 4 novembre 2016). In argomento, v. DONATI, *La commissione UE tra politica e regolazione dell'energia*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2018, p. 59 ss.; ANTONELLI, *The winter package to reform EU's energy system*, in *GiustAmm.it*, 2017, p. 4 ss.

[8] Pubblicato in G.U. (serie generale n. 294) l'11 dicembre 2021 e in vigore dal 26 dicembre 2021.

[9] Sul tema v. DE FOCATIIS, *Povertà energetica e cliente vulnerabile tra ragioni di Stato e di mercato*, in BRUTI LIBERATI, DE FOCATIIS e TRAVI (a cura di), *Esperienze regolatorie europee a confronto nel settore dell'energia* (Atti del convegno AIDEN, Milano, 3 dicembre 2015), Assago, 2017, p. 101 ss.; A. ZOPPINI, *La tutela economica degli utenti tra regolazione e dinamiche di mercato*, in BRUTI LIBERATI, DE FOCATIIS e TRAVI (a cura di), *La transizione energetica e il Winter package. Politiche pubbliche e regolazione dei mercati*, Padova, 2018, p. 137 ss.

che si trovano in condizioni economicamente svantaggiate o che versano in gravi condizioni di salute, tali da richiedere l'utilizzo di apparecchiature medico-terapeutiche alimentate dall'energia elettrica, necessarie per il loro mantenimento in vita[10]; *(ii)* presso i quali siano presenti persone che utilizzano apparecchiature medico-terapeutiche salva-vita; *(iii)* affetti da disabilità ai sensi dell'art. 3 della l. 5 febbraio 1992, n. 104; *(iv)* le cui utenze sono ubicate nelle isole minori non interconnesse o in strutture abitative di emergenza a seguito di eventi calamitosi; *(v)* di età superiore ai 75 anni[11].

Il decreto ravvisa, dunque, la vulnerabilità energetica, oltre che nella sussistenza di quelle condizioni di disagio economico e fisico in relazione alle quali l'ordinamento già appresta apposite misure di tutela *sub specie* di *bonus* sociale elettrico, anche in situazioni differenti e variamente ricollegate a condizioni di disabilità, a peculiari condizioni geografiche, a specifiche e contingenti situazioni emergenziali o, ancora, all'età anagrafica. Proprio quest'ultimo criterio, adottato in ragione delle asserite maggiori difficoltà che il fattore anagrafico potrebbe determinare nella partecipazione consapevole dei clienti al mercato libero dell'energia elettrica, è stato ritenuto di dubbia opportunità.

Si è infatti condivisibilmente osservato che, a differenza del reddito e delle gravi condizioni di salute sopra indicate, esso non è automaticamente indicativo di una condizione di vulnerabilità meritevole di un rafforzamento dei presidi di tutela dei clienti, non ricollegandosi necessariamente ad esso una diminuzione, in capo a questi ultimi, della capacità di approvvigionamento e di scelta della migliore offerta sul libero mercato. Si è anzi rilevato che l'inclusione dell'età anagrafica tra i fattori di

[10] Ai sensi dell'articolo 1, comma 75, della l. 4 agosto 2017, n. 124, il quale, a sua volta, richiama l'art. 1, comma 375, della l. 23 dicembre 2005, n. 266, e l'art. 3, commi 9 e 9-*bis* del d.l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla l. 28 gennaio 2009, n. 2.

[11] Secondo RUGGERI, *Consumatore e* prosumerismo *energetico nel quadro regolatorio europeo*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 16 *bis*, 2022, p. 3297 s., le condizioni di vulnerabilità di cui all'art. 11 d.lg. n. 210/2021 non costituirebbero un numero chiuso ma una esemplificazione di fattispecie nelle quali la vulnerabilità giustifica l'attenzione delle pubbliche autorità e interventi mirati.

vulnerabilità dei clienti è potenzialmente foriera di un ingiustificato trattamento discriminatorio verso individui che, a dispetto dell'età, si rivelano sempre più dinamici ed attivi, anche grazie alla diffusa digitalizzazione scaturita dalla pandemia[12].

2.1. Secondo quell'approccio tradizionale al tema della vulnerabilità pregevolmente descritto altrove[13], una volta delineato il perimetro della nozione di cliente vulnerabile, il decreto individua il trattamento normativo riservato ai clienti così qualificabili.

Al riguardo, deve notarsi *in primis* la scelta di apprestare in favore di tutti i clienti vulnerabili, indipendentemente da una richiesta in tal senso[14], specifiche misure protettive che si traducono in una deroga *pro tempore* al principio comunitario della totale liberalizzazione del prezzo dell'energia elettrica. Invero, nella prospettiva dell'ormai prossima liberalizzazione del mercato, il legislatore[15] prevede l'obbligo per i fornitori di offrire ai clienti vulnerabili, anche dopo la cessazione del servizio di maggior tutela[16], la fornitura di energia elettrica ad un prezzo e a condizioni contrattuali e di qualità del servizio definiti dall'Autorità di regolazione settoriale (ARERA)[17].

Sembra opportuno a questo punto evidenziare che le previsioni fin qui

[12] V. in tal senso le osservazioni svolte con riguardo allo schema di decreto da UTILITALIA, p. 3 e di Energia Libera, p. 3 s.
[13] V. CORRIAS, *Il mercato come risorsa della persona vulnerabile*, in CORRIAS (a cura di), *I soggetti vulnerabili nella disciplina comune e nei mercati regolamentati*, Napoli, 2022, p. 9 ss.
[14] La l. 29 dicembre 2021, n. 233, di conversione del d.l. 6 novembre 2021 n. 152, ha soppresso la subordinazione dell'obbligo di fornitura a prezzo regolato ad una specifica richiesta del cliente, inizialmente prevista dall'art. 11, comma 2.
[15] Art. 11, comma 2, d.lg. n. 210 *cit*.
[16] La cessazione del servizio di maggior tutela previsto per i clienti domestici e per le c.dd. microimprese (imprese che abbiano le forniture in bassa tensione con potenza fino a 15 kW, un fatturato annuo inferiore a 2 milioni di euro e un numero di dipendenti inferiore a 10) prevista a partire dal 1° gennaio 2023, è slittata al gennaio 2024.
[17] Ai sensi dell'art. 11, comma 3, d.lg. n. 210 *cit*., il prezzo deve riflettere il costo dell'energia nel mercato all'ingrosso e i costi efficienti del servizio di commercializzazione. Al fine di incrementare la consapevolezza dei clienti finali sui prezzi dell'elettricità, è rimessa all'ARERA la fissazione di un indice mensile del prezzo dell'energia all'ingrosso, destinato a rappresentare in via transitoria, e comunque fino al 31 dicembre 2025, un parametro di riferimento del prezzo della *commodity*.

illustrate non pongono rimedio ai diversi profili di criticità puntualmente messi in luce già in relazione allo schema di decreto[18]. In particolare, la scelta di affidare la tutela dei clienti vulnerabili ad un nuovo regime tariffario regolato[19] — la cui operatività, come accennato, è rinviata alla cessazione del servizio di maggior tutela ancora in vigore — manifesta una certa dissonanza rispetto alle logiche pro-concorrenziali che animano la Direttiva Mercato.

In primo luogo, il meccanismo di sostegno fondato sulla suddetta tariffa regolata risulta fruibile da una ampia platea di destinatari[20], in apparente contraddizione dello spirito della normativa europea oggetto di recepimento e con il principio di proporzionalità degli interventi pubblici sui prezzi, da ritenersi operativo anche sul piano dell'ambito di applicazione soggettivo dei medesimi[21].

L'art. 5 dalla direttiva Mercato indirizza gli Stati membri a tutelare i clienti vulnerabili e in condizioni di povertà energetica prioritariamente mediante l'adozione di "politiche sociali o mezzi diversi dagli interventi pubblici di fissazione dei prezzi di fornitura dell'energia elettrica", attribuendo a questi ultimi, carattere di eccezionalità. Invero, in conformità agli indirizzi della giurisprudenza europea in tema di fornitura di gas[22], la menzionata direttiva Mercato apre alla regolazione amministrativa dei prezzi[23] soltanto ove risulti indispensabile ai fini del

[18] AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Contributo scritto in merito allo schema di decreto legislativo di recepimento della direttiva 944/2019 (atto di governo n. 294)* trasmesso al Senato della Repubblica - X Commissione permanente (industria, commercio, turismo) in data 16 settembre 2021.

[19] Sulla distinzione tra meccanismi di "tutela del prezzo" e di "prezzo regolato", v. DI PORTO, *Le tutele di prezzo per i c nei sistemi elettrici europei*, in A. CLÒ, S. CLÒ e BOFFA (a cura di), *Riforme elettriche tra efficienza ed equità*, Bologna, 2015, p. 274.

[20] Si stima che i soggetti qualificabili come clienti vulnerabili in base ai nuovi criteri normativi siano circa 4,7 milioni.

[21] FAVARO, *Regolare la «transizione energetica»: Stato, Mercato, Innovazione*, cit., p. 47.

[22] Corte di Giustizia UE, 20 aprile 2010, *Federutility e altri*, C-265/08.

[23] La direttiva mira alla completa liberalizzazione del mercato e al superamento delle tutele di prezzo sul presupposto che esse si risolvano in un ostacolo al libero esplicarsi della concorrenza e favoriscano l'inerzia dei clienti a scapito dei loro stessi interessi. Al contempo, però, la direttiva ammette che la protezione dei clienti vulnerabili, da essa affidata agli Stati membri, possa esplicarsi, in ultima istanza, anche attraverso interventi pubblici di fissazione dei prezzi. Sul punto, v. i rilievi critici di FAVARO, *Regolare la «transizione energetica»: Stato, Mercato, Innovazione*, cit., p. 51 ss.

perseguimento dell'interesse economico generale e sia comunque garantita a tutte le imprese fornitrici parità di accesso alla clientela vulnerabile nell'offerta della fornitura a prezzi regolati[24].

Giova comunque osservare che siffatta forma di protezione dei clienti vulnerabili destinata ad operare sul piano degli obblighi delle imprese fornitrici ed ispirata ad una maggiore sostenibilità economico-sociale dei servizi, è suscettibile di superamento. Lo stesso art. 11 qui in esame, infatti, attribuisce al Ministero della transizione ecologica (di seguito: MITE) il potere di proporre al Consiglio dei Ministri un apposito disegno di legge che preveda la sostituzione del regime tariffario regolato con altre misure sociali di sostegno ai clienti vulnerabili, alternative agli interventi pubblici sui prezzi di fornitura dell'elettricità[25]. S'intravedono, dunque, anche nella disciplina del mercato elettrico nazionale ampi margini di affermazione di politiche — peraltro, già note all'ordinamento — di tutela dei clienti finali e di contrasto della vulnerabilità fondate su interventi di *welfare* quali l'erogazione di sussidi economici volti a ridurre l'impatto delle spese connesse alla fornitura.

Proseguendo nell'esame dei principali profili di novità della normativa sul mercato interno dell'energia elettrica, non può trascurarsi che essa persegue gli obiettivi individuati a livello europeo intervenendo anche sul fronte della povertà energetica[26]. Su questo versante, pur non fornendo una puntuale definizione della

[24] In proposito, v. i rilievi critici dell'AGCM, la quale, in merito allo schema di decreto (poi approvato senza modifiche sul punto), ha osservato che in un mercato dell'energia elettrica come quello italiano, nel quale è ancora operativo il regime di maggior tutela (con conseguente obbligo di fornitura di energia a prezzo regolato da parte di società di distribuzione locale, o ad esse collegate, alle quali il servizio è affidato in esclusiva legale), i clienti vulnerabili che attualmente beneficiano di tale servizio saranno verosimilmente "acquisiti" dal fornitore "esclusivista" del servizio, che godrà di una posizione privilegiata suscettibile di proiettare i suoi effetti anche dopo l'eventuale superamento del nuovo regime attualmente previsto dall'art. 11 del d.lg. n. 210/2021.

[25] In tal senso si esprime l'art. 11, comma 4, il quale prevede debba aversi riguardo in tal caso agli esiti del riesame su tali interventi effettuato dalla Commissione europea ai sensi dell'art. 5 dir. UE 2019/944.

[26] Sul tema, JESSOULA e MANDELLI, *La povertà energetica in Italia: una sfida eco-sociale*, in *Il Mulino*, 2019, p. 747 ss.; FAIELLA e LAVECCHIA, *La povertà energetica in Italia*, in *Politica economica*, 2015, p. 27 ss.

suddetta condizione, l'art. 11 del decreto ha previsto l'istituzione[27] presso il MITE di un Osservatorio nazionale incaricato di monitorare il fenomeno[28], di elaborare criteri per la relativa valutazione e misurazione e di supportare il Ministero e l'Autorità di settore nell'individuazione delle misure di contrasto che si rendano all'uopo necessarie.

Ad integrazione del quadro così delineato, la l. 27 aprile 2022, n. 34 ha recentemente arricchito il contenuto dell'art. 11 del decreto attuativo in esame inserendo al suo interno i nuovi commi da 6-*bis* a 6-*quinquies*[29], i quali rimarcano l'importanza delle attività dell'Osservatorio nazionale fondando sugli esiti di queste ultime la definizione di una Strategia nazionale sulla povertà energetica[30] recante gli "obiettivi indicativi periodici per l'elaborazione, a livello nazionale, di misure strutturali e di lungo periodo e per l'integrazione delle azioni in corso di esecuzione e di quelle programmate nell'ambito delle politiche pubbliche al fine di contrastare in modo omogeneo ed efficace il fenomeno della povertà energetica"[31].

3. Il ventaglio delle misure di contrasto alla vulnerabilità messe in campo dalla nuova disciplina non si esaurisce nella previsione dei suddetti obblighi di fornitura dell'elettricità a prezzi regolati, ma include ulteriori presidi protettivi destinati a svilupparsi per il tramite di un più intenso coinvolgimento dei clienti vulnerabili nelle dinamiche del mercato in transizione.

[27] L'Osservatorio è stato istituito con il decreto del Ministro della transizione ecologica del 29 marzo 2022.
[28] Anche ai fini della comunicazione integrata sulla povertà energetica di cui all'art. 24 reg. UE 1999/2018.
[29] Le disposizioni richiamate sono state introdotte dall'art. 3-*bis*, comma 1, dalla l. 27 aprile 2022, n. 34 di conversione del d.l. 1° marzo 2022, n. 17, recante *misure urgenti per il contenimento dei costi dell'energia elettrica e del gas naturale, per lo sviluppo delle energie rinnovabili e per il rilancio delle politiche industriali*.
[30] La Strategia nazionale contro la povertà energetica dovrà essere adottata con decreto del MITE, da emanarsi entro novanta giorni dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni.
[31] La Strategia nazionale contro la povertà energetica, alla cui definizione è strumentale l'attività dell'Osservatorio nazionale, sarà definita a seguito di pubblica consultazione sul relativo schema (i cui esiti dovranno essere sinteticamente illustrati all'interno della sua versione definitiva) e sarà suscettibile di aggiornamento periodico.

Entra in gioco, a questo proposito, la scelta del legislatore di rendere accessibile anche ai clienti vulnerabili la partecipazione alle "Comunità Energetiche dei Cittadini" (di seguito: CEC)[32], entità di nuova istituzione collegate al fenomeno dell'autoconsumo[33] e future protagoniste, secondo il disegno europeo, dei sistemi energetici decentralizzati[34].

In base alla definizione fornita dall'art. 3, comma 3, del decreto, da leggersi in

[32] Sul tema v. FERRERO, *Le comunità energetiche: ritorno a un futuro sostenibile*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2020, p. 677 ss.; CUSA, *Il diritto dell'Unione europea sulle comunità energetiche e il suo recepimento in Italia*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2020, p. 287 ss.; ID., *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, in *Orizz. dir. comm.*, 2020, p. 71 ss.; CANDELISE e RUGGIERI, *Status and evolution of the community energy sector in Italy*, in *Energies*, 2020, p. 13 ss.; FAVARO, *Pubblico, privato e collettivo: la transizione ecologica tra società e comunità*, in PASSALACQUA (a cura di), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, cit., p. 315 ss. V. anche HANKE e LOWITZSCH, *Empowering vulnerable consumers to join renewable energy communities – Towards an inclusive design of the Clean Energy Package*, in *Energies*, 2020, 13, p. 1615 ss.; JASAK, *Energy Communities in the EU. Challenges for the Implementation of the EU Legal Framework*, in ROGGENKAMP e BANET (a cura di), *European Energy Law Report*, XIV, 2021, p. 204 ss.

[33] La nozione tecnica di "autoconsumo" sulla quale è disegnata la normativa nazionale è stata fornita dall'ARERA (*sub* 2.2. della Consultazione del 1° aprile 2020 112/2020/R/eel recante *Orientamenti per la regolazione delle partite economiche relative all'energia elettrica oggetto di autoconsumo collettivo o di condivisione nell'ambito di comunità di energia rinnovabile*), che la identifica con «il consumo di energia elettrica prodotta nel medesimo sito in cui è consumata, sia istantaneamente che per il tramite di sistemi di accumulo, indipendentemente dai soggetti (anche diversi tra loro) che ricoprono il ruolo di produttore e di cliente finale, purché operanti nello stesso "sito" opportunamente definito e confinato, e indipendentemente dalla fonte che alimenta l'impianto di produzione». Sul tema dell'autoconsumo v. preliminarmente MELI, *Autoconsumo di energia rinnovabile e nuove forme di "energy sharing"*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 630 ss.; GIOBBI, *Autoconsumo, mercato energetico e protezione del consumatore*, in *Le Corti umbre*, 2020, p. 304 ss. Per un'analisi dei profili che differenziano le Comunità energetiche locali dall'istituto dell'autoconsumo collettivo, v. FAVARO, *Regolare la «transizione energetica»: Stato, Mercato, Innovazione*, cit., p. 131 ss.

[34] Disciplinate per la prima volta dal decreto in esame, le CEC possono ritenersi manifestazione di un fenomeno già ampiamente affermatosi, seppure in forme differenti, a livello sociale e poi normativo. Già all'inizio del secolo scorso, in assenza di una disciplina sul punto, alcune esperienze di comunità energetiche si sono spontaneamente affermate in zone isolate (specie quelle montane) dove, per sopperire alle carenze riscontrate, la popolazione ha provveduto alla realizzazione e gestione di impianti di produzione di energia destinata all'autoconsumo *in loco*. Sul piano normativo, l'art. 42-*bis* d.l. n. 30 dicembre 2019, n. 162, convertito con l. 28 febbraio 2020, n. 8, ha introdotto in via sperimentale una disciplina delle "comunità di energia rinnovabile", aprendole alla partecipazione di tutti i clienti finali riferibili ad un determinato ambito territoriale, inclusi quelli vulnerabili e appartenenti a famiglie a basso reddito. Prima ancora il d.m. 10 novembre 2017, recante la Strategia Energetica Nazionale 2017, menzionava esplicitamente le comunità energetiche locali previste dal *Clean Energy Package* come strumento di incentivazione dell'autoconsumo e della partecipazione attiva ai mercati dei piccoli consumatori. Spunti in tal senso in FERRERO, *Le comunità energetiche: ritorno a un futuro sostenibile*, cit., p. 677 e 679 e in FAVARO, *Pubblico, privato e collettivo: la transizione ecologica tra società e comunità*, cit., p. 324 ss., ove ci si sofferma, più diffusamente, anche sui principali profili di innovazione delle neo-introdotte Comunità nel raffronto con le c.dd. cooperative elettriche già note all'ordinamento.

combinato disposto con l'art. 14 che ne reca la disciplina e i requisiti, le comunità energetiche dei cittadini sono un autonomo soggetto di diritto, non necessariamente dotato di personalità giuridica, fondato sulla partecipazione aperta[35] e volontaria di tutti i soggetti interessati, siano essi persone fisiche, piccole imprese o autorità locali (tra cui le amministrazioni comunali)[36].

Indipendentemente dalla forma giuridica assunta[37], le CEC si caratterizzano come entità aventi lo scopo principale[38] di offrire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai propri membri o soci o al territorio in cui operano. Di qui la complessità dello scopo perseguito in via principale dalle Comunità di nuova istituzione — mutualistico in favore dei propri membri; altruistico in favore del territorio in cui operano — e l'estraneità al medesimo di finalità di lucro soggettivo (*i.e.*, distribuzione degli utili tra i membri della comunità) [39].

A tal fine, le comunità energetiche locali in parola sono legittimate a svolgere attività che travalicano il più tradizionale ambito della produzione di elettricità e di gestione dei relativi impianti, potendo investire l'intera filiera e consistere anche

[35] Non solo "in entrata", ma anche "in uscita" essendo attribuito a tutti i membri il diritto di recedere dalla configurazione della comunità con le medesime garanzie e con gli stessi diritti previsti dall'art. 7 del decreto [art. 14, comma 6, lett. a)].

[36] I membri o soci delle comunità energetiche dei cittadini (tra i quali si annoverano anche gli enti di ricerca e formazione, gli enti del terzo settore e di protezione ambientale, gli enti religiosi, nonché le amministrazioni locali contenute nell'elenco delle amministrazioni pubbliche divulgato dall'Istituto Nazionale di Statistica secondo quanto previsto all'art. 1, comma 3, della l. 31 dicembre 2009, n. 196) regolano i loro rapporti tramite un contratto di diritto privato, individuando un soggetto responsabile, ivi inclusi la Comunità stessa, un membro o socio di essa o un soggetto terzo (art. 14, comma 5).

[37] Con riferimento alle nuove Comunità di cui alla direttiva UE 2018/2001, disciplinate in via sperimentale dall'art. 42-*bis* d.l. n. 162/2019, v. ARERA (Delibera n. 318/2020/R/eel) secondo la quale esse possono assumere la forma giuridica dell'Ente del Terzo Settore (artt. 4 e 22 d.lg. 3 luglio 2017, n. 117) ovvero quella delle cooperative a mutualità prevalente o cooperative non a mutualità prevalente, cooperative *benefit*, consorzi, partenariati, organizzazioni senza scopo di lucro, purché tali entità rispettino i requisiti di legge.

[38] Tale scopo deve risultare dall'atto costitutivo dell'ente.

[39] Come precisato dall'art. 14, comma 6, lett. d) del d.lg. n. 210/2021, i profitti finanziari non possono costituire lo scopo principale delle comunità energetiche dei cittadini. Sul punto, cfr. CUSA, *Il diritto dell'Unione europea sulle comunità energetiche e il suo recepimento in Italia*, cit., p. 290, secondo il quale le Comunità energetiche possono comunque perseguire una limitata ed accessoria finalità lucrativa, ad esempio remunerando i fattori di produzione (come il denaro investito nella comunità energetica) attraverso una ridotta partecipazione agli utili prodotti dalla comunità.

nell'offerta di servizi di efficienza energetica, di ricarica di veicoli elettrici o di altri servizi energetici, anche ancillari[40].

Quanto fin qui rilevato in merito allo scopo principale e all'ampiezza degli ambiti di operatività delle comunità energetiche palesa la configurabilità delle stesse quali strumenti di innalzamento dei livelli di protezione dei clienti ed innovative forme di inclusione sociale[41] e spiega, dunque, la scelta del legislatore (art. 11, comma 7, d.lg. n. 210 in esame) di imporre agli enti locali[42] che partecipino alle CEC di promuovere, con apposite iniziative, l'adesione dei clienti vulnerabili a tali schemi di aggregazione[43] e la loro partecipazione attiva, anche in veste di *prosumers*"[44] al nuovo sistema decentrato[45].

[40] Sulla distinzione tra Comunità Energetiche dei Cittadini e Comunità di Energia Rinnovabile, con riferimento alla disciplina prevista rispettivamente dalla Direttiva 2018/2001/UE e alla Direttiva 2019/944/UE, v. ampiamente CUSA, *Il diritto dell'Unione europea sulle comunità energetiche e il suo recepimento in Italia*, cit., p. 290; qualche cenno anche in FERRERO, *Le comunità energetiche: ritorno a un futuro sostenibile*, cit., p. 679. Con riferimenti alla disciplina recata dai decreti attuativi, v. da ultimo FAVARO, *Pubblico, privato e collettivo: la transizione ecologica tra società e comunità*, cit., p. 323 ss.

[41] Osservazioni analoghe possono essere svolte con riguardo alle Comunità di energia rinnovabile (CER) disciplinate dal citato d.lg. n. 199/2021 e che esulano dal presente lavoro.

[42] Sul tema, con specifico riferimento alle comunità di energia rinnovabile, v. PERSICO, *Le comunità energetiche e il ruolo sussidiario delle pubbliche amministrazioni territoriali*, in *Rivista giuridica Ambientediritto.it*, 2022, p. 1 ss.

[43] A supporto della realizzazione di tali progetti, il Gestore dei servizi energetici S.p.a., nell'ambito dei servizi di assistenza territoriale a favore dei comuni, dovrà mettere a disposizione servizi informativi dedicati, ivi inclusi guide informative e strumenti di simulazione.

[44] Sulla figura del *prosumer* nel mercato dell'energia elettrica si sta sviluppando un ampio dibattito dottrinale, sia a livello europeo che nazionale. In argomento v., tra gli altri, RUGGERI, *Consumatore e prosumerismo energetico nel quadro regolatorio europeo*, cit., p. 3290 ss.; GIOBBI, *Il consumatore energetico nel prisma del nuovo quadro regolatorio italo-eurounitario*, Napoli, 2021; CSERES, *The Active Energy Consumer EU Law*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2018, p. 227 ss.; QUARTA, *Il diritto dei consumatori ai tempi della "peer economy". Prestatori di servizi e "prosumers": primi spunti*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 667 ss.; MAUGERI, *Elementi di criticità nell'equiparazione, da parte dell'AEEGSI, dei «prosumer» ai «consumatori» e ai «clienti finali»*, in *Nuova giur. civ comm.*, 2015, p. 406 ss.; BENEDETTI, *Lo scambio dei ruoli ovvero l'utente che produce energia: la regolazione convenzionale dello "scambio sul posto"*, in NAPOLITANO e ZOPPINI (a cura di), *Annuario di Diritto dell'Energia. Regole e mercato delle energie rinnovabili*, Bologna, 2013, p. 189 ss.

[45] La transizione ecologica postula un mutamento di assetto, un progressivo smantellamento della struttura centralizzata di gestione del sistema a favore dell'esaltazione della dimensione locale e delle comunità che vi operano. Sul punto, v. FERRERO, *Le comunità energetiche: ritorno a un futuro sostenibile*, cit., p. 678, secondo la gestione di problematiche di ampio respiro, quali l'approvvigionamento energetico e la tutela ambientale, «divengono così oggetto di trattazione concreta da parte di chiunque intenda partecipare alla gestione condivisa: non solo gli operatori

Nella visione del legislatore, i modelli organizzativi esaminati, mediante la partecipazione ad attività fondamentali nella prospettiva di una riduzione dei consumi e dei costi connessi all'approvvigionamento – quali, a titolo esemplificativo, la condivisione dell'energia autoprodotta[46] o il miglioramento dell'efficienza energetica – presentano una spiccata attitudine ad arginare fenomeni di povertà energetica e di vulnerabilità e, per tale via, alla protezione e allo sviluppo della persona umana. Tali forme di aggregazione, invero, offrono alle persone vulnerabili e in condizioni di povertà energetica la possibilità di accedere ad una ampia gamma di servizi energetici e benefici a livello di comunità ai quali, in quanto fragili per condizioni di reddito e/o di salute, per posizione geografica o età anagrafica, potrebbero non essere in grado di accedere a livello individuale[47], senza che, peraltro, ciò comporti la perdita dei diritti legati alla loro qualità di clienti civili o di clienti attivi qualora partecipino al mercato in tale veste[48].

4. Volendo trarre qualche sintetica conclusione da quanto fin qui esposto, a noi pare che, pur in presenza di taluni profili di criticità[49], la nuova normativa italiana sul mercato interno dell'energia elettrica rappresenti un passo in avanti rispetto allo *status quo ante* e costituisca, in linea con le ambizioni dichiarate, un fondamentale tassello del complesso, a tratti tortuoso, percorso diretto a realizzare mercati dell'energia elettrica non solo integrati e concorrenziali, ma soprattutto improntati ai principi di sostenibilità e di inclusione nell'ottica di garantire a tutti – specie ai

economici o le autorità pubbliche, ma anche il *quivis de populo* che nel sistema previgente rimaneva necessariamente sullo sfondo (e spesso all'oscuro) in merito a queste tematiche».

[46] La condivisione dell'energia elettrica è consentita nell'ambito delle comunità energetiche nel rispetto delle condizioni elencate dall'art. 14, comma 8, d.lg. n. 210/2021. Essa può avvenire per mezzo della rete di distribuzione esistente e, in presenza di specifiche ragioni di carattere tecnico, tenuto conto del rapporto costi benefici per i clienti finali, anche in virtù di contratti di locazione o di acquisto di porzioni della medesima rete ovvero reti di nuova realizzazione.

[47] Sul legame tra il riassetto del mercato energetico e i valori del rispetto e della promozione della persona, v. RUGGERI, *Consumatore e* prosumerismo *energetico nel quadro regolatorio europeo*, cit., p. 3306.

[48] Lo precisa l'art. 14, comma 6, lett. b).

[49] Sui quali, *supra*.

soggetti più fragili – un sicuro approvvigionamento di elettricità a prezzi accessibili e competitivi.

In tale direzione è senz'altro meritevole di apprezzamento la spinta legislativa verso la promozione delle finalità sociali delle comunità energetiche dei cittadini anche in chiave di sostegno dei clienti vulnerabili e, più in generale, verso una maggiore partecipazione e responsabilizzazione di questi ultimi all'interno del nuovo assetto del settore elettrico; ciò, malgrado la stessa disciplina delle CEC pecchi in alcuni punti di incisività e generi qualche incertezza sulla concreta diffusione di tali realtà, limitandosi a regolarne il funzionamento senza prevedere direttamente alcun incentivo alla loro costituzione.

Certo è che siffatta tendenza lascia presagire il superamento di quella visione — del tutto obsoleta? sicuramente limitata e parziale — del cliente quale consumatore di beni e servizi, parte debole di un contratto di somministrazione di energia elettrica[50] e, perciò, destinatario di misure protettive principalmente orientate a riequilibrarne il rapporto, per sua natura asimmetrico, con la controparte contrattuale imprenditoriale o professionale[51].

L'evoluzione del mercato dell'elettricità sembra, infatti, confermare l'affermazione di un nuovo paradigma di cliente: un cliente che, conformemente ai principi di sostenibilità anche sociale che ispirano la transizione energetica in atto, dismette i panni di soggetto passivo delle profonde e repentine trasformazioni del

[50] Si tratta di fattispecie contrattuale che ha suscitato l'interesse di autorevoli esponenti della dottrina civilistica, impegnati ad individuarne la natura giuridica anche in ragione della controversa qualificazione dell'energia come bene o servizio. Si richiamano, senza pretesa di esaustività, i contributi di BARASSI, *Ancora della natura del contratto per distribuzione di energia elettrica*, in *Monitore dei tribunali*, 1900, p. 324; AZZARITI, *La figura del contratto di somministrazione della energia elettrica*, in *Giust. civ*., 1901, I, p. 875, entrambi volti a disconoscere la natura di "cosa" dell'energia; *contra* LANDI, *Il contratto di somministrazione di energia elettrica*, Padova, 1987; BONFANTE, *Natura del contratto di somministrazione di energia elettrica*, 1901 e ID., *Natura del contratto di somministrazione dell'elettricità*, in *Riv. dir. comm*., 1904, II, p. 497 ss.; CARNELUTTI, *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, ivi, 1913, I, p. 354 ss.

[51]Tali misure protettive, tra le quali si stagliano per importanza le c.dd. regole di trasparenza conservano, in ogni caso, la propria centralità all'interno della nuova normativa nazionale sui diritti contrattuali dei clienti finali. (artt. 5-11, d.lg. 210).

mercato e ne diviene fulcro[52]; un cliente che, ancorché vulnerabile, sfrutta consapevolmente i più innovativi meccanismi di inclusione messi a disposizione dal rinnovato quadro normativo non soltanto per rendersi protagonista della *propria* vita energetica ma per contribuire, in chiave solidaristica, alla realizzazione di obiettivi di interesse generale[53] quali la lotta alla vulnerabilità e alla povertà energetica. Fenomeni, questi ultimi, ancora troppo diffusi e destinati ad aggravarsi in quadro come quello attuale, dove i rischi della transizione si combinano pericolosamente con insidiosi fattori di instabilità del medesimo, come la crisi pandemica[54] e le più recenti tensioni sui prezzi dell'energia innescate dal conflitto russo-ucraino ci insegnano[55].

Alessandra Camedda

Ricercatore di Diritto dell'economia

nell'Università degli Studi di Cagliari

[52] Conformemente agli obiettivi dell'azione dell'Unione europea. Come si legge nel Preambolo della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea: "l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della *solidarietà*, "*Pone la persona al centro della sua azione*" e "si sforza di promuovere uno *sviluppo equilibrato e sostenibile*" (corsivo aggiunto).

[53] Rilievi in tal senso anche in RUGGERI, *Consumatore e* prosumerismo *energetico nel quadro regolatorio europeo*, cit., p. 3298, la quale evidenzia la necessità di un ripensamento di istituti, nozioni e discipline nazionali in senso conforme al nuovo approccio delle politiche energetiche, basato sul coinvolgimento dei cittadini nella realizzazione di obiettivi di interesse generale con un approccio sempre più *bottom-up*. *In particolare*, *secondo l'A.,* «Dalla regolamentazione del mercato energetico viene, pertanto, un nuovo stimolo per un diverso approccio al consumerismo. Il sistema di tutela può dirsi effettivo non soltanto quando appresta strumenti che mitigano la debolezza di una parte contrattuale mettendola in condizione di essere informato, di recedere, di avere strumenti di risoluzione delle controversie rapidi e poco costosi, ma *una protezione è tale se viene dispiegata per includere*» (corsivo nostro).

[54] Sull'impatto della pandemia sui consumatori v. RIZZO, MEZZASOMA, LLAMAS POMBO e BERTI DE MARINIS (a cura di), *Il consumatore e la normativa emergenziale ai tempi del Covid-19*, Napoli, 2021, p. 627 ss. Con specifico riferimento al mercato energetico, v. mercato energetico v. RUGGERI, *Morosità e tutela dei clienti tra nuova regolamentazione del mercato energetico e gestione dell'emergenza pandemica*", *ivi*, p. 627 ss.

[55] Sul punto, v. da ultimo la *Proposta di Regolamento del Consiglio relativa a un intervento di emergenza per far fronte al rincaro dei prezzi dell'energia*, Bruxelles, 14 settembre 2022, COM(2022) 473 final, con la quale la Commissione europea ha proposto l'introduzione immediata di un pacchetto di misure finalizzate ad attenuare l'impatto dei rincari dell'energia elettrica a tutela dei consumatori.

CULTURA E SVILUPPO ECONOMICO: PRIME RIFLESSIONI *

(*Culture and Economic Development: First Reflections*)

ABSTRACT: *This short essay aims to introduce a current issue in the area of economic incentive policies in favor of enterprises in the tourism-environmental field through the enhancement of cultural enterprises. This is a first approach to a "work in progress policy", full of new elements, albeit within the framework of consolidated legislation that refers to a double objective: to maintain strict control of the discipline of State aid and to promote development of the economy through an innovative approach that favors businesses in a field that is particularly "sensitive" to territorial, environmental, social and economic development.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 1.1. Valorizzare le imprese culturali. Obiettivi e strumenti. – 2. Mercato turistico e intervento pubblico nell'economia. – 3. Imprese culturali e concorrenza: la normativa concentrica sugli aiuti di Stato alle imprese: ambito di applicazione. – 3.1. Interventi per fronteggiare la pandemia e per le future generazioni. La particolare condizione degli aiuti alla cultura nel quadro del regolamento di esenzione dalla previa notifica. – 4. Programmi e assi d'intervento. La Nuova Agenda europea per la cultura. Il c.d. «regolamento tassonomia». – 5. Misure previste dal Piano nazionale di ripresa e resilienza. Il sostegno previsto dalla legge di bilancio per il 2021. Nota conclusiva.

1. La valorizzazione del patrimonio culturale e delle imprese culturali rappresenta un'opportunità di sviluppo per l'Italia e per l'intera Europa anche in una dimensione di recupero della competitività delle imprese del settore che, in particolare negli ultimi anni, hanno indirizzato le loro attività in un settore in espansione. Il patrimonio artistico e culturale è una risorsa significativa che si contraddistingue per la sua estensione e per il suo valore, nella cui gestione sono coinvolti aspetti interconnessi fra loro riguardanti, ad esempio, la *governance*, il

*Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio.

territorio, l'economia e il lavoro[1] considerata la trasversalità della disciplina (competenze ripartite fra più livelli) che involge una pluralità di aspetti complementari fra loro.

In tale contesto, le imprese che operano nel campo culturale possono rappresentare uno strumento significativo per lo sviluppo economico dei territori ritenuti marginali, o comunque non di grandi dimensioni, provando a modificare il paradigma dell'approccio alla produzione di beni e servizi[2]. Un contesto nel quale l'Unione europea e le sue istituzioni svolgono una funzione ormai trainante, soprattutto in termini di risorse finanziarie, dal punto di vista degli indirizzi di carattere generale e, per altri aspetti, da quello operativo.

Oltre tutto, si tratta, com'è noto, di un obiettivo dell'UE come indicato dal Trattato di Lisbona[3] che, all'art. 3 par. 3 del TUE, stabilisce che «l'Unione rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigila sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale e le tradizioni»[4]. Tale disposizione costituisce la base giuridica delle politiche dell'UE nel settore che riguardano e interessano una pluralità di norme che incrociano il diritto della concorrenza e sono pertinenti alle politiche di coprogrammazione UE-Stati membri, un approccio integrato per finalità di interesse comune.

1.1. In questi ultimi anni si è rafforzata la consapevolezza che la valorizzazione

[1] Il ricco patrimonio culturale dell'Europa e i suoi settori creativi (in generale, culturali), particolarmente "vivaci" in tutta l'UE rafforzano l'identità europea. La cultura promuove la cittadinanza attiva, i valori comuni, l'inclusione e il dialogo interculturale all'interno dell'Europa e nel mondo. Avvicina le persone, compresi i nuovi rifugiati e gli altri migranti, e ci aiuta a sentirci parte di una collettività. Le industrie creative e della cultura hanno anche il potere di migliorare le esistenze, trasformare le comunità, generare posti di lavoro e crescita e creare effetti di ricaduta sugli altri settori economici: cfr. Comunicazione della Commissione al parlamento europeo, al consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni: Una nuova agenda europea per la cultura, Bruxelles, 22 maggio 2018.

[2] Su tali temi, v., da ultima, CAVALIERE, *Prospettive giuseconomiche dell*'Orange economy, in *Economia pubblica*, 2, 2022, p. 273 ss.

[3] TRIGGIANI, VILLANI, *Comprendere l'Unione Europea*, Bari, 2022, p. 325 ss.

[4] TRIGGIANI, *Spunti e riflessioni sull'Europa*, Bari, 2021, p. 209 ss.

di un bene culturale può aiutare ad accrescere il prestigio e il progresso del territorio, offrendo non solo l'opportunità di arricchire la conoscenza e la cultura, ma anche di contribuire in maniera significativa allo sviluppo economico, anche in attuazione del principio, di matrice "europea", della coesione economica, sociale e territoriale[5], che, com'è noto, è uno degli obiettivi fondamentali dell'azione dell'Unione per favorire lo sviluppo economico delle aree territoriali meno avvantaggiate, oltre che per realizzare iniziative di promozione di un «elevato livello di occupazione» e per promuovere iniziative di impulso alla realizzazione di azioni positive volte alla «lotta contro l'esclusione sociale» (art. 9 TFUE). Anche se, in generale, com'è stato autorevolmente sostenuto, l'impianto eurounitario, complessivamente considerato, sconta un deficit originario riguardante l'affermazione di criteri ordinatori, primo fra tutto quello della solidarietà, che dovrebbero assicurare linee convergenti e comuni per uscire da una logica prettamente intergovernativa (soprattutto in presenza di crisi) che, «nel dare ampio rilievo agli interessi nazionali (..) finiscono col prevalere su quelli[i] collettivi»[6].

A tale proposito, è opportuno sottolineare come la percezione del bene culturale sia cambiata nel tempo e come la stessa legislazione europea e statale, al passo con i profondi mutamenti della società, presta sempre più attenzione alla valorizzazione/gestione dei beni culturali materiali e immateriali[7].

Un'impostazione resa oggi favorevole dalla progettualità contenuta nel Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) che, su impulso delle istituzioni dell'UE, incita

[5] V., ad esempio, il Regolamento (CE) n. 1083/2006, *Disposizioni generali sui fondi strutturali*. In dottrina, fra gli altri, PREDIERI, *Europeità dei fondi strutturali: compendio e metafora* in ID. (a cura di) *Fondi strutturali e coesione economica e sociale nell'Unione Europea*, Milano, 1996, p. 3 ss.; LIBERTINI, *Concorrenza e coesione sociale*, in *www.rivistaodc.eu*, 30 novembre 2013; DI STEFANO, *L'amministrazione della coesione economica e sociale e territoriale tra* legitimacy *e* legal accountability: *il ruolo del partenariato territoriale*, in *Riv.Giur.Mezz.*, 3, 2014, p. 417 ss.; PONGÉRARD-PAYET, *La politique régional et de cohésion: étude rétrospective d'une politique-clé au service de l'Europe,* in *Revue de l'Union européenne*, vol. 619, 2018, p. 351 ss.

[6] CAPRIGLIONE, *Covid-19. Quale solidarietà, quale coesione nell'UE? Incognite e timori*, in *Riv. Trim. Dir. Econ.*, 2, 2020, p. 170.

[7] CAVALIERE, *La gestione dei beni culturali tra livelli essenziali delle prestazioni e principio di sussidiarietà*, Bari, 2018, p. 8 ss.

gli Stati, per così dire, ad implementare le politiche per sostenere le imprese che operano nel settore: esse sono state colpite dalla crisi pandemica e, a tal fine, il programma di rilancio destina al comparto risorse assai significative (155 milioni) con l'obiettivo, tra gli altri, di rafforzare le competenze dei professionisti che operano in questo campo.

Nella medesima direzione, l'accresciuto intervento diretto nell'economia spinge a soluzioni organiche e sempre più ad ampio raggio: il potenziamento del fondo di garanzia per le piccole e medie imprese[8], ad esempio, nell'ambito dell'accordo con il Fondo europeo per gli investimenti[9], pone le istituzioni dell'economia in una posizione di avanguardia rispetto a tale iniziativa, come testimonia l'attività della Cassa depositi e prestiti quale istituzione sempre più al centro delle politiche d'incentivazione pubblica delle imprese e soggetto attivo nella gestione di importanti fondi destinati, fra l'altro, al sostegno delle imprese e degli enti pubblici per finalità di interesse generale[10].

[8] Una serie di disposizioni ha interessato il fondo, fra cui la prima comunicazione sul quadro temporaneo sugli aiuti di Stato (20 marzo 2020), il c.d. decreto "cura Italia" (art. 56, d.l. 8 aprile 2020, n. 23, convertito in l. 24 aprile 2020, n. 27), modificato dall'art. 16, d.l. 25 maggio 2021, n. 73 (c.d. "decreto sostegni-bis"), fino alle modifiche introdotte dal *Temporary framework* e alle integrazioni intervenute con i decreti-legge adottati nel corso dell'emergenza covid-19 (ad esempio: l. 13 ottobre 2020, n. 126, che converte, con modificazioni, il d.l.14 agosto 2020, n. 104, c.d. "decreto agosto"). Sul Quadro temporaneo in materia di aiuti di Stato, v., fra gli altri, BIONDI, *State Aid in the Time of COVID-19,* in *www.eulive.com*, 25th March 2020; LUCHENA, *Una nuova politica degli aiuti di Stato? Gli aiuti istantanei nel contesto dell'emergenza Covid-19 tra coerenza d'insieme e profili inediti*, in *Concorrenza e mercato*, vol. 26/27, 2019/2020, pp. 17 ss.; MEROLA, COGONI, *Emergenza Covid-19 e disciplina degli aiuti di Stato: lezioni e sfide*, in *www.eurojus.it*, 18 gennaio 2021; MASSA, *COVID-19 e aiuti di Stato: il Quadro temporaneo introdotto dalla Commissione e le misure di sostegno adottate dagli Stati membri* in *www.eurojus.it*, numero speciale, *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea*. *La crisi, la cura, le prospettive*, p. 149; D'AMBROSIO, *Dal Meccanismo Europeo di Stabilita ai "Corona Bonds": le possibili alternative per fronteggiare la crisi dell'eurozona a seguito dell'emergenza Covid-19*, *ivi*, p. 115.

[9] Regolamento (UE) 2015/1017 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 giugno 2015 relativo al Fondo europeo per gli investimenti strategici, al polo europeo di consulenza sugli investimenti e al portale dei progetti di investimento europei e che modifica i regolamenti (UE) n. 1291/2013 e (UE) n. 1316/2013 – il Fondo europeo per gli investimenti strategici.

[10] PISANESCHI, *La Cassa depositi e prestiti: le recenti mutazioni e le problematiche del coinvolgimento del turnaround industriale*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1, 2021, p. 92 ss.; AVERARDI, *La Cassa depositi e prestiti: eredità storica e proiezioni future*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, n. 2, 2021, p. 303 ss.; PASSALACQUA, CELATI, CABALLEIRA

2. Con il sopraggiungere della pandemia, il settore culturale, insieme ad altri, ha subito un duro arresto, con la sospensione temporanea delle attività e delle progettualità operative a partire dai primi mesi del 2020 e, successivamente, con una ripresa lenta e contingentata, dei servizi di apertura al pubblico dei musei e degli altri istituti e luoghi dedicati alla cultura[11].

Il processo di rivitalizzazione dei centri storici delle numerose città d'arte e cultura presenti nel territorio nazionale (previsto dal PNRR), svolgerà un ruolo centrale per incentivare le imprese del comparto turistico alberghiero. I luoghi della cultura, infatti, sono in grado di attirare flussi di visitatori e turisti, in forma individuale o in gruppo, che si spostano per le vacanze, lo studio, il lavoro, e così via, generando un vero e proprio "secondo mercato" che si va ad aggiungere a quello residenziale[12].

In particolare, si è rilevato come la clientela turistica, soprattutto quella internazionale, è molto sensibile alla tipicità dell'offerta, alla ricerca di prodotti originali e unici, di livello mediamente superiore, e attribuisce maggiore importanza alla qualità e al servizio rispetto al prezzo.

Il mercato turistico, inoltre, è un terreno su cui l'artigianalità e la manualità, tipica di ogni luogo, risulta essere più competitivo rispetto alla moderna distribuzione e alla grande industria, così come il patrimonio storico, artistico e monumentale, il quale riveste una forte capacità attrattiva, in quanto non replicabile artificialmente. Spesso le capacità operative delle strutture sono limitate sotto vari punti di vista come le disponibilità finanziarie, le regolamentazioni, le normative, i sistemi di controllo, le dotazioni tecnologiche, le strumentazioni informative e il personale (non

RIVERA, *Planning public investments for recovery*, in *Open Review of Management and Finance*, 14 march 2021, par. 5, *https://openreviewmbf.org*.

[11]L'art. 101 del D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, Codice dei beni culturali e del paesaggio, stabilisce che gli istituti e luoghi della cultura sono oltre ai musei, anche le biblioteche, gli archivi, le aree archeologiche, i parchi archeologici e i complessi monumentali.

[12] La spesa turistica non si limita, infatti, solo agli acquisti legati al viaggio e al soggiorno, ma comprende anche tutti gli altri consumi della persona in quanto tale, ossia, quelli che essa compia nella propria abituale località di residenza e che ora sposta nella destinazione turistica prescelta.

sempre adeguato). Da ciò nasce la necessità di integrare le componenti pubbliche e private dell'apparato turistico, in quanto più esse risultano frammentate più fanno fatica a collaborare fra loro e a dare risultati apprezzabili. Sotto tale angolo di osservazione, risulta essere di interesse comune, cioè sia del settore pubblico sia di quello privato, ma anche a livello di UE e Stati membri, programmare azioni ed interventi in modo che ciascun territorio valorizzi il proprio *appeal* turistico.

Le tecniche di mercato attuate dagli operatori del settore, dai *tour operator* alle agenzie di viaggio, dalle guide turistiche ai ristoratori e agli altri prestatori di servizi turistici, possono contribuire in modo decisivo al rilancio del settore, anche se sono fortemente condizionate dalle caratteristiche proprie del territorio locale e dalla sua attrattività, nonché dalle norme relativamente alla disciplina della concorrenza applicabili agli Stati.

L'apparato turistico territoriale si presenta, dunque, come un sistema misto in cui convergono inscindibilmente le efficienze e le inefficienze della componente pubblica e di quella privata; in tale prospettiva, il profilo collaborativo diviene l'asse portante dell'approccio innovativo che caratterizza il nuovo corso configurabile come momento della ricongiunzione funzionale del diritto con l'economia, cifra identificativa delle più recenti formulazioni programmatiche visibili in questa fase di transizione.

3. Le disposizioni inerenti all'intervento per le imprese culturali deve, comunque, "confrontarsi" con la disciplina sul divieto degli aiuti di Stato alle imprese: una normativa definibile concentrica, nel senso che non si limita al rispetto delle norme di riferimento ma pertiene anche a quelle contenute nelle varie linee guida e, soprattutto, nel regolamento che, nel disciplinare l'utilizzo delle risorse rivenienti dalla *facility* europea, s'irradia su tutte le iniziative di sostegno delle imprese e invoca, per così dire, l'applicazione di un criterio di carattere generale relativo alla tutela dell'ambiente (che, com'è noto, assurge al rango di interesse economico e sociale

europeo).

Va detto, in via preliminare, che, in generale, l'intervento pubblico applicato alla cultura, complessivamente intesa, non costituisce aiuto di Stato. Lo diventa allorquando le misure sono assegnate a favore delle imprese che operano nel settore culturale[13] e, a tale riguardo, la normativa di riferimento, pur essendo informata al principio generale d'incompatibilità, presenta elementi che, nella fase attuale, possono rappresentare un'occasione assai importante non solo, come si diceva, per sostenere il settore ma anche per porre le premesse di uno sviluppo duraturo che non vanifichi gli impegni finanziari da parte degli Stati sia per quel concerne i propri bilanci sia per quella parte di risorse rivenienti dal PNRR (di cui, per l'appunto, la gran parte, è costituita da prestiti). Il tradizionale approccio delle istituzioni europee nei confronti degli aiuti di Stato – per l'appunto fondato, in prevalenza, su un controllo penetrante e, a volte, anche presuntivo – è messo a dura prova a partire dal 2008, con l'abbattersi dell'ormai nota crisi finanziaria, fino al momento attuale segnato dall'impatto sull'economia provocato dal Covid 19[14].

Le crisi globali, compresa quella geopolitica di questi ultimi mesi, hanno evidenziato la necessità di un intervento pubblico nell'economia[15] (emergendo non

[13] La letteratura in materia di interventi per fronteggiare la pandemia da Covid-19 è copiosa. Fra i tanti contributi, sugli argomenti più vari, v. fra gli altri, DI GASPARE, *Coronavirus, come la Bce può trasferire subito la liquidità necessaria all'economia reale*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 17 marzo 2020; LUCHENA, *Il c.d. decreto liquidità è una minaccia per il liberismo? Brevi note sul "nuovo" golden power*, in *Diritti fondamentali*, 1° maggio 2020; CAPRIGLIONE, *La finanza Ue al tempo del coronavirus*, in *Riv. trim. dir. dell'econ*., 1, 2020, pp. 1 ss.; LUCHENA, RUCCIA, *Meglio le misure della Bce o i prestiti del Mes?*, in *Diritti Fondamentali*, 15 giugno 2020; CAPRIGLIONE, *Il D.L. Liquidità. Una scommessa pericolosa per le banche*, in *Apertacontrada.it*, 10 aprile 2020; ALPA, *Pandemia e scelte tragiche*, in *Apertacontrada.it*, 17 giugno 2020; BROZZETTI, *La legislazione bancaria europea. Le revisioni del 2019-2020*, Milano, 2020, 271 ss.; ROSSANO, *Reflections on the Italian Emergency Regulation in Support to Business*, in *Law and Economics Yearly Review*, 1, 2020, p. 111 ss.; MALVAGNA, SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Sistema produttivo e finanziario post covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità. Voci dal diritto dell'economia*, Pisa, 2021.

[14] Al riguardo, v., in generale, LUCHENA, *Gli aiuti di Stato*, in URICCHIO, PERAGINE, AULENTA, *Manuale di scienza delle finanze diritto finanziario e contabilità pubblica*, Molfetta, 2018, p. 555 ss.; CAPRIGLIONE, *Finanza e politica nell'UE dopo la pandemia. Verso un auspicabile incontro* in *Contratto e impresa europea*, fascicolo 1/2021, 14 Maggio 2021.

[15] LUCHENA, *Programmazione multilivello dell'economia e condizionalità*, in *www.federalismi.it*, 2 febbraio 2022.

soltanto la necessità di un intervento quale correttore dei fallimenti del mercato ma anche in una prospettiva più ampia), rendendo più faticoso il compito della direzione generale della concorrenza, incaricata di verificare l'ammissibilità dell'intervento pubblico. Si tratta, peraltro, di un orientamento che non contraddice i principi dell'UE e rivaluta l'essenza della c.d. Costituzione economica[16] che ha sempre vissuto una coesistenza critica con l'impianto eurounitario: dall'idea di uno Stato esclusivamente neutrale o al limite salvatore, si è passati ad una "riscoperta" del ruolo del medesimo in campo economico. In tal senso, anche la normativa sugli aiuti di Stato compie, per dir così, un passo in avanti nel considerare come suscettivi di sviluppo anche quegli interventi statali che possano svolgere non soltanto una funzione ripristinatoria (tipica dell'esperienza pandemica, che fa riferimento, a livello eurounitario, all'art. 107, par. 2, TFUE), ma anche resiliente.

3.1. Da una prima fase in cui gli Stati hanno adottato misure di contrasto – *id est*: di sostegno puro e semplice – delle imprese, si è passati ad una fase in cui l'aiuto di Stato è diventato parte integrante della politica economica europea, sfrondando la rigidità – e potrebbe dirsi la staticità – delle funzioni di mero coordinamento della Commissione la quale, invece, nell'esperienza programmatoria in atto assume un ruolo di traino e di direzione dell'economia in chiave europea. Del resto, i primi segnali di una inversione di tendenza, in termini di indirizzo, può riscontrarsi dalle prime comunicazioni della Commissione che, oltre a rendere più accessibile il ricorso agli aiuti attraverso la semplificazione delle procedure di autorizzazione, indica i

[16] Su cui, senza pretesa di completezza, PIZZORUSSO, *Su alcuni problemi in materia di fonti del diritto pubblico dell'economia*, in AA.VV., *Scritti in ricordo di D. Serrani*, Milano, 1984, p. 6; PICOZZA, RICCIUTO, *Diritto dell'economia,* 2^ ed., Torino, 2017, p. 57 ss.; CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, 2021, p. 3 ss.; AMOROSINO, *Le dinamiche del diritto dell'economia*, Pisa, 2018, p. 11 ss.; CAPRIGLIONE, *Responsabilità sociale dell'impresa e sviluppo sostenibile*, in *Riv. Trim. Dir. Econ.*, 1, 2022, p. 7 ss.; SCUTO, *La dimensione sociale della Costituzione economica nel nuovo contesto europeo. Intervento pubblico nell'economia, tutela del risparmio, reddito minimo,* Torino, 2022, p. 1 ss; BILANCIA, *L'effettività della costituzione economica nel contesto dell'integrazione sovranazionale e della globalizzazione*, in *www.federalismi.it*, 25 ottobre 2019.

settori d'intervento che ritiene possano essere più facilmente "autorizzabili", quegli stessi settori che diverranno, successivamente, i punti cardinali della programmazione per le nuove generazioni (*Next Generation EU*)[17].

La prospettiva, dunque, muta nel senso che la disciplina degli aiuti di Stato, tradizionalmente adoperata per comprimere il ruolo dello Stato (come si evince dal complesso disciplinare di riferimento), diviene, oggi, uno fra gli strumenti della ripresa anche alla luce di una "rivalutazione" del ruolo dello Stato nell'economia, del resto mai "negato" *a priori*, per così dire, considerata l'ormai costante interpretazione delle norme concernenti gli aiuti potenzialmente compatibili, in applicazione dei criteri di vaglio, in settori economici abbisognevoli di intervento.

Nello specifico, la stessa disposizione di cui all'art. 107, par. 3, lett. *d*), TFUE detiene le potenzialità per considerare le misure relative allo sviluppo delle imprese culturali come compatibili con il mercato interno in quanto rappresentano una delle deroghe alla disciplina del divieto generale definendo per l'appunto come compatibili con il mercato interno «gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nell'Unione in misura contraria all'interesse comune»[18].

Nell'attuale contesto e ferme restando le norme di riferimento che, in ogni caso, costituiscono il punto di partenza per qualunque valutazione in ordine alla coerenza con le norme del trattato, occorre, dunque, individuare una metodologia che consenta di stabilire quando il finanziamento pubblico non costituisca aiuto di Stato[19] e non siano richiesti gli adempimenti, sostanziali e procedurali, che un aiuto

[17] CELATI, *Misure anticrisi e prospettive di solidarietà economica per l'integrazione europea* in *Amministrazione in Cammino*, 23 luglio 2021; TONIOLO, *Next Generation EU: una condizionalità virtuosa*, in *Policy Brief 33/2020*, 8 luglio 2020, reperibile online al sito: *https://sep.luiss.it/sites/sep.luiss.it*.

[18] BRANCASI, *La tutela della concorrenza mediante il divieto di aiuti di stato*, in *Riv. Diritto Pubblico*, Bologna, 1-2, 2010, p. 195 ss.; BALDI, *La disciplina degli aiuti di Stato. Manuale critico ad uso delle amministrazioni e delle imprese*, Santarcangelo di Romagna, 2017, p. 443 ss.

[19] Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'art. 107, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, cit., punto 201; FONTANA, *Gli aiuti di stato di natura fiscale*, Torino, 2016, p. 40 ss.; SZYSZCZAK, *Criterion of State Origin*, in HOFMANN,

compatibile – seppure esentato dall'obbligo di notifica – comporta.

Il fatto che, pur influendo sulla concorrenza e sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti perseguano un fine di interesse comune ha portato la Commissione, già da alcuni anni, ad adottare regolamenti che stabiliscono *a priori* le condizioni di compatibilità di determinati aiuti di Stato[20], in particolare quelli a carattere orizzontale, fra i quali rientrano, ad esempio, molte misure a sostegno delle imprese turistiche[21], esonerando gli Stati membri dall'obbligo di notifica preventiva; questo processo ha interessato gradualmente nuove categorie di aiuti che oggi sono ricompresi nel regolamento n. 651/2014[22] e nei regolamenti integrativi adottati a seguito della pandemia[23].

Il regolamento generale di esenzione, infatti, stabilisce che «nel settore della cultura e della conservazione del patrimonio determinate misure adottate dagli Stati membri possono non costituire aiuti di Stato in quanto non soddisfano tutti i criteri di cui all'art. 107, paragrafo 1 del trattato, per esempio perché l'attività svolta non è economica o non incide sugli scambi tra Stati membri»[24]. In tale quadro di riferimento l'art. 53 del reg. 651/2014, nel disciplinare l'intervento pubblico in campo culturale, riporta l'elenco dei potenziali aiuti, che comprende ogni attività nel settore, accomunando infrastrutture ed eventi, iniziative di portata internazionale ed eventi locali, mostre a fini commerciali e educazione culturale.

MICHEAU (eds.), *State aid Law of the European union*, Oxford, 2016, p. 65; SAUTER, *TheNotion of Undertaking*, *ivi*, p. 74; CISOTTA, *Criterion of Selectivity*, *ivi*, p. 129; SZYSZCZAK, *Distortion of Competition and Effecton Trade between EU Member States*, *ivi*, p. 151; BOVIS, *Public Procurement and State Aid*, *ivi*, p. 161; PANTAZATOU, *European Structural and Investment Funds and State Aid Control: Two Policies at Odds with Each Other?*, *ivi*, p. 187.

[20] LUCHENA, CAVALIERE, *Le nuove frontiere in materia di aiuti di Stato*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2, 2020, pp. 305 ss.

[21]Decreto-legge 6 novembre 2021, n. 152, misure urgenti finalizzate alla realizzazione degli obiettivi del pnrr per il 2021-

[22] Regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione del 17 giugno 2014 che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato.

[23] Regolamento (UE) n. 2020/972 della Commissione del 2 luglio 2020 che modifica il reg. (UE) n. 1407/2013 per quanto riguarda la sua proroga e il reg. (UE) n. 651/2014 per quanto riguarda la sua proroga e gli adeguamenti pertinenti.

[24] Reg. n. 651 del 2014, punto 72 dei considerando.

La Commissione, nel caso della cultura, in particolare, è stata nel tempo sempre più disponibile a riconoscere la non sussistenza dei limiti negativi alla concessione di un aiuto, riconoscendo nei beni culturali uno strumento per lo sviluppo dell'economia europea. In virtù di questo riconoscimento, antecedentemente alla crisi pandemica, sono stati previsti nuovi programmi per sostenere la cooperazione transnazionale per promuovere la modernizzazione del settore del patrimonio culturale, potenziando ogni attività a livello transnazionale.

4. Nel 2018 la "Nuova agenda europea per la cultura"[25] della Commissione proponeva tre obiettivi strategici: dimensione sociale (per favorire la coesione sociale e il benessere); dimensione economica (sostegno alla creatività basata sulla cultura per favorire innovazione, occupazione e crescita); dimensione esterna (potenziamento delle relazioni culturali internazionali). Tra i programmi per raggiungere tali obiettivi, ad esempio, è stato varato il programma denominato "Europa creativa 2021-2027"[26] che si articola in tre assi: media a sostegno delle imprese del film e dell'audio-video europee affinché sviluppino, distribuiscano e promuovano opere europee mettendole a disposizione dell'ambiente digitale odierno; cultura a sostegno degli altri settori creativi e culturali e la sezione transettoriale che affronta le sfide e le opportunità comuni dei settori culturali e creativi compreso l'audiovisivo.

A tale progettualità si affianca il programma di risanamento ambientale, rientrante nella conversione dell'economia in chiave ecologica, elemento ormai portante delle politiche dell'Unione europea anche ai fini della (auspicata) conversione del modello economico.

Il c.d. regolamento tassonomia (e la successiva normativa di riferimento, oltre alle specifiche linee guida adottate dalla Commissione in materia di sostegno delle

[25] I contenuti di tale iniziativa sono reperibili al sito *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0267&from=en*.
[26] Consultabile all'indirizzo *https://culture.ec.europa.eu/creative-europe*.

imprese per la transizione ecologica) rappresenta un punto di riferimento per tutte le iniziative d'investimento e di sostegno delle imprese e dell'economia che "condiziona" l'*agere* delle autorità. Il regolamento UE 2020/852, per l'appunto, che introduce la ricordata tassonomia delle attività economiche eco-compatibili, classifica le attività che possono essere considerate sostenibili in base all'allineamento agli obiettivi ambientali dell'Unione Europea e al rispetto delle clausole definibili dii carattere sociale.

In particolare, l'articolo 8 prevede che devono essere pubblicate informazioni sulle quote di fatturato provenienti dalle attività produttive, sulle quote delle spese in conto capitale (Capex) e sulle spese operative (Opex) relative ad attivi o processi associati ad attività economica allineate alla tassonomia.

In un'ottica di transizione verso un sistema economico sempre meno dipendente dall'energia prodotta da combustibili fossili, che riesca così anche a proteggersi dall'aumento dei prezzi[27], con la *disclosure* della quota di investimenti in conto capitale allineate, la tassonomia fornisce un indicatore dinamico e prospettico che a differenza del fratturato si riferisce ai piani strategici definiti dalle aziende al fine di realizzare una progressiva decarbonizzazione in un determinato lasso di tempo. Attraverso l'analisi delle spese operative si comprende come l'azienda persegua gli obiettivi intermedi del piano strategico di transizione ecologica. I tre temi cruciali per lo sviluppo del mercato e della finanza sostenibile attengono a modalità operative come l'impiego della tassonomia per finanziare la transizione[28]; l'equilibrio tra disponibilità e comparabilità dei dati ESG; l'importanza di una maggiore efficacia e accessibilità alle informazioni sui prodotti sostenibili a vantaggi dei consulenti e dei clienti.

[27] Obiettivo trasversale che trova il suo indirizzo nel *Green Deal* europeo, su cui v. CAVALIERE, *Il progetto Green New Deal e gli investimenti verdi: è tutto oro quello che luccica?*, in *Dir. Pubbl. Eur. – Rassegna online*, 1, 2020.
[28] TERMINI, *Energia. La grande trasformazione*, Roma-Bari, 2020, p. 4.

5. Un'impostazione, quella ora sommariamente illustrata, che certamente sarà approfondita in futuro, consente di porre in essere modalità operative che consentano di sviluppare l'analisi costi-benefici legati allo sviluppo culturale e turistico territoriale (in tal senso, l'apporto giuseconomico appare fondamentale in termini di applicazione della regolazione alle dinamiche economico-aziendali) con una valutazione razionale degli sviluppi degli investimenti di oggi con le condizioni di vita e le risorse che avranno a disposizione le future generazioni.

Su tali aspetti, la c.d. tassonomia permette di indirizzare in modo più trasparente e consapevole gli investimenti sostenibili agevolando così la transizione verde (come, ad esempio, nei settori a maggiore impatto climatico) – obiettivo che assume una portata rilevante anche in termini di sostegno delle imprese alla luce delle risorse inserite nell'ambito del Piano nazionale di ripresa e resilienza[29].

La predisposizione degli interventi di incentivazione delle imprese non può non riguardare l'applicazione della normativa sugli aiuti di Stato, "sistema" ineludibile e caratterizzante dell'architettura giuridica europea[30], che, anche in questo "settore" risulta comunque, se non un ostacolo, almeno un fattore di limitazione dell'iniziativa pubblica, beninteso da non intendersi in modo negativo, ma proprio in chiave attuativa dell'efficienza e dell'economicità della gestione delle risorse pubbliche.

La rivalutazione dell'intervento pubblico nell'economia, dunque, non va considerato soltanto in chiave di sostegno puro e semplice ma quale modalità di un nuovo approccio che vede lo Stato quale attore avveduto nell'economia: la rivalutazione dell'elemento della programmazione, visto non un'ottica dirigistica, ma di collaborazione fra soggetti istituzionali (ente sovranazionale e Stati) e soprattutto in chiave economico-sociale, secondo cioè il modello dell'economia sociale di mercato[31].

[29] LUCHENA, *Transizione ecologica*, in *PasSaggi cost*., 2, 2022, p. ss.
[30] LUCHENA, *Le incentivazioni economiche alle imprese tra politiche statali e decisioni comunitarie*, Bari, 2012, p. 51.
[31] PHELPS, *EconomicDynamism and the "Social Market Economy": Are they Reconcilable?*, in *Annual Ludwig Eherard Lecture*, *50th Anniversariy*, *Iniziative NeueSozialeMarkywirtschaft*, Berlin,

In tale contesto, il tema della valorizzazione[32] economica dei beni culturali e i suoi riflessi sul settore turistico alberghiero costituisce, ad esempio, un fattore di rilievo per il rilancio dell'economia dei territori e dell'economia, soprattutto per le imprese micro, piccole e medie.

A tale proposito il PNRR, presentato il 30 aprile 2021 alla Commissione europea, realizzato in base alla procedura prevista dall'articolo 18 del regolamento n. 241 del 2021[33], traccia le linee di azione concernenti la cultura includendole nella terza componente, appunto chiamata "Turismo e Cultura 4.0", previste dalla misura n.1 dedicata alla "Digitalizzazione, innovazione, competitività cultura e turismo". L'obiettivo è incrementare il livello di attrattività modernizzando le infrastrutture materiali e immateriali del patrimonio storico-artistico; migliorare la fruibilità e l'accessibilità attraverso investimenti in digitalizzazione e rimozione delle barriere architettoniche; rigenerare i piccoli borghi attraverso la promozione di attività culturali e la valorizzazione di parchi e giardini storici; migliorare la sicurezza sismica e la conservazione dei luoghi di culto e assicurare il ricovero delle opere d'arte coinvolte in eventi meteorologici avversi; sostenere la ripresa dell'industria culturale e artistica.

October, 12th 2007, reperibile *online* al sito *www.ErhardLectureBerlin2007Oct12FriLast.doc*; ŠMEJKAL, ŠAROCH, *EU as a Highly Competitive Social Market Economy – Goal, Options and Reality*, in *Review of Economic Perspectives*, vol. 14, 4, 2014, p. 393 ss.; SAUERLAND, *German's Social Market Economy: a blueprint for Latin American Countries?*, discussion paper, in *Fakultät für Wirtschaftswissenschaft Universität Witten/Herdecke*, 32, 2015, p. 1 ss., reperibile *online* al sito *www.uni-wh.de/wirtschaft/discussion-papers*; DE WITTE, *The Architecture of a "Social Market Economy",* in *LSE Working Papers*, n. 13, 2015, p. 1 ss., reperibile *online* al sito *www.lse.ac.uk/collections/ law/wps/wps.htm and the Social Sciences Research Network electronic library at*: *http://ssrn.com/abstract=!2613907*; PASSALACQUA, *L'economia sociale e solidale come economia della società. Quando la capacità sociale di comprensione e di intervento anticipa il diritto*, in *www.labsus.org*, 13 dicembre 2016; FORTE, FELICE (a cura di), *Il liberalismo delle regole. Genesi ed eredità dell'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, 2016; SOMMA, *Economia sociale di mercato e scontro tra capitalismi*, in MACARIO, MILETTI (a cura di), *La funzione sociale del diritto privato tra XX e XXI secolo*, Roma, 2017, p. 189 ss., reperibile *online* al sito *www.romatre press.uniroma3.it*.

[32] CAVALIERE, *op. ult. cit*., p. 11 ss.

[33] Regolamento (UE) n. 2021/241 del Parlamento e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza.

Tutti questi interventi dovranno seguire un approccio di sostenibilità ambientale, fra i quali viene in evidenza l'innalzamento dell'efficienza energetica degli edifici, il rinnovo delle pratiche di gestione degli eventi turistici e culturali in una logica di riduzione dell'impatto ambientale[34], l'incremento del livello di attrattività del sistema culturale e turistico del Paese attraverso la modernizzazione delle infrastrutture, materiali e immateriali, l'implementazione degli interventi sui grandi attrattori culturali nelle città metropolitane, il rilancio dei borghi, l'intervento sulla sicurezza antisismica dei luoghi di culto, la digitalizzazione, la creatività e il potenziamento dell'industria cinematografica.

In definitiva, Turismo e cultura 4.0 ha l'obiettivo oltre che promuovere la trasformazione digitale del Paese e sostenere l'innovazione del sistema produttivo, quello di investire in turismo e cultura: due dei settori più colpiti dalla pandemia e, al contempo, settori chiave per l'Italia, che di fatto giocano un ruolo basico sia in quanto espressione dell'immagine e *brand* del Paese sia per il peso che hanno nell'economia nazionale (considerato che il turismo rappresenta circa il 12% del PIL).

In definitiva, sembra ormai tramontata l'idea che il binomio cultura-economia sia foriero soltanto di divisioni e di polarizzazioni[35]: certo, gli ambiti di studio sono ampi e l'orizzonte concettuale complesso e involgente profili pluridisciplinari. L'intervento per le imprese creative rappresenta un ulteriore profilo connesso al sistema delle incentivazioni previste. Dinanzi al cambiamento della nozione di territorio – perlopiù con riferimento all'operare congiunto di fattori come «l'avvento delle tecnologie dell'informazione, la terziarizzazione dell'economia, la finanziarizzazione del capitale»[36] – l'azione dei pubblici poteri si dipana lungo reti, percorsi, nuove tecnologie che muta la prospettiva della fruibilità dei beni in termini

[34] L'intero sistema deve basarsi sul concetto di sostenibilità, sia economica che ambientale, sociale e culturale, ottenibile quando i benefici ad essa connessi risultino superiori ai costi.
[35] PIPERATA, *Cultura, sviluppo economico e…di come addomesticare gli scoiattoli*, in *Aedon*, 3, 2018.
[36] PINELLI, *Lo sviluppo dell'economia territoriale attraverso la cultura e il turismo e il coordinamento dei pubblici poteri*, in *Ist. Fed*., 3/4, 2013, p. 777.

di proiezione del luogo della cultura come piattaforma di benessere e di cultura che, per ciò stesso, "reclama" un sostegno pubblico in funzione dello sviluppo sociale ed economico[37].

La direzione intrapresa coglie l'esigenza di dar corpo a tale orientamento, come previsto, ad esempio, dall'apposito fondo destinato al sostegno delle imprese creative, istituito dall'art. 1, commi 109 ss. della legge di bilancio per il 2021[38] e gestito da Invitalia. Lo scenario aperto dalle agevolazioni previste per le imprese in fase di avviamento è sintomatico della tendenza in atto, peraltro in "sintonia" con l'art. 22 del reg. n. 651 del 2014 e, per i soggetti non ricadenti in tale ambito di applicazione, con il regolamento c.d. «*de minimis*»[39]. La particolarità consiste nell'aver reso possibili anche forme miste/plurime di sostegno, cioè in termini sia di agevolazione fiscale sia di finanziamento a fondo perduto. In tal modo, prende forma una modalità di sostegno espressamente dedicata alle piccole e medie imprese creative, ivi compreso l'aiuto per quelle che costituiscono *start-up* innovative: una formula i cui esiti saranno testati in futuro in termini di attrattività per le imprese anche perché le risorse disponibili hanno trovato solo recentemente sbocchi operativi attraverso l'emanazione del bando Ministero per lo sviluppo economico dedicato all'attivazione dei fondi in parola che consentirà di verificare l'efficacia dell'intervento e le prospettive di una sua stabilizzazione.

Alessandra Poliseno

Dottoranda di ricerca

nell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro

[37] BOCCI, *Cultura e sviluppo locale: un nuovo inizio*, in *Il capitale culturale*, Supplemento 11, 2020, pp. 81 ss.
[38] Legge 30 dicembre 2020, n. 178, Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2021 e bilancio pluriennale per il triennio 2021-2021, che destina una dotazione di 40 milioni per gli anni 2021 e 2022.
[39] Reg. (UE) n. 1407/2013, della Commissione del 18 dicembre 2013 relativo all'applicazione degli artt. 107 e 108 TFUE agli aiuti «*de minimis*».

TRASLAZIONI DEMOGRAFICHE ABNORMI. PARADIGMI ESEMPLARI PER REGOLARNE LE CRITICITÀ ECONOMICHE*

(*Abnormal demographic translations. Exemplary paradigms for regulating critical economic issues*)

È facile e doveroso criticare la barbarie di chi respinge gli immigrati,
ma potrebbe venire il momento in cui il numero (…)
di cittadini del mondo, giustamente desiderosi di sfuggire
a condizioni di vita intollerabili, divenisse così grande da rendere
ad essi materialmente impossibile trovare altro posto,
generando così conflitti insostenibili e in forme imprevedibili,
anche molto diverse da ciò che tradizionalmente chiamiamo guerra.
Claudio MAGRIS, *Discorso di ringraziamento al conferimento del Premio della Pace*, 2009

ABSTRACT: *In another paper (cited above) after calculating a conventional and permissible (+ 0.3 per year on the total) maximum threshold of migrant entry beyond which the "mass exodus" would already be configured, a distinction is made between political, war, and environmental refugees on the one hand and all others on the other. Considering this distinction, the danger of socioeconomic distortion is seen in the excess of unwelcome "economic opportunity" immigrants, for whom only pre-determined flows of reception are demanded. To contain this possible event within the limits of "allowability", various solutions are discarded for ineffectiveness. One of these is migrant selection, which appears antithetical to illicit and violent border pressure. Another is development cooperation, which is fragmented, episodic, and irrelevant to the decision to migrate. Still, mention is made of the handout of "stay" allowances to those who decide to stay, which is financially unsustainable and procedurally impractical, as well as the "self-regulating over time and redistributed" open immigration advocated by UNHCR, which, however, turns out to be flawed in experience and never fully realizable. In the absence of sorting hubs in Africa to curb boardings, since complete port closures are deemed impractical, there remain few*

*Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio.

viable lines to slow excessive flows. These undoubtedly include the immediate rejection of the 2015 Hotspot Approach for those not eligible to apply, in order to deter the attempts and deter the organizers, including by seizing the vehicles dedicated to the traffic. Funding is also considered to strengthen the deficient African primary sector, susceptible to conspicuous expansion of assisted employment, if only to meet certain and growing continental needs. Finally, special attention is given to the creation of a broad system of public guarantees to local enterprise indebtedness, prioritizing employment growth, on the structural model of MIGA.

SOMMARIO: 1. Lo spettro incombente degli esodi migratori di massa. – 2. I cento tipi di migrante e la dubitata esistenza di un "diritto a vedersi permettere l'ingresso". – 3. Le poche barriere già consentibili e la discutibile soluzione del migrante "prescelto", tra gli equivoci "etici" costruiti su "naufragi", soccorsi, sbarchi e dinieghi. – 4. Le scarse soluzioni contingenti e i distanti rimedi definitivi. Mistificazioni pseudo dottrinali (il reddito di permanenza *in loco*) e dell'UNHCR ("migrazioni aperte autoregolantisi e ripartite"). – 5. Un obiettivo inconsueto (l'occupazione massiccia nell'ancora insufficiente "primario" africano, sia tradizionale che avanzato e uno strumento finora inadeguato (l'efficienza ausiliativa della garanzia pubblica ai prestiti "esterni" alle imprese del luogo). La circoscritta esperienza della *Multilateral Investment Guarantee Agency*, qui proposta come mera falsariga strutturale.

1. In altro scritto[1] sono state documentatamente prospettate, nell'ordine: la previsione di un ulteriore asimmetrico aumento, seguito da un successivo decremento, degli abitanti della Terra; l'alta probabilità di imminenti esodi di massa, prevalentemente dall'Africa (ma non solo), in vertiginosa sovrappopolazione, verso l'Europa in fase di forte spopolamento; il timore concretamente avvertibile che tale macroevento giunga a determinare uno sconvolgimento nella struttura economica,

[1] GIUSTI, *Asimmetrie demografiche, dimensione delle migrazioni e marginalità del diritto positivo*, in PASSALACQUA (a cura di), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, Padova, 2021, p. 123.

sociale e civile di vari paesi del Vecchio Continente, sia pure per un periodo di tempo non superiore al mezzo secolo; l'opportunità di prevedere ed approntare misure giuridiche preventive atte a contenere l'anomalo fenomeno "temporaneo", in quanto destinato ad essere poi assorbito dal susseguente decremento demografico globale; la profilazione di un costo pubblico altissimo per l'ideazione e la realizzazione di tali strumenti contenitivi eccezionali; infine, la proposta motivata di muovere dall' individuare – per il nostro Paese – una ragionevole soglia di 100.000 ingressi ufficiali ogni anno (essenzialmente di profughi e rifugiati) – accompagnati da altrettanti ingressi irregolari – da porre a parametro per far scattare, rispetto al presente, ulteriori salvaguardie purché già predisposte (il numero suggerito – poco più di 250 arrivi legittimi ogni giorno (più di 90.000 l'anno) – è quasi il doppio di quello medio, già esploso, del 2019 e 2020, però gli accessi già tendono sempre più frequentemente a toccare e a superare questo alto limite ragionevolmente indicato (Ceuta, Pantelleria, Taranto))[2].

Scevra da ogni condizionamento ideologico fuorviante ed avendo esplicitato di assumere come punto di partenza razionalmente negativo ogni anomalo "eccesso di afflusso umano" estraneo al territorio, la ricerca, mossa solo dalla *curiositas,* cioè dal "prendersi a cuore" un problema, nella doverosa invenzione del vero dimostrabile incondizionatamente (e poi osservabile da varie ottiche anche divergenti, ma in partenza muovendo dal contrario dell'errore) ha preso in considerazione ogni tipo di presenza esogena (non escludendo neppure ogni ancor rilevabile influsso sociale, a

[2] La cronaca recente ci insegna che eventi imprevisti ed improvvisi, come l'improvvido abbandono dell'Afganistan da parte degli USA nel 2021 e la delirante guerra russo-ucraina del 2022 possono, anche inaspettatamente, provocare flussi enormi di veri e propri profughi dai teatri di conflitto, di dimensioni tali da sforare, magari per un determinato periodo, qualsiasi parametro prefissato. È per questo che la predisposizione di misure di contenimento si rivela ancor più obbligata, stante l'insorgenza frequentemente ripetuta di tali eventi eccezionali. Gli analisti economici paventano anche, inoppugnabilmente, alcuni contingenti effetti collaterali dei conflitti in atto sulla geoeconomia alimentare della costa mediterranea dell'Africa – dall'Egitto al Marocco – e poi giù giù fino all'emisfero australe, dovuti alla intervenuta penuria dei futuri raccolti di granaglie nei Paesi dell'Est tradizionalmente produttori, oltre che allo *shock* della loro già ridotta commercializzazione a causa degli eventi bellici. Conseguenze catastrofiche queste, che provocherebbero inevitabilmente anche un robusto aumento del flusso di migranti economici, come già si registrò nel 2010-2011 dopo le "rivolte del pane".

lungo perdurante, degli *asylum seekers* più datati, i quali in molti hanno già conseguito la cittadinanza, pur permanendo in un qualche disagio quanto all'integrazione, se cercata) né ha mai messo in dubbio l'accoglienza assolutamente dovuta a "profughi" e "rifugiati" effettivi e neppure è entrata nel merito di una qualsiasi "delegittimazione" delle migrazioni stesse, delle quali ha solo preso atto.

Su questo tema desueto, mi tocca di perdere tempo per dire che più che singolare e dispersiva, addirittura imbarazzante è risultata la necessità preliminare di dover far apprezzare come "reale e veritiero" il problema del "numero" dei migranti, eventualità assolutamente sottovalutata anche da intellettuali preparati e consapevoli, prede magari inconsce della convinta supremazia indotta unicamente dal profilo etico, in questa materia reputato un tabù imprescindibile e da anteporre immotivatamente ad ogni considerazione economica del fenomeno paventato. Ancorché basti la semplice estrapolazione statistica (cioè la tangibile espansione al futuro di serie e seriazioni di dati) e il conforto di alcuni algoritmi probatori a rafforzare il nostro rilevante dubbio, mi pare che i negazionisti dell'evidente siano disposti a rinunciare a qualsivoglia ragionamento critico, ove questo sia causa di un possibile – ma per loro inaccettabile – allarme sociale lesivo dei trasferiti, posto che – lo si ripete fino alla noia – nessuno si sogna di pensare di eliminare l'antico fenomeno migratorio, bensì ci si propone seriamente di arginarlo se eccessivo, nel caso contingentandolo. La suddetta devianza dal pensiero loico, innescata da un sovrastante *establishment* ostile ma davvero orrida per la scienza, è la vera ragione del ritardo nello studio imparziale del supposto evento incrementale, la quale si aggiunge al fastidio dell'immediata schedatura "a destra" (per quel che ciò vale nel campo della ricerca, dove ormai sono in molti a sospettare che il conformismo sia situato "a sinistra") di ogni incauto che motivatamente soltanto propugni simili iniziative di studio, in realtà moderate e consapevolmente mediatorie[3]. È ora quindi

[3] Peraltro, classificabili come innovative, non certamente conservative.

di selezionare gli strumenti impeditivi[4] di una eventuale degenerazione numerica dell'annoso andamento in corso, compito che il diritto ha finora completamente trascurato, scegliendo di ignorare (se non di negare, su *input* del consorzio supremo del Potere) quello che abbiamo chiamato iperoggetto migratorio. La difficoltà sta nel legiferare (inconsuetamente, qui il diritto precede il fatto) su un fenomeno non ancora esistente, da individuare e misurare, prima per identificarlo e poi per qualificarlo, al passaggio da rischio probabilistico a pericolo certo, nel far ciò impacciati dalla incapacità dell'opinione pubblica, distolta dalle perniciose cortine assolutiste dell'etica, di contestualizzare temporalmente l'accadimento futuribile ("sì, ma quando?")[5].

Premessa indispensabile è senz'altro una rapida rassegna definitoria dei variegati *status* di chi si sposta stabilmente per motivi non di studio né di diporto. L'*excursus*, pur necessario, dovrà essere assai breve, dato che la tipologia del migrante non sposta significativamente i problemi – specie economici – e i costi pubblici dell'eventuale accoglienza, pur facendo mutare la giustificazione e gli strumenti dell'altrettanto eventuale contrasto.

2. Con riferimento ai migranti "regolari" (tra gli "irregolari" – come chi ha il visto scaduto – è diffuso il clandestino – legge Bossi-Fini –, che è soltanto colui che riesce a passare il confine senza mai emergere o rivelarsi ufficialmente, neanche dopo), il primo tipo noto di migrante è senz'altro il "profugo". Questi è tutelato da norme e Trattati, i quali – in presenza di determinati requisiti riferibili alla persona e/o al Paese di appartenenza – gli consentono di richiedere che – per il fondato timore di persecuzione (pubblica) per ragioni di razza, religione, nazionalità, opinione politica o appartenenza ad un gruppo sociale particolare o semplicemente di dissenso – gli sia riconosciuto lo *status* di "rifugiato politico" (nelle more del responso viene

[4] PALMISANO (a cura di), *Il contrasto al traffico di migranti*, Milano, 2008.
[5] In questo senso – in totale inconsistenza di prove giuridicamente apprezzabili – vedasi l'opinione del sociologo AMBROSINI, *L'invasione immaginaria. L'immigrazione oltre i luoghi comuni*, Bari, 2020.

immediatamente qualificato "richiedente asilo" e come tale regolare). Assimilati a questo sono i "profughi di guerra", in fuga non per persecuzioni personali o di gruppo ma per gli eventi bellici coinvolgenti l'intera popolazione civile, e richiedenti sovente una nuova accoglienza provvisoria, che – se prolungata – tende a trasformarsi in definitiva ("reinsediamento", con tanti episodi corruttivi per l'ammissione a tale beneficio permanente).

Ad esso quasi equivalente numericamente (ma destinato a crescere esponenzialmente) è il migrante "forzato", di massima coincidente col c.d. "rifugiato ambientale", costretto per forza maggiore a spostare la propria dimora nel Paese stesso (sfollati o *internally displaced persons*) o all'estero (*refugees*) e ciò a causa di calamità naturali improvvise o graduali (terremoti, inondazioni, uragani, bradisismi, innalzamento del livello marino, contaminazione del territorio, ecc.) o del cambiamento climatico generale (siccità, carestie, desertificazione, ecc.) o perfino per ragioni legate direttamente ad un definito intervento umano[6]. Questo tipo di "esodanti" (in quanto si tratta sempre di moltitudini cospicue di persone) sono evidentemente fuori dal diritto alla protezione internazionale garantito dalla Convenzione di Ginevra (1951) e vengono – ad arte (OIM, 2007) – sempre più assimilati a torto ai diversissimi "migranti economici"[7], pur imputandosi il loro distinto stato ai disastri ambientali estremi per lo più imputabili all'uomo. La loro (pessima) accoglienza nei campi profughi è stata finora assicurata dall'ONU ma la loro autoritativa "ricollocazione" temporanea o comunque la loro problematica sistemazione definitiva muove da presupposti giuridici pericolosamente labili, aggravati dall'ampiezza enormemente crescente del fenomeno.

Le statistiche, che in genere colpevolmente sommano i veri e propri "profughi"

[6] Ad esempio, oltre 1.700.000 persone spostate per la sola costruzione di nuove dighe in Cina; 750.000 per lo stesso motivo in India; 720.000 per le opere legate alle Olimpiadi di Seul in Sud Corea; diversi milioni nel totale.

[7] Sul momento genetico di questa voluta ma perfida confusione si veda MARCHETTI, *Un mondo di rifugiati. Migrazioni forzate e campi profughi*, Milano, 2006.

(politici e di guerra) con i "rifugiati" ambientali, per ciò stesso non aiutano: a fine 2021 si parla al minimo di 31 mln di profughi politici e bellici (adesso più i 9 dall'Ucraina), che divengono 71 mln se si comprendono i suddetti "rifugiati", per questi ultimi con un pronostico imminente di aumento da 40 a 135 mln tra 10 anni, addirittura a 250 mln al 2050. Lo scenario, specie dal punto di vista dei costi di intervento, diverrà apocalittico a causa del primo iperoggetto del secolo, vale a dire il mutamento climatico di origine antropica, sommato alla ciclica variabilità naturale del clima, quest'ultima irreversibile a lungo[8].

A ulteriore tutela dell'"immigrando", esistono protezioni aggiuntive (D.Lgs. n. 251/07) quali la "protezione sussidiaria" (quando il ritorno al Paese d'origine sottopone l'individuo al "rischio effettivo di subire un grave danno" (augurabilmente illecito: non è il caso dell'evaso) e la "protezione speciale", introdotta col D.L. n. 130/2020 (che ha sostituito ed ampliato la "protezione umanitaria", già abrogata col Decreto Sicurezza del 2018), la quale si articola in molteplici fattispecie minute. Da essa viene dapprima esclusa l'espulsione o, ancor prima, il respingimento, con la "flessibilizzazione" della concessione di un permesso di soggiorno biennale (convertibile in permesso di lavoro), quando si possa temere violazioni al diritto del "rispetto della vita privata e familiare della persona" o di persecuzioni per "il proprio orientamento personale o della propria identità di genere"; quando si versi "in gravi condizioni psicofisiche o derivanti da gravi patologie", consentendo "cure mediche per la durata del trattamento terapeutico" e contemporaneamente di lavorare. È peraltro da evidenziare che sono sempre convertibili in permessi lavorativi quelli di soggiorno concessi per calamità, assistenza ai minori, lavoro artistico, ricerca scientifica, motivi religiosi, pratica sportiva, per acquisto della cittadinanza o

[8] Di origine puramente giuridica è, infine, la nuova definizione di "dublinanti" *(Dubliners*, ma non quelli di James Joyce – "Gente di Dublino" – del 1914) data a quei migranti, fattisi identificare in uno Stato europeo di arrivo e poi scoperti (grazie al *data-base* delle impronte nella rete *Eurodac)* in un diverso Stato dell'UE, il quale – per il vigente Regolamento di Dublino – li rispedisce al Paese di approdo. Questa norma (nella terza versione del 2014), a noi inconsultamente imposta dall'UE, ha recato seri danni alla Grecia e all'Italia, che prima erano paesi prevalentemente di passaggio, ma assai difficilmente potrà essere suscettibile di correzioni unanimi.

dell'apolidia[9].

Francamente riesce difficile individuare una sola categoria o un soggetto cui possa essere negato l'ingresso nel Paese, peraltro con procedimenti amministrativi altamente discrezionali per l'imprecisione delle condizioni di ammissibilità richieste. Dal punto di vista dei costi ("chi paga?"), si pensi ad un contagiato di Aids, il quale – presentandosi al confine – ottiene soggiorno ed assistenza sanitaria perpetua a carico del Paese ospitante.

La caotica categoria residuale dei veri e propri "migranti economici" comprende invece tutti quanti gli altri "esuli", cioè chi espatria volontariamente al fine ben comprensibile di migliorare la propria posizione economica ma non ne è facoltizzato da alcuna delle normative eccezionali sopra passate in rassegna. L'insoddisfazione per il proprio tenore di vita[10] e il pessimismo per il futuro proprio e soprattutto per quello dei figli stanno dilagando precipuamente in tutta l'Africa centro-occidentale, in parte di quella mediterranea e nel Corno d'Africa (ma il Sud dell'Asia ormai non è numericamente da meno), non solo per le frequenti situazioni di rischio della fame o della vita ma in prevalenza per pura mancanza di prospettive di miglioramento economico o addirittura per mera disoccupazione sopraggiunta: migliaia di camerieri ed inservienti degli alberghi tunisini (chiusi per il Covid-19) si sono riversati dal 2020 in Italia proponendosi ai nostri *hotels*, altrettanto chiusi. Peraltro, da sempre in Marocco non ci sono guerre né carestie né persecuzioni di massa, eppure quella comunità magrebina è una delle più numerose in Italia (al presente, tuttavia, questo Paese registra un incremento occupazionale imputabile al *friendly reshoring* di imprese europee).

Il sogno del miglioramento della propria vita non può essere negato a nessuno, a meno che "*persons likely to become a public charge*" non compromettano il livello

[9] Un inventario completo è in GIOVANNETTI, ZORZELLA, *Immigrazione, protezioni internazionali e misure penali*, Pisa, 2021.
[10] Cfr., con argomentazioni però anche troppo generaliste, ACEMOGLU, ROBINSON, *La strettoia*, Milano, 2020, Prefazione, p. 9.

del tenore di quella del Paese di arrivo, altrimenti tutto si risolverebbe in un mero cambiamento di cielo anche per l'immigrato. Il problema vero è che non sono mai state cercate e introdotte regole giuridiche per stabilire questo limite di reciproca convenienza e adesso non è affatto semplice rinvenire una soglia logica per il "dosaggio" pacifico tra nativi *in loco* e nuovi pretendenti allogeni.

Si ribatte: migrare è un diritto. Sì e no: l'art. 13, 2° c. della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo prevede soltanto il diritto inalienabile a lasciare il proprio Paese. Nessuna norma positiva delinea invece un diritto ad entrare volontariamente (non obbligatoriamente, come è per profughi e rifugiati, se riconosciuti come tali) in un altro Paese a propria scelta, opzione rimessa tuttora alla sovranità dello Stato di destino, a scanso della creazione artificiale di altre mostruose asimmetrie popolative, magari basate su aspettative errate o infondate o su dicerie inattuali.

Tutti siamo convinti che anche tale diritto essenziale e conseguente dovrebbe essere in un qualche modo disciplinato da esplicite norme, ma nella realtà non è ancora così. L'art. 14, 1° c. della suddetta Dichiarazione stabilisce solo che ogni individuo ha "diritto di cercare" asilo in altri Paesi, ma soltanto per sfuggire alle "persecuzioni" riconosciute. Positivamente non esiste ancora un "*natural right to enter*": il diritto individuale di ingresso va ancora bilanciato con la sovranità statale di chi ospita, cui spetta il potere di negarlo e che prevalentemente lo esercita. Questa evidente verità di fatto viene confutata con flebili asserzioni da chi – incredibilmente non volendo rendersi conto delle conseguenze estreme, in economia, del peso di ciò che con leggerezza propugna – ravvisa di poter ricavare un generale "principio di non respingimento" dal diritto internazionale "consuetudinario"(?) in materia umanitaria, ritenuto atto ad esercitare "una potenziale valenza para-normativa per colmare vuoti normativi" (è questo il presente caso) o a corroborare norme deboli o incomplete[11].

[11] Cfr. CATALDI, DEL GUERCIO, *I* Global Compact *su migranti e rifugiati. Il* soft law *dell'ONU tra spinte sovraniste e potenziali sviluppi*, Torino, 2009.

Su questo campo di Agramante (meglio sarebbe dire su queste sabbie mobili) non si può avventurarsi; per me da sempre il diritto e le fonti sono un'altra cosa: l'art. 33 della Convenzione di Ginevra e l'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE è vero che non permettono i respingimenti, ma con riguardo ai soli rifugiati e soltanto se verso Paesi costituenti minaccia. È l'ora di provvedere improrogabilmente a normare ciascuna fattispecie migratoria con assoluta precisione, senza rimettere pericolosamente la soluzione caso per caso alla giurisprudenza, non esente da forti critiche[12].

Neppure si può porre a fondamento di questa per ora inesistente accessibilità "aperta" il più recente *Global Compact on Migration,* adottato dall'ONU nel 2018 contemporaneamente (non a caso) a quello "*on Refugees*". A parte che è senza alcun dubbio un documento autoprodotto meramente riassuntivo di vecchie norme, con

[12] È il caso della sentenza della Cass., Sez. III Pen., 20 febbraio 2020 n. 6626, la quale non motiva affatto l'assunto categorico che "non può considerarsi compiuto il dovere di soccorso, senza il conseguente obbligo di sbarco in luogo sicuro". E perché? Il salvataggio compete al natante, il seguito anche no. Peggio: successivamente afferma che ciò dipende dal fatto che le persone soccorse hanno il diritto di presentare domanda di protezione internazionale (dimenticando di dire che ciò vale solo per profughi e rifugiati, gli unici titolari di diritto di asilo), soggiungendo: "operazione questa che non può essere fatta sulla nave". E chi lo dice? È chiaro che i giudici non hanno letto l'*Annex* 6.14 delle *Guidelines* dell'IMO (2004) che pure richiamano, il quale parla esplicitamente di possibilità di trasbordo del salvato: *1) on land* (non *harbour*); 2) *aboard a rescue unit*; 3) *or other suitable vessel*; *4) or facility at sea*, forse le piattaforme, in ogni caso assicurando *food*, *shelter and medical needs*. (Vedasi invece, di seguito, § 3, XIV cpv.). E allora chi lo ha detto che deve essere un porto? E poi, il comandante della nave ha pieni poteri di raccogliere formalmente richieste ed istanze (può sposare e ricevere testamenti), inoltrandole alle autorità competenti e può assumere qualsiasi decisione sui trasportati, naufraghi o – come nella specie – non naufraghi. Egli può identificare i salvati e prendere provvedimenti sul loro smistamento, diversificato secondo la loro qualificazione immediatamente acclarata. Di certo simili operazioni elementari sarebbero assai difficoltose e forse impraticabili per il naviglio che si dedicasse a raccogliere centinaia di persone alla volta, coinvolte in più e più episodi di salvataggio, mentre sarebbero routinarie e dovute nell'ipotesi, fisiologicamente occasionale, di un singolo "naufragio". Quello che rende allibiti è che un giudice sia giunto a ritenere lecito che per ottenere di sbarcare i migranti irregolari nel porto prescelto *ad libitum* dal comandante soccorritore, a questi sia da ritenere consentito di forzare un blocco militare, negando in sentenza il delitto di resistenza o di violenza contro una nave militare, col disquisire che il naviglio della Guardia di Finanza (equipaggio con le stellette) non è nave da guerra e quindi – deduciamo – può essere impunemente abbordato per adempiere ad ogni costo al "superiore" obbligo (inesistente) di sbarco a terra. Forse siamo nel metagiuridico ovvero nell'ideologia pura. Urge non lasciare nelle mani di un collegio giudicante (che poi – per mia esperienza – sono sempre quelle del relatore-estensore) il potere di ideare l'argomentazione di un precedente vincolante e per far ciò è necessario almeno inventariare in una casistica ufficiale prefissata queste fumose "consuetudini internazionali umanitarie", ad interpretazione cangiante.

scarse precisazioni operative (ad esempio, non casualmente soltanto poche righe riguardano le azioni tese a favorire lo sviluppo dei paesi di origine), esso è – *in primis* – *a non-legally binding;* in secondo luogo, l'Italia non lo ha firmato (insieme ad Austria, Bulgaria, Estonia, Lettonia, Polonia, Repubblica Ceca, Slovacchia, Svizzera e Ungheria). Il suo valore giuridico è pari a quello delle conclusioni del Consiglio Europeo di Tampere (1999), che mentre da un lato introduceva concreti respingimenti, espulsioni e rimpatri e affermava che il contrasto andava fatto nei paesi di origine (però senza dire come), giungeva d'altro canto, farisaicamente, a dichiarare che "sarebbe contrario alle tradizioni europee (*sic*!) negare la libertà di circolazione a coloro che sono stati legittimamente (?) indotti a cercare accesso nel nostro territorio", cioè tale citato c*ompact* ha valore giuridico uguale a zero. Per mio personale convincimento, questo ultimo tipo di semplici "dichiarazioni politiche" non può configurare neanche un atto di *soft law*, al massimo esse possono favorire l'evoluzione di una *opinio juris,* diversa dal passato e foriera di novelle normative di là da venire[13]: altrimenti anche proclami, proteste e *slogans* diverrebbero fonti del diritto.

In altre parole, è mia radicata opinione ("silenziosamente" – nei sondaggi – condivisa) che il diritto alla libera circolazione delle persone non UE (ma percepiamo permanere pure una diffusa insofferenza alle regole di Schengen, destinate ad espandersi) resti un "diritto incompiuto"[14] cosicché permanga tuttora intatto un diritto statale sovrano al consenso all'ingresso (che non è libero e gratuito, come nell'800 nelle spopolate Americhe e in Oceania) e che questo sia rimesso alla volizione ed alle condizioni – se del caso – delle comunità statuali ambìte, la protezione delle quali spetta alla responsabilità degli Stati di arrivo.

Uscire spontaneamente dal proprio Stato senza il previo consenso di quello di

[13] *Melius* in PIFFERI, *La doppia negazione dello* jus migrandi *tra Otto e Novecento*, in GIOLO, PIFFERI (a cura di), *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione dello straniero,* Torino, 2009.
[14] La definizione è di CAPS, *L'immigrazione nel cuore delle contraddizioni del diritto internazionale e del diritto costituzionale nazionale*, in GAMBINO, D'IGNAZIO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali*, Torino, 2010, p. 15.

destinazione rimane dunque un azzardo e la scelta esclusivamente personale del Paese-obiettivo resta addirittura una pretesa giuridicamente irragionevole e potenzialmente insostenibile in economia. D'altronde – lo si ripete a chi vuol fare confusione – tale *megatrend* temuto, in prospettiva breve, di una migrazione che divenga di massa, è assolutamente inconfrontabile, per mole e tempistica, con la vicenda, lunga centocinquanta lunghi anni (e 24 mln di compatrioti esuli, per la metà tutti rientrati da soggiorni temporanei anche assai duraturi) delle nostre passate emigrazioni (intorno ai 90.000 uomini all'anno, in media, ma in molteplici direzioni), queste per lo più di tipo regolare (accordi bilaterali; arruolamenti; chiamate) e assistito (60 dollari a testa fino ai governi De Gasperi) dalla nostra Nazione. Negli espatri transcontinentali il nostro emigrante – con passaporto ("rosso": 1919-1928) gratuito e visto di ingresso – era una risorsa economica utile ed accettata solo perché necessitata, a causa della sottopopolazione di alcune specifiche aree di arrivo (Stati Uniti, Canada, Argentina, Brasile, Venezuela, Australia). La ridotta emigrazione "clandestina" nostrale, pur tacitamente protrattasi in Francia, Belgio, Svizzera e Germania, colà mirava ai peggiori dei lavori rifiutati dai locali, mentre quella oltre Oceano per lo più si limitava ai ricongiungimenti e ai lavoratori ancillari (cuochi, barbieri, necrofori, netturbini, ecc.). Il "travaso" era concordato o almeno tollerato nella maggioranza dei casi e la convenienza era reputata bilaterale[15].

Per esperienza e frequentazioni, non credo che ci sia alcuna speranza che le

[15] Al contrario, in Europa molti sondaggi invano ripetuti mostrano che il libero ingresso è tuttora percepito dalla maggioranza elettorale edotta – in disparte gli ovviamente prevedibili sospetti, riluttanze e risentimenti verso il "nuovo" – come la minaccia di un ulteriore costo pubblico non voluto ma obbligato. Ciò conferma che l'accoglimento indiscriminato viene visto, magari epidermicamente, come un peso per le pubbliche finanze già gravose, a detrimento dei bisognosi locali. È anche per questa via che si possono innescare, tra chi "accoglie", sentimenti avversi quali il senso di ingiustizia, l'odio e la rabbia, che non sono vincibili né con la ragione né con la pietà e possono causare conseguenze politiche perverse, inimmaginabili e non misurabili. Erra chi non intende addirittura ammettere che l'ingresso non autorizzato e contemporaneo di quantità rilevanti di persone straniere, in violazione delle norme e della opportunità economica (e per loro esclusiva scelta unilaterale), possa giungere ad essere avvertito dagli invasi, in buona sostanza, come una forma di violenza logica e politica**,** pur se (in parte) spiegabile, e che ciò possa provocare intolleranza e perfino una reattiva resistenza popolare.

ovvie premonizioni negative fin qui adombrate possano essere prese in considerazione e men che meno condivise, magari per assurdo, da chi si fa scudo esclusivamente vuoi del sentimento e della bontà di animo, vuoi di un'ideologica difesa ad oltranza di ogni diseredato[16], con il pessimo risultato di avere già oggi in Italia – tra gli oltre 6 milioni complessivi di presenti di origine extracomunitaria e i moltissimi stranieri ("nati all'estero") *tout court* – più di 600.000 soggetti o nulla facenti o sotto-occupati o super sfruttati, accollati alle pubbliche finanze perché bloccati entro le nostre frontiere ormai ermetiche in uscita, se non rimpatriati – a nostre salatissime spese[17] – a dieci alla volta ("rientra" appena il 5% del flusso dei subsahariani). In assoluto, viene da domandarsi se almeno alcuni di tali sedicenti studiosi riescano a soppesare realmente gli effetti perversi di un'ipotetica invasione, davvero incontrollata, sulla sorte degli stessi migranti, quando l'esperienza dimostri che siano maldistribuiti e troppi tutti nello stesso momento.

Tale dato acquisito (ma artatamente non accettato da tutti) induce a ribadire come provato che il paventabile aggravamento quantitativo di una simile situazione sarebbe insostenibile per le pubbliche finanze e che di conseguenza sarebbe politicamente inaccettabile per l'elettorato prevalente degli Stati dell'Europa. Bisogna almeno provare a portare in chiaro quale sarebbe il peso di tale incauto accollo ai contribuenti delle enormi spese per un'"accoglienza generalizzata" (quale è quella attuale, se divenisse assai più estesa e crescente), tra l'altro risultando del tutto inutile per assorbire interamente il grandioso *megatrend*, ove questo insistesse su un

[16] Vi è stata da tempo, magari da parte dei c.d. "progressisti abbienti", una insistita e retorica difesa degli "ultimi" – un tempo affidati per lo più alle sole iniziative caritatevoli – la quale non si accorge, pericolosamente, di obliterare del tutto i molti, gravi e persistenti bisogni dei tantissimi "penultimi", soverchianti nel numero e nel peso elettorale esercitato.

[17] La Corte dei conti ha appena (2022) relazionato su questa vicenda limitatamente ai rimpatri "volontari" e segnatamente a quelli finanziati dal Fondo UE per i rimpatri (dal 2007) e dal Fondo AMI pure dell'UE (dal 2014), che prevedono la gratuità del viaggio di ritorno e "un sostegno finalizzato per la reintegrazione". I numeri sono sconfortanti: nell'ultimo triennio abbiamo rimpatriato volontariamente poco meno di 3.000 persone in tutto (la Germania oltre 50.000), disponendo a tal fine di circa 800 mln di euro complessivi, con costi *pro-capite* oscillanti tra 958 e 567 euro a persona, ma non superando mai l'1,60 % dei migranti irregolari sbarcati. Il "piccolo" rimedio è proceduralmente spuntato.

futuro assai prossimo. Del resto, la stessa "comunitarizzazione" della disciplina sui migranti, iniziata col Piano d'Azione di Vienna (1999) ed enunciata in diversi altri atti normativi o informativi[18], non ha sviluppato alcun protocollo di comportamento differente e più efficace nel caso di grandi afflussi, se non, di fatto, all'epoca (intorno al 2000) del dissenso violento dei *sans-papier* e dei *sin papeles* e poi (2004) della creazione della discussa Agenzia *Frontex*[19].

3. Per un razionale contrasto agli ingressi volontari giuridicamente immotivati, dopo alcuni conati di espulsioni di qualche richiedente asilo "denegato", poi sovente rifiutato dai Paesi di partenza, abbiamo visto funzionare per poco anche la vessata chiusura dei porti (spesso più un abbaiare che un mordere), che ha avuto soltanto una breve ripercussione psicologica sui tentativi organizzati di ingresso non autorizzato. In caso di esodo, questa estrema misura di blocco non funzionerebbe per niente, qualora fosse (se lo sarà) messo in opera, più o meno scientemente, un anomalo afflusso irregolare in pressione forzata sui confini meridionali dell'Europa[20].

Questo è rimesso a un ramificato *business* affaristico-criminale, che di umanitario ha davvero ben poco, nel quale sono coinvolte – a gomito di meritorie

[18] Come l'operativamente evanescente *Piano d'azione dell'Ue contro il traffico di migranti (2015-2020*), racchiuso nella Comunicazione *COM (2015) 285 final* della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al CESE e al CR.

[19] L'inefficienza di questa Agenzia europea è stata appena documentata dalla Corte dei Conti dell'UE in una corposa Relazione (2021), che – in sintesi – lamenta una crescita vertiginosa del *budget* (42 mln all'origine, 460 mln nel 2020, con previsione di 900 mln nel 2027), di personale (con un *target* di 10.000 membri operativi permanenti sempre nel 2027) e una mancanza di trasparenza gestionale davvero intollerabile, pari solo a quella di *Eurosur*, altro organismo del Sistema europeo di sorveglianza delle frontiere dal 2013. Il *Foss* (una specie di Sportello Unico dell'Agenzia) non condivide con nessuno la tecnologia informatica ricevuta e non fornisce informazioni sulla propria operatività gestionale in termini di costi e di risultato né in tema di contatti con le ONG, né di individuazione delle rotte del traffico criminale frontaliero e neppure sulla fornitura di documentazione fraudolenta ai migranti ammissibili, adducendo la segretezza di questi servizi, non suffragata da alcuna norma specifica. L'inefficacia sta nei numeri: in crescendo, gli ingressi censiti sono aumentati di 3 volte nel 2020, di 8 volte nel 2021, forse di 20 nell'immediato futuro.

[20] La possibilità che Lampedusa sia stata consapevolmente presa di mira come unico "cancello aperto" non si può davvero escludere, anche se il fattore calamitante è senz'altro l'estrema vicinanza al continente africano.

charities e di privati caritatevoli per missione – diverse altre decine di migliaia di profittatori, in prevalenza avventurieri che lucrano vergognosi introiti per il "pedaggio"[21] di ingresso.

Nella realtà, invece, è ormai ravvisabile atteggiamento comune degli Stati "maturi" quello di limitare (mediante flussi prefissati, sistema purtroppo sospeso da 10 anni) la sopraffazione migratoria entro limiti della "consentibilità" di Papa Francesco (che significa di certo anche permissibilità socio-economica) e della "lentezza", per diluire le rilevate[22] conseguenze negative date dalla compressione della dinamica salariale per eccesso di offerta incondizionata e perfino dal correlato rallentamento (e disincentivazione) del ricorso all'innovazione tecnologica, giustificato da tale disponibilità di manodopera, per lavori semplici e routinari, a costo inferiore (è un dato di fatto che durante la crisi COVID il tasso di occupazione degli immigrati adulti – maschi e femmine, senza contare il "nero" – è stato di 9 punti più alto di quello degli italiani). Su questa strada di contenimento i vari Paesi stanno andando in ordine sparso – purtroppo senza risolversi ad aumentare di un soldo

[21] Vi si ravvisano diverse forme di malavita organizzata, accanto ad accaparratori di stipendi precari per l'inutile prima accoglienza di facciata; "mediatori culturali", che un tempo si chiamavano solo interpreti e per i quali, guai se si interrompesse il flusso; imprese sociali fittizie o spesso inutili; riciclatori di immobili fatiscenti da locare; preconfezionatori di pasti da 2,50 euro venduti senza gara a 7,50; feccia di ogni risma, delinquenti feroci – gli scafisti – maneggioni di razza e torme di parassiti nulla facenti, assunti *brevi manu* e tutti quanti foraggiati alla luce del sole (spesso pubblicamente ovvero, in concreto, da parte della "famigerata" Banca Etica, da molteplici fondazioni benefiche non trasparenti, da anarchici e antagonisti, ma anche da mallevadori islamici di dubbia matrice e perfino dalle elargizioni anticipate dagli armatori anseatici – l'*Hansa* correva da Bruges a Riga – insofferenti per le soste forzate del loro naviglio per eventuali salvataggi effettivi o per documentati ricatti e minacce di denuncia per l'omissione di moltissimi interventi di soccorso) per conto – si sospetta – del grande capitale sovranazionale, palesemente teso (di certo non solo supportando questo gravissimo impaccio) a polarizzare la struttura occupazionale europea e a nuocere alla fragile seconda "potenza" manifatturiera del continente. Trattasi né di complotto né di congiura, ma apertamente di ostilità economica (come alcune OPA) ben dissimulata, con episodi di vero e proprio "alto tradimento" interno (mancato uso della *golden power*), se questo fosse un reato configurabile anche per gli attentati all'economia nazionale (quale è l'irreale e autolesionista *Fiscal Compact* e le sue feroci sanzioni), tenuti ben celati nelle loro articolazioni e nelle loro occulte conseguenze da un'informazione usualmente schierata col potere permanente effettivo, quello del grandissimo capitale privato, al quale spesso si accoda, per indecente ed infima convenienza (non lecita quanto al sommerso), anche l'imprenditore minimale, non solo in agricoltura.

l'impegno finanziario per il Terzo Mondo – e senza aver compreso che il ravvisabile *sentiment* anti-migratorio interno (nel senso arginatorio fin qui esposto) dovrebbe essere piuttosto orientato sul corretto sentiero di quello del contrasto ai malanni della globalizzazione totale, ormai in palese contrazione col diffuso risorgere – non solo bellico – dei nazionalismi sovrani[23].

Un diverso modo reale, già percorso, di limitazione dei flussi è quello di distinguere, di scegliersi il migrante. La selezione del migrante da ammettere è stata praticata in larga guisa anche con qualche successo: ma tutti comprendono che se non è già applicata in modo esteso e usuale, ben poco si concilia con ipotetiche masse in movimento, che di fatto prescindano – con la forza – dal consenso all'ingresso. Per questo motivo tale procedura di contenimento è poco valida per il fine di arginamento emergenziale che stiamo profilando. Tuttavia, l'espediente collaudato merita una qualche riflessione realistica rispetto al fine specifico.

Prescegliersi i migranti tra quelli che si propongono significa operare una selezione categoriale o personale secondo convenienza. Il proposito è quello di individuare esclusivamente i soggetti congeniali ed integrabili, utili nel mondo del lavoro senza alterarlo. Così si possono scremare gli aspiranti secondo il particolare titolo di studio posseduto (se sostanzialmente equipollente e anche come sperimentato antidoto all'ostilità etnica, che si sa accentuata verso l'incolto emarginato) o, più recentemente, secondo il livello dimostrabile di formazione professionale già posseduta (Canada, Australia, Nuova Zelanda, ora anche Germania) o completabile nel paese di accoglienza. Si tratta quindi di un trattamento preferenziale che va a vantaggio delle imprese e dell'inclusione, ma sospinge tutti gli altri migranti sul terreno dell'illegalità (più di 500 mila ingressi fantasma ogni anno in

[23] PASTORE, *L'Europa di fronte alle migrazioni. Divergenze strutturali, convergenze settoriali*, in *Quaderni di Sociologia*, 40, 2006, p .7. Oggi già si impone un ribaltamento del falso giudizio sull'utilità e l'innocuità della globalizzazione, basando tale cambiamento sull'idea che non sia un'infondata diffidenza verso gli altri Stati la volontà politica di preservare nei confini di ciascuna nazione sovrana alcune produzioni strategiche fondamentali (energia, difesa, alimentazione). Sul punto cfr. PARDO, *Tolto il velo dalle stupidità*, in *ItaliaOggi*, n. 151 del 29 giugno 2022, p. 8.

tutta l'EU), che a sua volta origina un altro percorso, rozzamente selettivo *in re*, quello della legittimazione obbligata *ex post*, attraverso le periodiche sanatorie per i già entrati irregolarmente, che vengono immeritatamente premiati rispetto a chi è rimasto rispettosamente oltre confine[24].

Simili procedimenti selettivi non sono applicabili ai "rifugiati" effettivi, per i quali il contenimento già deve essere perseguito, per Trattato, mediante un ricollocamento non discrezionale, bensì secondo una ripartizione rigida tra tutti i Paesi "accoglienti", con la previsione di un potenziale rientro successivo nei Paesi di origine. Fa eccezione il comportamento della Germania, la quale, dapprima una trentina di anni fa col milione abbondante di turchi, accolti ma ancora non integrati appieno e, appena tre anni fa, con un milione e trecentomila fuorusciti siriani ammessi tutti insieme, ha attinto volontariamente, adesso proprio dalla categoria dei profughi, forti masse di immigrati dalla rotta balcanica e ha poi fatto fermare detto flusso, scegliendosi a pagamento quantità e qualità degli immigrati[25] ed esponendo il cartello di *sold out*. In questo pieno di anime non si scorgono africani, cioè, brutalmente, non vi sono "negri" in questa folla di *hospites* "privilegiati" in Alemagna.

L'esempio non è condivisibile né iterabile. Di norma, processi di scelta dovranno invece essere la regola per l'ingresso non di profughi e rifugiati (accolti indiscriminatamente), ma degli altri tipi di migrante, mediante contingenti annui previi e permissibili ovvero in virtù di un automatico accreditamento agli aspiranti (specie a punteggio) di pregi via via acquisiti, quali le esperienze di lavoro temporaneo pregresse, la accettabile e certificabile conoscenza della lingua del Paese di arrivo e la presenza di congiunti inseriti. Nel caso dell'Italia, che ha per scelta obbligata l'obbiettivo della produzione e dell'*export* di tipo qualitativo, il migrante non specializzato è spesso di limitata e ben circoscritta convenienza per l'economia.

Da ultimo, è appena da menzionare che il principio di selezione è contestato

[24] Solo in Italia sono stati così legittimati 800 mila "clandestini" in 5 sanatorie consecutive.

[25] Turchi e siriani, insieme a iraniani, libanesi e palestinesi – non di Gaza – sono notoriamente tra i più scolarizzati del Medio Oriente.

sul piano umanitario perché è utilitaristico (è solo un male?) ed è di sicuro punitivo proprio dei diseredati, discriminati perché sprovvisti di abilità e di talenti e invece gravati dall'ignoranza, dalla famiglia o dall'età. Potrebbero essere proprio questi ad ingrossare il numero di chi busserà in ogni caso ai confini e forse intenderà di intrupparsi nelle ondate degli esodi corposi fuori controllo, contro i quali l'arma della scelta selettiva è spuntata. È da concludere che la selezione e la scelta non sono proprio, per loro natura, strumenti di straordinaria opposizione alle invasioni incontrollate.

Assumendo il rischio certo di essere tacciati scioccamente non tanto di razzismo davvero inattuale quanto di "cattivismo", è il momento di ribadire che il perseguimento della verità giuridica impone di convenire per buon senso che l'intrusione indistinta di torme di migranti puramente economici andrebbe allora dissuasa e contrastata già al presente con più efficaci strumenti – purchè istantanei – di respingimento assolutamente giustificato, quando la pretesa di asilo protetto è *ictu oculi* manifestamente insostenibile sul terreno del diritto (esempio attuale ne sono i tunisini). L'acclaramento immediato dell'inesistenza (il dubbio dovrebbe contare come ripulsa) della condizione di profugo o di rifugiato (con fortissima riduzione del periodo di attesa dei richiedenti asilo) e comunque di sfollato ammissibile, dovrebbe essere immediatamente seguito dall'esecuzione "fisica" del rimpatrio, da non subordinare all'attesa dei ricorsi, almeno non in permanenza sul suolo nazionale. D'altro canto, un certo effetto repulsivo lo darebbe anche il fermo immediato dei soccorritori "professionisti", da processare per direttissima per favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (visto che "trattano" soggetti che ben sanno non essere ammissibili), con il sequestro *sine die* dei natanti carichi all'atto dell'"ingresso" nelle acque territoriali (finalmente da estendere a 24 miglia solo a questo scopo). Non tutti sanno che i Trattati consentono sì, nel mare territoriale, il transito e la sosta delle navi allo scopo di effettuare materialmente le operazioni di soccorso marittimo necessarie, ma hanno omesso il caso di permettere automaticamente l'"entrata" del

naviglio che ha ormai eseguito il soccorso, nell'ipotesi che le operazioni siano di già avvenute in acque internazionali. A queste efficaci "barriere di fatto" (del tutto eccezionali, perché in verità noi tutti sappiamo che non servono blocchi, ma soldi, per la vera soluzione del problema) ostano procedure inefficaci, rifiuti al rientro dei propri cittadini e cortine di scorrette ragioni solo umanitarie (si parla di "compassione irresponsabile"). In questo senso anche l'approccio al contrasto da parte degli Stati africani (alcuni finanziati allo scopo) è del tutto velleitario e privo di effetti. Le iniziative WACAP, ECOWAS e "Corno d'Africa" promosse dall'ONU nel 2013-2014 non hanno trovato attuazione se non per qualche migrazione intra-africana, così come il *Plan of Action* (2018) dell'Unione Africana (MPFAPA), in cui l'opposizione al traffico ed alla tratta dei migranti è ostacolata dalla permeabilità delle frontiere, dalla disorganizzazione transnazionale e dall'altissima corruzione.

Eppure, questi espedienti di rimozione fisica forzata, quel *removal* frutto dell'*Hotspot Approach* adottato in tutta fretta dal Consiglio dell'UE nel 2015 (seguìto da due nostrane circolari ministeriali) sono imprescindibili per non attivare poi il troppo lungo procedimento di espulsione. Difatti il respingimento immediato – con previi accordi di riammissione con i singoli paesi – può fruire (a motivo dello stato di emergenza permanente) di procedure accelerate e semplificate per l'allontanamento coatto, ricorribili ma da privare della sospensiva *in loco*, alleviando tempi e spese per la denegata accoglienza, nella realtà non dovuta (sussistono dissensi giurisprudenziali di merito, specie sull'aggiramento del divieto della diversa espulsione collettiva – Convenzione ONU del 1990 – mediante molteplici provvedimenti individuali identici, con unico procedimento). Questo tipo di atti amministrativi sono sbrigativamente anomali ed hanno effetti deterrenti di dissuasione, ma inevitabilmente affievoliscono qualsiasi sistema di garanzie sia per chi si propone (anche a torto) per l'ingresso sia per l'azione dei veri operatori volontari, spesso in contesa, sul campo, con le richiamate organizzazioni criminali che lucrano sull'intera gestione dell'accoglienza, pretesa senza ragione. È questo un ineluttabile e inaggirabile scoglio critico di tale

"inutile dibattito spesso ideologico, incapace di proporre soluzioni percorribili" (per riluttanza ad ogni mediazione), usando di schermanti equivoci volutamente provocati, inservibili sul terreno giuridico da noi battuto[26].

In tal senso, non aiuta a fare chiarezza la perdurante diatriba sul "salvataggio" in mare dei migranti, che nasconde un primo falso problema. Per il diritto del mare, chiunque si ritrovi tra le onde in pericolo di annegamento non può che essere salvato, fosse anche un suicida. Ne consegue che, in punto di diritto, un'omissione di soccorso "in presenza" non è neanche profilabile. Perciò il salvataggio in mare di chi versa in situazione di pericolo immanente è sempre e comunque dovuto. Ma, diversamente, norme sovrapposte dispongono altrimenti sia per la "ricerca" del salvando sia per la sorte del salvato, per il quale sono configurabili, appunto da fonti normative diverse, molteplici soluzioni e non quell'unico "diritto di traversata", mediante "traghetto gratuito non a banchina" di "passeggeri senza titolo", che alcuni "giuristi" (?) etici[27] sostengono, esclusivamente con equilibrismi verbali improponibili e motivazioni malferme e unidirezionali[28].

Avvertendo che si tratta di constatazioni di pura equità ovviamente ritenute del tutto impercorribili per gli zelanti fautori dell'accoglienza incondizionata *tout court*, se davvero non sospettassi di essere dinanzi a dei colposi e mimetizzati mistificatori del diritto per ragioni unicamente ideologiche, spenderei del tempo ad aggiungere che – interpellati personalmente i migliori cultori e pure gli applicatori pratici del diritto della navigazione, che mi onoro di conoscere per i miei trascorsi[29] –

[26] ALLIEVI, LIVI BACCI, *Il dovere di governare l'immigrazione*, in *www.neodemos.info/2019/10/29*.
[27] PAPISCA, *Il diritto della Dignità Umana*, Venezia, 2011; ID., *Articolo 14. Chiedo asilo*, in *Unipd-centrodirittiumani.it/it/schede*, 2018.
[28] Tra i tanti *pamphlets*, ben scritto è VENTRONE, *Il Tribunale Permanente dei Popoli condanna l'Italia e l'UE per concorso in crimini contro l'umanità a causa delle politiche sull'immigrazione*, in *www.questionegiustizia.it/articolo/11-04-2018.php*. Quello che impensierisce è che il sito non è di politici, ma di giudici (Magistratura Democratica).
[29] Sono stato per molti anni redattore capo della rivista *Trasporti* ma soprattutto membro esperto del Consiglio Superiore del Ministero della Marina Mercantile per due legislature, con molte pubblicazioni in materia.

giuridicamente, non di "naufraghi" si tratta[30], essendo definibile il naufragio come un casuale evento avverso, del tutto accidentale e imprevedibile, con dei "sopravvissuti" da soccorrere. La definizione non si attaglia al caso della predisposizione del disastro, usando di imbarcazioni con tutta evidenza fatiscenti o inadatte all'alto mare (i gommoni sono ammessi solo fino a 30 miglia dalla costa) o con insufficiente autonomia di carburante o sovraccaricate consapevolmente oltre il consentito dalle norme sulla navigazione marittima, poste queste dagli scafisti su rotte precostituite, per far "raccattare i pericolanti", quasi una sorta di cinico "nave-*stop*" probabilistico, del tutto incurante dell'alto azzardo per la stessa vita umana. In questi casi, dolosamente od incautamente predisposti all'"incidente" (che diviene di per sé un reato: un naufragio doloso concretizza un procurato danneggiamento fraudolento), seguito dal "salvataggio" più o meno precognito (se non "prenotato", specie da parte di navi private a ciò dedicate), vacilla del tutto l'obbligo pubblico della ricerca nelle acque internazionali non presidiate e oscilla la possibile sorte del "salvato" (*rectius:* raccolto), per il quale si profilano sorti diverse. D'altronde, se fossero pseudo naufraghi, allora dovrebbero automaticamente essere legati alla nazionalità di "bandiera" del natante soccorritore[31], alla cui responsabilità è rimesso unicamente lo sbarco senza indugio o nel proprio Stato o nel *nearest or closest harbour*, che è quasi sempre la terraferma della Libia stessa, o magari la più calma Tunisia, o Malta o Creta.

Questo perché la dottrina speciale ci dice che non esiste affatto in diritto la sbandierata nozione di "porto sicuro" di sbarco (tra l'altro intendendo "sicuro" nel

[30] Ma lunghi "listoni" di firme da parte di internazionalisti estremi (brutta cosa il "collettivo scientifico", la verità non "si conta" mai) sottoscrivono che "tutti coloro che vengono soccorsi in mare vanno qualificati naufraghi", pur sapendo che ciò è falso, perché i "raccolti" talvolta non provengono affatto da alcun sinistro o incidente occorso o, ancor prima, da un evento di reale pericolo, ma semplicemente da una navigazione alquanto rischiosa, autoprocuratasi o acconsentita più o meno consapevolmente.

[31] In tal senso Trib. Roma (Collegio per i reati ministeriali, Dec. n. 6/2019 Trib. Ministri): "lo 'Stato di primo contatto non può che identificarsi in quello della nave che ha provveduto al salvataggio" pur se "attuato da navi di enti privati battenti bandiera di Stati assai distanti dai luoghi in cui si verificano i soccorsi".

significato distorto di "privo di qualsiasi pericolo") né questa valutazione discrezionale potrebbe mai essere rimessa all'arbitrio del comandante della nave. Tale situazione deve essere oggettivamente rilevabile per stato di guerra o guerriglia ovvero per diniego al riattracco o per pericoli immediatamente connessi ad esso, ed è comunque preceduta nel tempo da quella di porto vicino[32].

È assodato con certezza giuridica da tutti gli esperti consultati che impropriamente si richiama la Convenzione SAR (*Search And Rescue*) del 1979 (ancorché il testo di questa sia stato a bella posta e peraltro ambiguamente emendato, in senso estensivo, alla zitta, nel 2004: art.3.1.9), la quale genericamente si riferiva, all'epoca, al soccorso a "navi sinistrate" e ai "superstiti da detti *incidenti*", che vanno condotti in "luogo sicuro" (*place of safety*), inteso questo come un posto (si è visto, *retro*, che "*may not necessarily be on land*": magari su una nave militare: cfr. MSC 78/26/Add.2 *Annex* 34, *Appendix*, p. 10, § 3), al riparo dai pericoli del mare o da quelli conseguenti al naufragio avvenuto, non da quelli provenienti dall'uomo. Le Convenzioni SOLAS (*Safety Of Life At Sea*, 1974), SAR e UNCLOS (*on the Law Of the Sea*, 1982) non furono di certo scritte per i migranti e chiamano in causa la responsabilità di ogni Paese per il salvataggio (non per la ricerca) delle "persone in pericolo in mare (…) in *prossimità* delle *proprie* coste". Non manca chi frappone ostacoli, appunto pseudogiuridici, a questa verità, palesemente manipolando il diritto solo per ideologia preconcetta[33]. Ma tutti sanno che, nella fattispecie, ogni

[32] O di *minimum further deviation* della rotta per il "porto di destinazione" ufficiale, se la nave "salvatrice" è in rotta mercantile: ciò non vale per le navi delle ONG e per i pescherecci, che oggettivamente viaggiano senza rotta originaria prestabilita, quindi in percorso variabile.

[33] Doverosamente avvisando che questa chiosa, ineccepibilmente documentata, diverge *in toto* dalla prevalente dottrina moraleggiante, omologata e deridente, *audemus dicere* che questo è il caso eclatante del rimaneggiamento occulto appunto della nozione di *place of safety* (luogo, non porto: cfr. *retro*, nota 13), in origine intesa come sicurezza dal mare, dai pericoli fisici del mare. Dal 2004 le citatissime *"Linee Guida sul trattamento delle persone soccorse in mare"*, emanate dall'*International Maritime Organization* (*IMO*) ambiguamente lo ridefiniscono come "luogo dove il soccorso si conclude in sicurezza e la loro vita non è più minacciata", senza dire da parte di chi, se dal mare o da ostilità umane. Ancora di più, tale Risoluzione MSC 167-78 (in www.refworld.org/docid/432 acb464.html) ai § 6-12 ha, in modo improprio, reso polisemico il concetto di sicurezza del luogo, senza avere peraltro alcuna competenza esplicita per farlo. È assai difficile sostenere seriamente che il

configurazione di questa "raccolta" come risultato di un sinistro è ingannevole in quanto mendace, perché fa uso improprio del diritto del mare. Non di "salvataggio" dei superstiti di un accidente dunque si tratta, ma semplicemente di un mero trasbordo, rischiosissimo, di irregolari, da fronteggiare con tutte le cautele morali che comporta la incolpevole, durissima vicenda personale di questi uomini, spogliati di forti somme[34], vessati nel lungo itinerario, sottoposti a rischio altissimo nel falso (in quanto precostituito) abbandono alla deriva, sia per le condizioni del mare avverse sia perché stipati in numero soverchiante sui natanti inadatti, per la cupidigia dei criminali organizzatori del traffico umano e di coloro che a monte li supportano per altri fini non confessabili. Tuttavia, tali considerazioni etiche non devono consentire a

Maritime Security Committee (*MSC*), che è semplice organo dell'IMO stessa (che a sua volta è soltanto un'Agenzia dell'ONU), abbia un diretto potere normativo (e infatti per le *Linee* si parla di "*GUIDANCE to Governments*", che significa mere *instructions*, proprio al massimo "Direttive", non leggi) di modifica delle Convenzioni e non si limiti invece ad avere il mero compito tecnico – rigorosamente nel solo perimetro del soccorso dai pericoli DEL MARE – di redigere e proporre le modifiche, delle quali è tuttora indimostrata la vigenza interna, senza ratifiche parlamentari esplicite, come avvenne invece per le originarie Convenzioni menzionate (tra cui quella qui forzatamente emendata). Il testo della Risoluzione "invita i Governi ad adeguarsi al più presto", con ciò autoescludendo l'applicazione automatica. Lo stesso § 3 dell'Appendice a dette "Linee guida" dice di esporre *other relevant provisions, not all of which are under the competence of IMO* (però la diffusissima sentenza di Catania su Nave Gregoretti cita più volte dette *"Linee Guida"* come fonte del diritto, senza preoccuparsi di menzionare il loro ignoto recepimento: *usque tandem, judices* (...)). Risultano reperibili solo una Risoluzione approvata – tardivamente: 21 ottobre 2019 – dal Parlamento Europeo, che manifestamente non è strumento giuridico da costituire, comunque, una ratifica di questo tipo di norma pattizia, nonché delle brevi istruzioni amministrative della nostra Guardia Costiera (Direttiva SOP 009/2015, di fatto adottata "per mettere in pratica" con una circolare i dettati dell'IMO, ritenuti dai militari, del tutto a torto e al di fuori delle proprie prerogative e conoscenze, addirittura "fonti normative consuetudinarie o convenzionali di natura sovraordinata"). La paradossale certezza della mancata vigenza deriva piuttosto dall'esistenza di un DDL del PD (S. 1620 del 20 novembre 2019, pendente ma mai "assegnato"). Detto disegno – in via surrettizia, mediante l'abrogazione di norme contrastanti (L. n. 77/2019, art. 1, quello che istituisce la facoltà di diniego all'ingresso, transito e sosta nel mare territoriale per svariati motivi di sicurezza)) – nella Relazione si propone tra l'altro di recepire le citate Linee Guida. Del resto, la stessa letteratura *on-line* (CASU, TUMMINELLO, in *iusinitinere*) sostiene ripetutamente che tali Linee Guida sono esplicitate in "documenti di *soft law*, senza alcuna efficacia vincolante per gli Stati", osservando l'improprietà del richiamo alla ipotetica violazione dell'art. 117 Cost. ("Il rispetto degli obblighi (?) internazionali è assicurato dalla potestà *legislativa* dello Stato) e dell'art. 10 Cost. (che non dice in che modo – se non la legge – "l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle *norme* del Diritto internazionale generalmente riconosciute). Lo potrà mai fare con una Circolare? È successo.

[34] Ma dove trovano i soldi, col reddito medio di 3 $ al giorno, se non spremendoli ai familiari già emigrati? La verità è che migrazione genera altra migrazione, con la parentela quale vero "effetto magnete".

nessuno di ritenere ammissibile (per il fine "buono" del crimine) un simile abietto commercio, in luogo di partenze programmate col consenso del Paese di arrivo e magari a suo carico, limitatamente a contingentate quote di accoglimento precognite e rispettate. Perché questo è il dato di partenza, in punto di diritto: ad oggi è criminale far credere che si può decidere a piacere di cambiare Stato, per giunta scegliendoselo[35].

Il falso problema ormai sfuma, con la prevalenza di centinaia di imbarcazioni che raggiungono da sole ogni giorno le nostre coste anche peninsulari e seguono il normale *iter* di identificazione del loro carico umano o magari con gli approdi a nuoto di Ceuta. Del resto, non solo di sbarchi si deve parlare, ma di ingressi, perché ogni notte, sul labile confine non presidiato e non recintato delle forre del Carso, centinaia di migranti della rotta asiatica, da sempre[36], entrano impunemente in Italia a piedi dalla Slovenia (che ha addirittura appena dismesso la barriera con la Croazia), ultima tappa del percorso balcanico, sul quale la Turchia fa filtrare, a pagamento e per vie perigliose, qualcuno dei 3 milioni di fuorusciti siriani che ancora ospita – altri 2 milioni sono in Giordania, 1 in Libano, un numero imprecisato nelle isole greche – che sappiamo essere stati bloccati nell'Anatolia Orientale dietro lauto compenso, trattato dalla Germania ma pagato dall'UE[37].

[35] Però: ONU, Ass. Gen. 2010: *Migration should be a choice, not a necessity*. L'asserzione è come sempre indimostrata.

[36] La mia personale testimonianza diretta è visiva e coinvolta, all'epoca di quando insegnavo a Trieste.

[37] Al rinnovo dell'odioso "pedaggio" pensa la Turchia, che ogni tanto fa trovare qualche altro bambino annegato (dopo Aylan Kurdi) sulla spiaggia di Budrum, in vista delle vicinissime isole greche di Kos e di Leros, che però distano poi ore e ore di navigazione da Atene. Nessun giornalista si è degnato di spiegare a chi ignora la geografia, che questi minori avrebbero potuto raggiungere la terra ellenica senza bagnarsi i piedini, se – invece che verso la costa occidentale che guarda al Dodecanneso – i profughi fossero stati correttamente stradati verso nord, verso la Turchia europea, divisa dall'Asia da una serie di stretti di facilissimo attraversamento. Nell'ordine: i Dardanelli – l'Ellesponto traversato a nuoto da Lord Byron – larghi solo 1 km e 200 metri, con traghetti da 10 minuti di traversata a prezzo modico; il Mar di Marmara, anch'esso ben collegato; il Bosforo, unito addirittura da tre ponti. Giunti dall'altra parte, anche se la Bulgaria ha eretto muri e la Grecia ci prova a farlo (ma solo per un breve tratto), a soli 300 km è raggiungibile il confine (200 km di lunghezza) con la regione greca della Tracia, dalla quale passare – sempre su terraferma – in Nord-Macedonia, Kosovo e Bosnia (tra l'altro tutti Paesi musulmani) verso la confinante UE. Viene allora da domandarsi chi sia il vero responsabile di quelli annegamenti evitabili (e degli orrendi campi profughi nelle isolette greche), quando il

Rammentiamoci che i grandi movimenti di persone generano da sempre lucrosi affari. Chi lo nega e approccia il complesso tema dei migranti, seguendo soltanto i propri, individuali "moti del cuore", non aiuta a risolvere il problema e dimentica che la *caritas* stabilisce un rapporto tra persone singole, non tra uno e tutti, e men che meno tra Paese e Paese.

4. A monte delle possibili soluzioni, si è costretti a fare una premessa insolita e per certi versi a giustificarla. Per cercare modi di contrasto ad un fenomeno, bisogna volerlo oppugnare. Invece molti "documenti", specie ufficiali, che trattano dell'aumento di volume delle migrazioni, sembrano – al contrario – accettarlo, approvarlo e perfino promuoverlo. Alludo alle decine di "dichiarazioni", *compacts*, pseudo relazioni autoprodotte, *reports* previsionali, redatti non da accademici ma da funzionari sia dell'ONU sia di uno degli organismi della costellazione che su quella organizzazione gravita, i quali parteggiano sfacciatamente per ogni genere di migrazione (dal 2016 anche l'OIM è stata attratta da tale sistema mondiale). Accanto ad arbitrari *diktat* del Segretario Generale nelle sue usurpate vesti di papa laico, su tutti questi canali generativi di informazione campeggiano gli pseudo proclami dell'*United Nations High Commissioner for Refugees* – UNHCR, istituzione meritoria per il numero di situazioni di crisi che – sia pur indirettamente – gestisce (ha nell'*hub* di Brindisi uno dei 6 *Global Service Center*), ma altrettanto nota per l'inefficienza del suo esoso apparato e per i gravi sospetti corruttivi che coinvolgono alcuni suoi funzionari[38]. Ultimamente l'istituzione, tra l'altro finanziata all'86% da USA e UE (il resto del mondo si chiama fuori), si è allargata molto dal recinto specifico dei "rifugiati", che le compete *ab origine*, e tende *sua sponte* ad occuparsi di ogni tipo di

governo a Istanbul ha vietato a qualsiasi migrante l'uso del ponte di Gàlata (per la "fragilità" di quel percorso pedonale, affiancato da negozi), omettendo di dire che ci sono altri due ponti nuovissimi (magari ferroviari) e il tunnel sottomarino Marmaray, oltre a brevissimi e frequenti trasbordi di linea.

[38] Non si dà spazio alla critica perché svolta a livello di inchieste giornalistiche (sia pure affidabili) e perché sembra arduo radicare in un qualche luogo la giustiziabilità delle gravissime violazioni legali ed umanitarie.

migranti (asserendo che siano "da riunire", appunto perché i flussi sono ovviamente "misti"), con un evidente, inconfutabile caso della c.d. "sindrome del gommista" (quello che sparge chiodi nelle adiacenze del suo negozio di pneumatici).

La semplicistica soluzione astratta propugnata dall'Alto Commissariato (che guarda caso è in perfetta sintonia con i propositi reali e perversi, resi manifesti da ognuna delle *èlites* finanziarie e tecnocratiche che si sono pronunciate sul tema) è sempre quella della irreale migrazione aperta, asserita – senza prova alcuna e contro ogni evidenza – come "autoregolantesi nel tempo" (cosa storicamente mai accaduta e comunque a quale costo, in quanto tempo e con quali effetti economici istantanei?), facendo finta inoltre che sia assecondata da una ripartizione degli accolti tra i 26 Paesi dell'UE (tesi talvolta apparentemente validata a parole e con scritti, ma mai, dico mai, davvero eseguita e realizzata, se non per qualche decina di persone, sulle decine di migliaia susseguitesi nel tempo). Il dibattito sulla revisione del Protocollo di Dublino (*Dublin Four*: il Dublino 2 è già il Reg. 343/2003, il Dublino 3 è il 604/2013) ristagna tra reticenze e resistenze e in nessun caso riuscirà ad imporre quote di accoglienza a tutti i 26 Paesi dell'UE. Ma questo costante martellamento di discutibili e indimostrate tesi di genere propagandistico[39], sovente insostenibili, è come al solito frutto e pretesa degli epigoni della "grande cupola" dei potentati transnazionali espressa dal capitalismo avanzato, sempre alla ricerca *at home* di procurarsi campo libero da vincoli e di sopportare minor costi (i salari medi degli

[39] Non è possibile esporre qui le decine di affermazioni indimostrate da parte degli organi dell'ONU, che non hanno né contenuto precettivo né legittimazione giuridica. Fermandosi al *Making Migration on work for all* (2018) e partendo dall'ineffabile "gli Stati Nazione devono cessare di esistere", citiamo a caso un florilegio: "Le migrazioni sono inevitabili, necessarie e desiderabili"; "Severe restrizioni agli immigrati compiono un inutile atto di autolesionismo perché impongono limiti al loro bisogno (?) di manodopera"; "Gli Stati incoraggiano l'immigrazione illegale, se pongono ostacoli agli aspiranti"; "Dobbiamo convincere gli europei che la migrazione è inevitabile e che le società multietniche e multireligiose creano ricchezza"; "Senza immigrazione le economie stagneranno"; "Un'Europa chiusa sarebbe più meschina, più povera, più debole e più vecchia"; "L'Europa deve rassegnarsi ad accogliere i migranti di cui ha bisogno (?)"; "gli Stati nazionali devono adattarsi all'ammissione dei migranti"; "gli Stati sviluppati devono abituarsi ad avere i loro paesi inondati da masse di migranti". A nulla vale sollevare dubbi sulla validità del Verbo, che non ammette affermazioni contrarie. Eppure, sono tutte conclamate menzogne, efficacemente pubblicizzate, *not in my name.*

immigrati già comprimono il prezzo del lavoro, mediante un impunito sistema di subappalti a *matrioska*), il quale le fa avallare dall'istituzione insospettabile, cosicché non ci si accorga che si tratta di falsi assiomi non provati, e non di verità dimostrate, sfornati da un ente (il Commissariato) che di migranti ha bisogno per sopravvivere (i 4/5 del suo *budget* vanno inspiegabilmente in stipendi diretti, ad onta che poi tutte le gestioni effettive delle emergenze siano subappaltate e pagate direttamente a ONG locali o a specialisti privati, con ricorrenti, pesanti sospetti corruttivi, talora emersi)[40].

È la c.d. tempesta perfetta, data dalla convergenza degli intrecci di interessi e dalla veicolazione autorevole e manipolatoria di una mera opinione verso il radicamento tentato di un "pensiero unico" di tipo orwelliano, indiscutibile e diffuso "in maniera assiomatica, come accadeva un tempo coi precetti religiosi"[41].

L'operazione è costantemente e largamente sorretta con accanimento da una parte dell'accademia, illogicamente astratta e partigiana; ma anche da oscene semplificazioni dei partiti e dal prestigio di istituzioni religiose universali e non è

[40] Il vertice (lautamente remunerato) dell'istituzione della stessa ONU (la quale peraltro annovera, tra i suoi aderenti – per almeno un terzo – Stati irrispettosi e violatori dei principi del suo stesso Statuto, e perciò da espungere), dal canto suo, ci guadagna in consenso (e in voti assembleari) da parte dei numerosi Stati africani (54, un terzo del mondo: il Nord America ne conta 3), i quali vedono di buon occhio le loro emigrazioni (non meravigliamoci, questa condiscendenza era espressa pubblicamente anche dall'Italia fino al 1960).

[41] Così, sulla genesi dell'*opinio* "corretta" furbescamente diffusa, mirabile è MERUSI, *Sulla "struttura" della rivoluzione economica comunicativa*, in PASSALACQUA (a cura di), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, cit., p. 34. Al proposito, purtroppo nessuno ancora ritiene di dare adeguato rilievo al fatto che anche la c.d. "sinistra di governo" ha da tempo fatto proprie, inopinatamente anche su questo delicato tema, parecchie delle ricette neoliberali (il confuso liberalsocialismo), abdicando di fronte alla incontenibile egemonia di questo mantra conservatore e delle sue prescrizioni palesemente sbagliate, in tal modo compromettendosi nel convincere i cittadini (di meno gli elettori, che infatti si astengono) ad assorbire le fandonie del opinione dominante. Questo tragico assecondamento, per i politologi più avveduti, pare dipenda da una preoccupante incapacità di elaborazione – nell'ultimo trentennio, *post* PCI – di postulati economici davvero alternativi a quelli liberisti, questi, del resto e da lungo tempo, piuttosto estranei al pensiero progressista. Sul punto, correttamente muovendo dall'assunto inconfutabile che il consenso numerico viene sistematicamente falsato dall'influsso della ricchezza, si veda di recente CANFORA, *La democrazia dei signori*, Bari, 2022, p. 60, il quale argomenta che la "ex sinistra si condanna all'irrilevanza se continua a fiancheggiare quella parte della società che se la passa bene".

adeguatamente oppugnata da opposti pareri di rilievo, poiché la dottrina "mite"[42] presceglie di defilarsi ("parleranno le pietre", Luca, 19, 40; ma anche chi scrive ricusa di manifestare il proprio dissenso sui "selvaggi" *social media*, che fomentano superficialità e disinformazione) dinanzi all'intollerante *Mainstream* imperante e ciò fa per quieto vivere e per non essere tacciata sbrigativamente di xenofobia, razzismo o al minimo di sovranismo, come se la metà del mondo (Cina, Russia, India, Israele, le due Coree, Giappone, Iran, i reami arabi, mezza America Latina, ecc.) non fosse retta da governi nazionalisti o autarchici o patriottici, cioè nella sostanza sovranisti[43].

[42] Non intendo annoverare in questa genìa agnostica solo i rari studiosi "conservatori" e non ho certezze per consentire – tra questi – alla tesi più volte espresse sulla stampa (dal 2019) da Marcello Veneziani, il quale, in polemica con Agier ("L'unica speranza è liberare il mondo dai confini") ma in solido con Debray, Rey ed Harouel, afferma ripetutamente che nell'ideologia *no border* confluiscono più eredità: l'Internazionale Socialista e quella Comunista, il cosmopolitismo di matrice illuminista e massonica; il filone catto-umanitario; la filantropia e il capital-liberismo del Mercato Globale. Mi pare che l'accolita citata, pur vastissima, consti anche di drappelli sdruciti di antiche glorie, "forze" solo di nome ed *èlites* plutocratiche ed antipopolari, tutti non sempre e non ovunque portatori di poteri stabilmente effettivi. Tali componenti sono in parte repulsive tra di loro e per di più l'assunto pare allargarsi agli eco-pacifisti, agli anarco-permissivisti e, nell'anello più largo, ai tifosi del dominio assoluto del Presente, con ciò abbracciando tutta la immensa "società liquida" (concetto ostico e mi pare schivato dai giuristi dell'economia, per i quali BAUMAN, *Modernità liquida*, Bari, 1999 – sembra avere invano dubitato della solidità della storia ma pure della stabilità del progresso, ormai mutevole, fluido, evanescente). Occorre invece evidenziare l'enorme impatto economico di questa pseudosocietà inafferrabile in quanto effimera, che non sopporta barriere e limiti (come conferma in sede politica CALENDA, *La libertà che non libera. Riscoprire il valore del limite*, Milano, 2022). Sulla fine anche dello Stato metafisico vedasi, in via divulgativa, FOSCHI, *Lo Stato liquido*, Milano, 2019. Quello che veramente inquieta in questo disegno è il consolidarsi del "diritto ad avere diritti speciali", perché se ogni e qualsiasi pretesa di una minoranza protetta intende trasformarsi in norma di privilegio, allora va in crisi la democrazia (che si basa sul numero prevalente) e si accetta il subentrante controllo "sociale" e dispotico dell'apparato neoliberista (lontano da quello platonico), emarginatore e intollerante del dissenso e della divergenza, queste sempre da reprimere e da nascondere (per la prima volta con la inspiegabile acquiescenza di alcuni totalitari progressisti di regime), mortificando od occultando il diritto, cioè la storia.

[43] L'ormai automatico e quasi rituale epiteto di fascista (che pare trasformarsi inconsciamente in sinonimo di dissenziente all'oligopolio globale indiscutibile), invece, io (staffetta partigiana a meno di 8 anni su La Verruca, nei Monti Pisani, 1000 metri di dislivello di corsa per un'ora, con finto cestino da funghi, per riferire "pizzini" orali) lo rivògo al mittente, con gusto e con energia, all'indirizzo dei tanti progressivi-bene, che tacciono di avere avuto, alcuni più vecchi, dei padri balilla e tutti sicuramente dei nonni in orbace, questi magari "rispulizziti", al prezzo di passare indenni dalla tessera del PNF a quella del PCI (per i nomi, incredibili – da Bobbio a Scalfari, da Sciascia a Vittorini e Spadolini, giù giù fino al Nobel, adolescente repubblichino, Dario Fo – cfr.: SERRI, *I redenti. Gli intellettuali che vissero due volte [1938-1948]*, Milano, 2005). Alla base del vezzo di non fare i conti con la propria stirpe reazionaria c'è il (solo per me) inquietante fatto che il 99 per cento dei colleghi è di estrazione e di educazione borghese e di comportamento quotidiano più che benpensante, ammantato di parole belle e progressive. Il fenomeno è contagioso e in più la monotonia è garantita.

Per il suddetto bisogno di ragionato disfavore, dovrebbe momentaneamente essere accantonata anche ogni ipotesi di introduzione dello *jus soli* (di per sé istituto lodevole), fin quando cessi di essere interpretato da ogni coppia non solo africana come incentivo a ingravidare, partire e chiedere poi il ricongiungimento alla propria pregiata "prole con cittadinanza". Ma – oltre che ad una intensa *moral suasion* anche per una procreazione responsabile e fattivamente sostenuta e controllata (il Bangla Desh, dopo la divisione dal Pakistan, ha attuato un controllo delle nascite così efficace, che il tasso di riproduzione del primo è oggi la metà del secondo) e ad una ardua campagna di culturizzazione femminile che vinca il *gender pay gap* – occorre ben altro: non certo la forza[44], perché di sterminio si andrebbe a trattare, e, per fortuna, di genocidi – ma solo dalle parti delle nostre longitudini – non è più il caso di parlare. Se così è, è ancor di più imperativo studiare ulteriori misure giuridiche per fronteggiare esodi paventabili.

Premesso che tutte le iniziative private caritative e volontarie vanno mantenute e rafforzate a supporto dell'azione degli Stati, bisogna anche iniziare da una propaganda intelligibile e capillare mai svolta finora in Africa, per rendere edotti i candidati che, almeno in Europa, non ci sono più occasioni di lavoro generico, magari adesso rinvenibili negli Stati del Golfo, in Israele, a Singapore, in Saudi Arabia, in Sud Corea, in Nuova Zelanda. Questa opera di informazione non è stata finora nemmeno tentata seriamente, magari per controbilanciare le notizie mendaci sparse da istituzioni private interessate all'*affaire* e quelle falsamente entusiastiche dei già afro-europei, che non gradiscono di far sapere in patria che in realtà sono per lo più mal inseriti.

Per i *millions still to come*, taluno è giunto a immaginare una sorta di "reddito di permanenza", da elargire a chi rimane *in situ.* Questo smisurato sistema di ristoro sarebbe però impossibile da gestire legittimamente e, pur costando capitariamente

Perché non basta indossare la *kefiah* per diventare un rivoluzionario.

[44] Condivisibile il pur cauto pensiero di MINNITI, *Sicurezza e libertà*, Milano, 2018.

un decimo dei vari redditi di emergenza e di cittadinanza nostrani, avrebbe un costo totale incommensurabile (per raggiungere centinaia di milioni di capofamiglia occorrerebbero al minimo 700 mld annui!) e soprattutto un effetto ricattatorio inqualificabile sul latente proposito di emigrare. È vero che l'emergenza delle troppe partenze va affrontata dapprima a livello eccezionale, oppugnandola con strumenti inconsueti e temporanei di breve e medio periodo. Ma non convince l'intento di non far partire, profilando una convenienza a restare, "assistita" appunto mediante erogazione periodica di sussidi europei di permanenza ai giovani africani che accettassero di rimanere (considerando che, valutariamente, il sussidio sul posto può essere 1/10 del costo totale in Europa di ciascun immigrato a carico degli Stati, oggi di circa 18.000 euro annui *pro capite*). Inoltre, il meccanismo di attribuzione di ausili da riscuotere periodicamente *in loco* mediante impronta digitale è inattuabile dall'apparato consolare, né la riscossione può passare dalla sicura corruzione dello Stato di origine, men che meno dalla citata UNHCR (e del suo braccio logistico UNHRD – *Humanitarian Response Depot*), che da tempo risulta incoraggiare apertamente tutti questi spostamenti biblici, la gestione dei quali le permette di sopravvivere lautamente, documentatamente spendendo quasi l'80 per cento dei fondi assegnatile per stipendi e rimborsi del proprio personale qualificato, che magari sta in poltrona in uno dei Paesi avanzati[45].

Per avere un primissimo risultato conteggiabile, la spesa dell'Europa dovrebbe – da subito – superare di molto i 100 miliardi di euro annui (di cui più di un decimo per l'Italia, il doppio dell'impegno attuale), a salire per almeno un decennio, forse due. Uno sforzo finanziario di tale portata non è rinvenibile nel passato dell'Europa, se si eccettuano i riarmi bellici per le due guerre mondiali. Ci si domanda: quale tipo

[45] Magari assunto senza concorso (i quadri centrali a 144.000 dollari netti annui, in franchigia fiscale e non comprensivi delle spese di missione). Sfugge ai più che su di un bilancio dell'ONU & Co. superiore a 3.000 miliardi di USD annui, quasi 1.500 siano assorbiti dagli stipendi dei 37.000 dipendenti, di ammontare medio – per le posizioni direttive – oscillante tra gli 8.000 ed i 12.000 $ netti mensili. Non si può più tacere che questa è la burocrazia più costosa e privilegiata al mondo.

di governo potrebbe pretendere dai cittadini un tale impegno prolungato, oltretutto inverosimilmente simultaneo in tutti gli Stati di destinazione, se il pericolo non è ancora percepito nella dimensione, pur minimale, che abbiamo descritto? Di più: l'Europa dell'Est si affida alle blindature e alla scarsa appetibilità; il Benelux, la Gran Bretagna e la Svezia hanno già superato di molto la media europea di immigrazione reale, rassegnandosi alla marea di stranieri senza tutela alcuna dei locali; anche la Spagna (ove il PSOE, favorevole, è pur minoritario) di fatto sta richiudendo fisicamente le frontiere; la Grecia e i Balcani non hanno i mezzi economici per opporsi. I restanti (pochi) Paesi dovrebbero affidarsi a trattati bilaterali insicuri (l'UE non troverebbe mai l'unanimità) con i Paesi di provenienza, con risultati molto parziali, numericamente sproporzionati rispetto all'enorme impegno finanziario richiesto, anche ripartendosi tra di loro le zone di "assistenza"[46]. Qualche flusso ne risulterebbe così appena affievolito, ma agendo da soli sarebbe rimpiazzato da altre provenienze specie della costa atlantica, le più propense a spostarsi primariamente al Nord e non altrove. Il rimedio dell'elargizione di un reddito premiale per la rinuncia a partire sembra impercorribile per costo (al minimo decuplicato rispetto all'impegno attuale) e risulta del tutto insensato nell'ideazione.

Il quadro mondiale è anche peggiore. Il problema africano oggi interessa pochissimo gli USA (dove gli afroamericani del XIX secolo, ancora a mala pena integrati, sono meno del 13%) e il Canada, impegnati a provare a contenere, rudimentalmente, la loro ispanizzazione (già al 20%). Degli altri Paesi del BRIC, il Brasile è adesso poco appetibile; la Federazione Russa contiene a mala pena lo stillicidio dell'afflusso costante dalle ex repubbliche sovietiche ai confini meridionali in Asia; l'India non è quasi permeabile per sovrappopolazione; la Cina ha la forza di neutralizzare ogni tipo di arrivo indesiderato. Di più, il Giappone non ha e non vuole

[46] Ad esempio, dedicandosi per ragioni storiche e coloniali a sovvenire la straripante Etiopia e marginalmente l'Eritrea (la Somalia è ormai perduta), l'Italia presterebbe il fianco scoperto all'immigrazione nigeriana, la più vasta ed aggressiva, visto che quel paese passerà da 180 a 400 milioni di abitanti in 30 anni e a 800 mln in 80 anni.

estranei e infine l'Australia si difende con le armi dall'immigrazione non programmata. In sostanza, sul fronte dello "stop all'Africa" resta l'Europa Occidentale da sola, divisa, sguarnita, imbelle e comunque impreparata ad affrontare un futuribile evento (unico, molto più che epocale) mai visto in quelle proporzioni nella storia dell'umanità.

Perché, sia chiaro: senza approntare misure legali di tamponamento, ogni soluzione strutturale si rivelerà tardiva. Il risultato di creare, in modo tradizionale, occupazione permanente nei PVS richiede – si è detto – anni ed anni di sperimentazione e non serve allo scopo immediato. Non conforta in tale direzione neppure il diffuso convincimento, talvolta erroneamente indotto, sull'assenza al presente di un significativo interessamento da parte dell'imprenditoria privata mondiale ad insediarsi in Africa: eppure i salari sono bassi, non vi è costo di *welfare*, molti governi (autoritari) sono ragionevolmente stabili (anche se 21 Stati sono belligeranti in una dozzina di conflitti).

5. In realtà la situazione sottaciuta ad arte è profondamente diversa. Un considerevole numero di Stati subsahariani mostra segni di crescita economica superiore al 3% annuo (così ci informa ripetutamente la autorevole Fondazione *Nigrizia* dal 2019) e un pari miglioramento in termini di consumi reali, quali risultati dell'accrescimento proprio degli investimenti[47], favoriti dai bassi tassi di interesse e che hanno sospinto settori atavicamente arretrati del terziario, specie con la domanda interna di servizi (scambi, trasporti, comunicazioni), conseguente alla rapida urbanizzazione e alla comparsa di una consistente classe media. Ciò ha già attirato un rilevante spostamento umano *South to South*, che però ha visto saturata rapidamente la richiesta di forza lavoro di quelle medie imprese a dimensione locale.

[47] Cfr. *Doing Business 2020*, World Bank Group, New York, 2019, che è l'ultimo rapporto edito, perché la pubblicazione è stata sospesa da Banca Mondiale per supposte "alterazioni" dei dati ad opera di funzionari dello *staff*.

Questa attrazione magnetica delle "piccole" imprese produttive dei c.d. paesi-guida si è già attutita e le aspirazioni convinte degli espatriati hanno iniziato a mutare punti cardinali, guardando al nord, oltre confine e oltre mare.

Il paradosso è che l'ONU ha scientemente oscurato che i flussi migratori in crescendo non provengono dai Paesi più poveri del continente (Burundi, Chad, Guinea, Liberia, Malawi, Sud Sudan, ecc.), bensì da quelli più "avanzati" a basso debito pubblico (pure nei quali però il successo non è per tutti), perché il lento ritmo dell'industrializzazione in quell'area non è stato in grado di collocare gli afflussi eccessivi di meri sfollati in spostamento proprio dalle aree rurali anche dei Paesi confinanti[48], individui i quali allora si risolvono – come si è appena descritto – a deviare inesorabilmente verso il *Far North*, con una sostituzione avventata di mèta, le cui conseguenze estreme paventiamo. A parte le avverse multinazionali (che privilegiano da sempre l'opposta scelta di invogliare a venire da fuori i lavoratori sottocosto), appare chiaro che bisognerebbe indurre grandi e medie imprese delle nazioni occidentali avanzate, con i loro capitali più facilmente disponibili, ad insediarsi anche in Africa, accanto e a supporto dell'imprenditoria locale, smentendo timori, quasi mai giustificati quanto alla generalizzazione, quali quello che le infrastrutture pubbliche e la logistica sono del tutto insufficienti e quello che non attribuisce a quelle popolazioni particolari talenti lavorativi sotto ogni rispetto. Se il grande capitale non è ancora sufficientemente attirato dall'Africa, che non sa – forse anche per la sua atavica frammentazione tribale e la troppa rissosità tra etnie (sono in corso appunto 12 eventi di conflitto armato coinvolgenti 21 Paesi su 54) – rendersi appetibile agli investimenti massicci[49], la *road map* è quella di stimolare questa scelta con opportune ed adeguate garanzie – di specie pubblica – al credito necessario *in loco* per incrementare lo sviluppo a breve termine (decennale?) della produzione, ma

[48] Sul tema, originale è l'approccio di BIFARINI, *I coloni dell'*austerity. *Africa*, *neoliberismo e migrazioni di massa*, Milano, 2019.

[49] Nemmeno dei finanziamenti pubblici del neocolonialismo cinese, infatti interessato più che altro ad accaparrarsi il prelievo di materie prime, come ennesima forma – privatistica – di spoliazione di quei popoli.

soprattutto dell'occupazione, allettando così l'allocazione sul loro territorio di prestiti stranieri avallati.

L'itinerario merita approfondimento, applicandosi non solo all'occupazione industriale, ma ancor prima a quella nei servizi a domanda crescente e, in modo nient'affatto scontato, a quella nell'agricoltura africana, la quale molti ignorano essere atavicamente sottodimensionata perfino rispetto ai consumi alimentari domestici di ciascun Stato e sicuramente di quelli dell'intero continente e quindi con potenzialità di impiego produttivo impensabili sia nella coltivazione "diretta" tradizionale sia nelle colture avanzate guidate. Tali certe *chances* sono volutamente sottaciute dalle imprese *leader* nel mondo del consumismo agroalimentare e in pratica non sembrano sorrette finora da alcun significativo sostegno internazionale che sia stato sufficientemente esteso, a non dire che – all'evoluzione rituale dell'occupazione – solo in quel continente sembra vistosamente mancato proprio lo *step* della diffusa coltura stanziale autonoma per l'autoconsumo, quasi che dalla pastorizia magari nomade si fosse saltati direttamente alla subordinazione lavorativa precaria[50]. La prospettiva è affascinante (lavoro "per" il cibo), ma cozza – al solito per devastante e perfida cecità – col mantenimento dei "tranquilli" sovraprofitti delle multinazionali alimentari, per le quali i miliardi di Africani debbono assolutamente restare solo dei clienti.

Tuttavia, ai fini di fronteggiare l'eventuale evento invasivo, il miglioramento economico strutturale e spontaneamente autarchico del continente nero, pur da non trascurare, riveste invece (lo si ripete) minore importanza, essendo inadatto all'evento congiunturale ostativo, per i tempi lunghi che richiede e per il lento "ritorno" degli investimenti.

[50] Nei Paesi *non* desertificati, più della metà dei terreni seminabili è incolta (con punte del 90% in Angola), perché le loro colture sono del tutto trascurate dal *trust* dei cereali (Adm-Archer, Bunge Ltd, Cargill, L. Dreyfus Group, che fatturano in oligopolio quasi 500 miliardi di dollari all'anno) e sono scientemente *non* rifornite dal cartello delle sementi (Bayer, ChemCina e Dow Chemical), per evitare di alterare i relativi prezzi sulle borse merci occidentali.

Individuato il primo percorso da seguire in via preventiva rispetto all'emergenza, della quale già si intravedono le avvisaglie, bisogna allora giustificare lo scostamento dalle formule ausiliative tradizionali, tutte insufficienti ed inefficaci, quali i condizionanti prestiti sovrani o sovranazionali (inevitabilmente destinati ad essere ridotti o cancellati); le donazioni di manufatti obsoleti (es.: il naviglio, i veicoli, l'*hardware*); l'approntamento gratuito di molte ma troppo piccole opere pubbliche e gli sperperati ausili da Stato a Stato.

Del resto, l'aspetto internazionale dell'ausilio diretto alle imprese locali limita alquanto la tipologia di "aiuti di Stato" adoperabili. Preclusi gli sgravi fiscali e parafiscali; sconsigliate per totale inefficacia le sovvenzioni a fondo perduto; poco praticabile il sovvenzionamento premiale, anche l'accollo esterno di parte degli interessi sui prestiti si rivela impossibile da pilotare, proprio quanto al perseguimento del risultato espansivo perseguito. Delle numerose esperienze ausiliative nostrane, l'unica percorribile resta quella della garanzia pubblica all'indebitamento dell'imprenditoria privata, tuttavia con i nuovi accorgimenti e le nuove forme da adottare nel caso, sia quanto ai soggetti destinatari della malleveria (imprese locali o imprese miste o imprese europee?) sia in ordine alle scelte, alle modalità e alle quantità dell'intervento, anche con riferimento ai soggetti finanziatori ammissibili.

Quanto al pregresso, della maldestra ed inefficiente "cooperazione per lo sviluppo" non è dato in questa sede di ricostruire la storia *ab imis.* Limitandoci al quadro strutturale e funzionale introdotto dalla legge n. 215/2014, si può osservare che l'impianto organizzatorio è stato reso straordinariamente complesso e articolato. Della "cooperazione allo sviluppo" si occupa ora, infatti, un incredibile sistema di *governance* composto da: a) un ridenominato Ministero degli Esteri, con un Vice-Ministro con delega a ciò preposto; b) un nuovo, affollatissimo Comitato Interministeriale per la Cooperazione allo Sviluppo (CICS); c) un Consiglio Nazionale per la Cooperazione allo Sviluppo (CNCS), organo consultivo-propositivo; d) una Conferenza Nazionale Triennale; e) una nuova Agenzia Italiana per la Cooperazione

allo Sviluppo (AICS); f) un "Comitato Congiunto" (che sembra piuttosto un direttorio a tre tra Vice Ministro, Direttore Generale della Cooperazione e Direttore dell'AICS per gli impieghi più elevati); g) la CDP, ma nella nuova veste di "istituzione finanziaria per la Cooperazione allo Sviluppo": *quid pluris* per garantire l'inefficienza del percorso decisionale, affidato ad una tale congerie di soggetti confliggenti, per un compito tutto sommato circoscritto?

È vero che la nozione di "cooperazione allo sviluppo", anche in generale, è definibile, ma risulta approssimativa e polisensa. Qui ci riferiamo solo l'applicazione italiana, che ha già affastellato una varia casistica di aiuti umanitari ai PVS, nessuno dei quali si è mai rivelato decisivo o incisivo nei confronti del sottosviluppo del Terzo Mondo. Conformandosi agli *8 Millennium* (!) *Development Goals* dell'ONU e all'Agenda 2030 dettata dal *Summit* Umanitario Mondiale del 2016, che coinvolge soprattutto i "Paesi Donatori" (anche qui i soli USA e UE all'80,4%: gli altri ricchi e ricconi "non si frugano"), pomposamente "per porre termine alla povertà e alla fame, costruire società eque ed inclusive, garantire benessere e prosperità per tutti", l'Italia dovrebbe oggi contribuire con lo 0,3 del PIL (*target*: 0,7), cioè adesso con quasi 5 miliardi annui (poi – forse – con 12), distribuiti nei mille rivoli di forme puntuali di assistenza, che non è utile elencare minutamente. Impegnando importi di così esigua portata unitaria, è evidente che simili azioni ausiliative non possono raggiungere alcun risultato dissuasivo dalla partenza dal territorio di origine, poiché non costituiscono alcuna alternativa certa ma soprattutto continuativa alla mancanza o all'insufficienza del reddito individuale. Di per sé, lo strumento è del tutto inutile ai fini che stiamo illustrando, anzi si è risolto in uno sperpero "a pioggia", che andrebbe drasticamente ridimensionato per il bene delle casse pubbliche, di converso stimolando l'esecuzione di tali azioni circoscritte da parte di privati sovventori mediante totali detraibilità fiscali delle somme a ciò indirizzate. Di più: nella realtà, i nostri modesti stanziamenti bilaterali ("da governo a governo"), addirittura – per

almeno tre quarti – non sono mai arrivati nei Paesi in via di sviluppo[51], ma sono stati deviati dallo scopo per destinarli a finalità pur estere ma diverse dallo sviluppo, in specie alle spese per l'accoglienza dei richiedenti asilo ovvero alla riduzione o cancellazione del debito dei paesi più poveri (dai quali si è detto che il flusso è minimo), con evidente distrazione dal fine genuino, la qual cosa testimonia la grande confusione che regna sull'atteggiamento effettivo da tenere nei confronti delle cause dell'afflusso medesimo. Eppure, recenti studi europei[52] del *Migration Policy Center* in area EUI su dati OCSE hanno dimostrato che un aumento dell'aiuto allo sviluppo dei paesi di origine corrisponde – sia pure nel medio periodo e piccola in valori assoluti – una rilevabile riduzione percentuale del flusso delle migrazioni regolari per motivazioni economiche[53]. È da presumere, ma non è dimostrabile, che la considerazione tendenziale valga anche per i numerosi irregolari, non tracciabili.

Ne consegue che – ai nostri soli scopi – si potrebbe pensare di prescindere, quasi totalmente, dalla esperienza italiana della "cooperazione allo sviluppo", insignificante per dimensione degli interventi, perché non ha affatto sovvenuto efficacemente i paesi di partenza, disperdendo – tra mille, indagate ipotesi corruttive (ritorno di tangenti, sostegni a dittature militari, cessioni triangolate di armi, perfino riscatto di ostaggi, fini di *intelligence*, ecc.) – le già esigue risorse, che andrebbero al minimo raddoppiate per l'intero decennio, e mirate, nell'ipotesi – ad effetto moltiplicatorio – che andiamo a delineare. Corre l'obbligo di avvertire che questa proposta di assoluto ridimensionamento è assai azzardata, per i tanti interessi illeciti, consolidati da lustri, che andrebbe a compromettere.

Sia ben chiaro: la soluzione che di seguito additiamo ci appare la più praticabile per davvero "aiutare a casa loro" (*slogan* troppo indefinito: tutto dipende da "come") i menzionati PVS a tasso di sviluppo medio, ma è adatta solo al precipuo fine di

[51] LANATI, *Come gli aiuti allo sviluppo, favoriscono la riduzione dei flussi migratori*, in *www.openpolis*.it/2018/17/10.
[52] LANATI, THIELE, *The impact of Foreign aid on Migration, revisited*, 2018, in *www.Science Direct.com/science/article/abs/pii*/S0305750X18302134.
[53] VAN HEAR, SORENSEN, *The Migration-Development Nexus*, New York, 2003.

influire sulla modulazione della mole degli esodi a medio termine e non mira di certo a sovvenire i paesi più poveri al mondo (Haiti, Cambogia, Repubblica Centro-africana) e nemmeno serve molto a mitigare le disuguaglianze[54]. Al raggiungimento di tali fini macroscopici non si sono mai dimostrati vocati né capaci gli Stati, sistematicamente restii alla comprensione della proficuità di tale impegno. A questo deve pensare, qualora ne ravvisi la convenienza, la "struttura oligopolistica del potere" descritta fin dal 1972 da Federico Caffè e data dalla incerta sincronia dei centri decisionali del nefasto capitalismo finanziario, dal FMI e dalla BCE, in sincronia osmotica con le tentennanti e attendiste tecnocrazie delle democrazie occidentali[55], il cui "disprezzo del diritto" in nome dei numeri non va necessariamente oppugnato appellandosi ad un giuridicismo smodato. Gli altri (Cina compresa) non potrebbero che venire dietro. Ma per ora non se ne vedono i segni (dopo l'euforia mercatista *post* guerra fredda, che spazzò via le lezioni di Keynes sull'instabilità congenita dell'ipercapitalismo) per miopi riluttanze, gelosie, invidie, incomprensioni, calcoli, inerzie e *decora* nazionali o

[54] Stimolanti al proposito tutte le ultime osservazioni di PIKETTY, *Capitale e ideologia*, Milano, 2021.

[55] Non è un caso che le mutevoli oligarchie finanziarie vadano meglio a braccetto (ibridandosi e cambiando pelle in forme sempre più totalizzanti), con le dilaganti "autocrazie", ben lontane queste da coniugare ogni abuso della piena libertà di mercato con le ingombranti libertà costituzionali, per loro prima fonte della "dissennatezza" dei politici, i quali sempre per loro sono da assoggettare a neutri vincoli esterni apparentemente condivisi e prescelti (es. il mefitico *Patto* – solo sospeso – *di stabilità e crescita*), che con automatismi reputati "idioti" sottraggono al volere del popolo l'essenza delle decisioni sovrane. Cfr. al proposito, per intero, BERTA, *Oligarchie. Il mondo nelle mani di pochi*, Bologna, 2014 e, più di recente, BLOCK, *Capitalismo. Il futuro di un'illusione*, Bologna, 2021, p. 191, laddove l'A. sbaraglia l'equivoco sulla condiscendenza ad "un ordine globale unico organizzato dal capitalismo", sempre al caro prezzo della contrazione degli spazi democratici. Il pensiero corre anche alle profetiche chiacchierate, dopo cena, presente a volte Guido Calabresi, in occasione dei vari convegni di Stresa del CNPDS, tenute ogni anno col compianto Guido ROSSI, cattedratico di Commerciale, Emerito della Bocconi, già Senatore della Sinistra Indipendente, Direttore di *Banca, borsa e titoli di credito* e fine editorialista, sulla degenerazione della finanza privata, del quale mi piace rammentare: "L'illimitata possibilità di accumulazione del denaro è passata da potere sociale a potere politico. L'enorme quantità di moneta transitata dagli istituti finanziari ha diminuito la capacità produttiva delle economie reali. Il capitale è stato diretto verso operazioni ad alto rischio, a oltraggiosi e stratosferici compensi ai protagonisti di una nuova e fortunosa *élite*, nonché alla creazione di irrealistici valori di titoli infettati da bolle speculative. Questa èra dell'avidità ha propagato la sua metastasi agli Stati (…) Che la globalizzazione finanziaria abbia provocato anche una sorta di *Goetterdammerung* dei nuovi sacerdoti (…) della speculazione selvaggia?" (ROSSI, *Avidità e crepuscolo degli Dei*, in *Il Sole-24 Ore*, 186, 2011, p. 1).

continentali da far prevalere, le quali hanno indotto il riprovevole consolidamento di "una ridefinizione regressiva del concetto di democrazia"[56], la quale non riesce a fronteggiare queste possibili "armi di migrazione di massa"[57], magari strategiche, *coercive and engineered*, attribuibili al micidiale ed inattaccabile turbocapitalismo finanziario e alle opportunistiche teorie ultraliberiste, perseguite con lucida determinazione fino al paradosso di una compromissione dell'economia reale[58].

L'aiuto pubblico europeo (APS), invece, dovrà concentrarsi su Paesi come Nigeria, Costa d'Avorio, Togo, Senegal e Angola ad occidente; Egitto, Etiopia, Kenya, Ruanda e Sudafrica, altrove. Questi Stati a buon tasso di crescita, tutti integrati nell'*African Continental Free Trade Area* (la più grande zona di libero scambio del mondo, ma ancora in fase di decollo e tra economie di dimensioni esigue), afflitti da scarsità di risorse finanziarie e da produzioni poco differenziate, diverranno meno fragili e vulnerabili – in un mercato vasto 100 volte l'Italia, col consumo interno dei venturi quasi 4 miliardi di cittadini – qualora se ne incrementi la crescita sostenibile con capitali assistiti reperiti *aliunde*, potendo così fare da argine minimo (col reclutamento *in loco* della manodopera) almeno in parte e soprattutto già da questo decennio, all'abbandono dei vicini territori più sfavoriti, riportando il problema in termini gestibili. Più tardi, ci penserà il previsto decremento demografico globale, ma

[56] DOTTI, *Migrazioni di massa: strumento della nuova guerra asimmetrica?*, in *www.vita.it/it/article/2017/04/27*, p. 2. La ventilata *chance* si è inopinatamente attualizzata nel novembre 2021, col provocato afflusso abnorme di profughi effettivi, aviotrasportati a spese della Bielorussia sul confine polacco e delle repubbliche baltiche, per esercitare inammissibili pressioni sulla UE, essendo questa ostile a quel regime filorusso. Diverso è invece il già rammentato e repentino ingresso anomalo di milioni di profughi della guerra russo-ucraina del 2022, che per la sua composizione prevalente (donne e bambini) è destinato in gran parte a rientrare.

[57] Cfr. GREENHILL, *Armi di migrazione di massa. Deportazione, coercizione e politica estera*, Gorizia, 2017. L'Autrice pare esasperare le preveggenti considerazioni sulla "strada violenta dell'emigrazione", atta a creare "un altro Sud all'interno del Nord", enunciate da WALLERSTEIN, *Dopo il liberalismo*, Milano, 2017.

[58] Mangeremo monete e ci vestiremo di banconote? Al proposito, vedasi FITOUSSI, *Il teorema del lampione o come mettere fine alla sofferenza sociale*, Torino, 2013, nonché – sul delirio irreale antimercatista e antidemocrazia – più di recente, radicalmente GALLINO, *Finanzcapitalismo*, Torino, 2021. Sul punto, esaustivi erano già stati AMATO, FORQUET, *Lezioni dalla crisi*, Bari, 2013: "La finanza, ormai, si è sganciata dall'economia: vive di vita propria, crea titoli basati su altri titoli (…) generando flussi (…) mai visti prima e un sistema malato (…) che non può reggere nel lungo periodo (…) [per il quale non abbiamo previsto] un insieme di regole che potesse imbrigliarlo".

la crisi transeunte sarà stata almeno ridimensionata e contenuta nel tempo.

Allo scopo la proposta cui si è giunti in via di esclusione, è quella di ricorrere, a livello pubblico ma per lo più sovrastatale, alla garanzia, appunto pubblica, dei prestiti concessi ad imprese private operanti nel Terzo Mondo, soprattutto in Africa (ed eventualmente in parte dell'Asia Meridionale), laddove la scarsità di capitali locali può essere sopperita soltanto dall'esterno. La somministrazione di credito da parte del sistema bancario e finanziario può essere ottenuta senza aggravi soltanto se il rischio del debito viene accollato, almeno in parte, da istituzioni terze rispetto ai contraenti, le quali così influiscono direttamente sull'incerta concessione del credito. L'istituto è noto e collaudato, le sue forme sono conosciute, la sua efficacia riscontrata: si tratta di adattarlo al nuovo scopo, rispettandone le peculiarità del caso[59].

L'onere sul bilancio quindi non è zero, ma una somma comunque straordinariamente più bassa rispetto ad ogni forma di sovvenzione, agevolazione o prestito direttamente erogato. Inoltre, c'è il vantaggio che le risorse da allocare, invece, non debbono essere messe a disposizione dal bilancio, ma ricercate e remunerate sul mercato a tassi usuali, proprio grazie alla garanzia[60]. Del resto, la

[59] Un quarto di secolo fa, risolvendomi *obtorto collo* a sostituire il Manuale di testo di M.S. Giannini (scomparso pochi anni dopo) curando un mio affrettato *medley* (M. GIUSTI (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1994), fu notato che al rigo e mezzo, che il Maestro aveva dedicato a questo tema, io avevo sostituito un capitolo intitolato "Lo Stato mallevadore", poi divenuto uno spazio di due pagine nell'edizione "compressa" tutta a firma mia ("*Fondamenti*"). La prima ragione che mi aveva spinto a trattarlo era di natura contabile pubblica: la garanzia al credito non veniva appostata in bilancio, cioè non aveva previsione di costo immediato. Vero è che, in via attuariale, bisognava cautelarsi contro le insolvenze, che avrebbero fatto scattare l'obbligazione contratta. Per l'appunto erano gli anni dell'avvenuto *crack* dell'EFIM, inadempiente nella restituzione di un debito obbligazionario garantito in divisa estera, conseguentemente a lungo accollato allo Stato che ne aveva "protetto" l'emissione. Il problema si è poi in piccola parte risolto con la costituzione di un adeguato fondo, appunto di garanzia, appositamente calcolato. Meglio sarebbe, magari, farlo assistere dalla stipula di un'onerosa polizza assicurativa contro l'eventuale traboccamento dalla consistenza del fondo stesso.

[60] Quando pubblicai la prima edizione del manuale collettaneo (sopracitato), ricevetti anche critiche per aver scelto di considerare la malleveria pubblica un tipo di ausilio pubblico, basate (?) sul fatto che lo Stato non era vero "attore" dell'ausilio: però il vantaggio dell'ausiliato dipendeva decisivamente proprio da quell'intervento dello Stato, che ne era unico e determinante "regista". Come si può negare che, nella specie, la situazione di *favor* del beneficiario derivi in tutto dalla volontà pubblica di

proposta non è teorica, ma ha già trovato applicazione interna. Dal 1996 funziona un separato Fondo Centrale di Garanzia, deputato alla concessione di garanzie al credito in favore di piccole e medie imprese, pronto a risarcire le banche finanziatrici in caso di insolvenza e a sua volta garantito dal bilancio statale. Garanzia collettiva ma non pubblica è poi quella dei Confidi[61].

A livello europeo (2015, Vertice di La Valletta). è stato gestito, in via marginale, l'*UE-Emergency Trust Fund for Africa*, con bassa dotazione, per giunta tutta ridenominata dal preesistente *European Development Fund*. A livello mondiale il meccanismo era stato ripreso dall'ONU (*World Bank*) con iniziative ed apparati dedicati (*MIGA*, *Multilateral Investment Guarantee Agency*).

In estrema sintesi critica[62], la MIGA venne costituita a Washington nel 1985 con la Convenzione di Seul (divenuta operativa nel 1988), approvata dal Consiglio dei Governatori della Banca Mondiale quale membro del gruppo della Banca stessa, al fine di garantire in via multilaterale investimenti diretti esteri (IDE), debiti e contratti a lungo termine nei PVS nei confronti di rischi non commerciali (essenzialmente politici, che costituiscono il maggior freno all'impegno finanziario straniero). Il capitale, dilatatosi nel tempo, è quello versato dagli Stati membri azionisti, che possono essere tutti quelli già membri della BIRD ed è gestito da un C. di A. espresso dagli Stati membri, per delega del suddetto Consiglio dei Governatori.

L'Agenzia si è finora assunta la copertura di rischi quali l'inconvertibilità valutaria (*currency transfer*) o la sua restrizione; l'espropriazione statale; la guerra, il terrorismo e i disordini; nonché le inadempienze contrattuali (*breach of contract*),

sovvenire così – in modo dirimente – una certa intrapresa, obbligandosi eventualmente in sua vece? Il rilievo mi pare ormai insostenibile anche per i tradizionalisti più obsoleti.

[61] RUSSO, *I Confidi nel rilancio del sistema delle garanzie*, Padova, 2020.

[62] Sull'organismo esiste quasi esclusivamente della inutile letteratura "grigia", edita dalla Banca Mondiale e a contenuto soltanto espositivo. Altrettanta latitanza dottrinale nostrale si rinviene in ordine alle centinaia di *agreements* – puntuali e su misura – adottati dal *Club of London* (tra banche commerciali creditrici e Paesi debitori) e dal *Club de Paris* (tra Stati avanzati e Paesi in via di sviluppo o emergenti, limitatamente a misure di trattamento del debito sovrano o pubblicamente garantito da Paesi creditori), organismi entrambi qualificati come "gruppi informali" di finanziatori, ma ai quali però vediamo partecipare formalmente il Dipartimento del Tesoro del MEF.

specie quanto al rispetto di obblighi finanziari. E ciò con riferimento a gestione di investimenti, cartolarizzazioni, obbligazioni, *leasing* e *factoring*.

L'operato dell'Agenzia ha indubbiamente rafforzato i sistemi nazionali di garanzia fondati su accordi bilaterali a protezione degli investimenti nei PVS (*umbrella agreements*), soprattutto in caso di contenzioso, imponendo una sorta di standardizzazione certa di regole e criteri giuridici avente valore generale, uniformando quasi un codice di condotta per investitori e destinatari, ad esempio quanto all'ammontare degli indennizzi ed alla difesa dalla *creeping expropriation* (cioè dalla lenta e graduale rimozione di diritti proprietari dell'investitore estero, ad opera di azioni governative locali, consistenti in innovazioni normative o in aumenti di imposte o in incrementi delle *royalties*).

Ai nostri fini, tuttavia, l'esperienza non si è dimostrata affatto risolutiva per "aiutare a casa loro". In primo luogo, la mole degli interventi si è rivelata inadeguata – nell'ordine soltanto di diverse decine all'anno – a fronte di bisogni assai più elevati. Quanto al tema che ci occupa, inoltre – per equilibrio geografico – tali interventi si sono in gran parte indirizzati verso Paesi non coinvolti in flussi migratori, quali ad esempio molti di quelli del Sud America o addirittura quelli del BRIC.

Ne consegue che per realizzare uno strumento multilaterale di garanzia pubblica agli investimenti atti a creare occupazione in determinati PVS, il modello della MIGA può essere assunto solo come figurino, però da adattare al fine precipuo di contrarre l'emigrazione, mediante una riscrittura della struttura e delle regole di erogazione.

Di più, la contenuta disponibilità di risorse ha indotto la MIGA a fissare un limite al valore globale (e conseguentemente al numero annuale) delle operazioni di garanzia (di norma quindicennali) che l'Agenzia può assumere, cosicché lo strumento appare quantitativamente limitato, non correlato alla mole delle richieste e inaccettabilmente discrezionale a livello burocratico.

Salvaguardando la multilateralità, che positivamente attenua il coinvolgimento

della convenienza dello Stato garante, ed ammettendo di ricorrere ad operazioni di coassicurazione o riassicurazione (le quali permettono di fornire una maggiore copertura senza incrementare la propria esposizione), condotte assieme ad agenzie private (*Export Credit Agencies*), è indubbio che il modello esistente vada profondamente rafforzato e radicalmente modificato, al punto da richiedere probabilmente l'affiancamento di una diversa struttura o almeno di una gestione speciale, dedicata essenzialmente al fine ultimo dell'aumento del lavoro stabile nei PVS di partenza, privilegiando il settore manifatturiero, la derelitta agricoltura, le infrastrutture e i servizi possibili, quali il turismo e i trasporti, tutti quanti coinvolti, invece, solo al 40 per cento dall'attuale, circoscritta azione della MIGA, oltre tutto attratta in netta prevalenza da Paesi non del Terzo Mondo.

Quale frutto di una celere e consapevole elaborazione, il nuovo organismo pubblico sovranazionale dovrà promuovere il reperimento di capitale privato estero da indirizzare solo verso i PVS a più alta densità demografica e conseguente tasso di emigrazione elevato, assumendosi l'obbligo di risarcire gli eventuali danni arrecati all'investitore, ma dovrà parimenti gestire attività investigative sulle realtà imprenditoriali richiedenti e anche attività di formazione e informazione di specialisti dell'analisi di tali situazioni e della scelta di fruire di questa opportunità, onerosa per i Paesi industrializzati, anche attraverso iniziative di divulgazione e di consulenza tecnica capillare, fra l'altro da approntare in tempi assai contenuti (anche sotto la spinta dell'emergenza dei bisogni agroalimentari), se si vuole che questo tipo di ausilio pubblico all'imprenditoria di determinati PVS (dai quali si deve pretendere un regime giuridico *fair and equitable* a protezione del surrogante) mostri i suoi primi effetti entro un decennio.

La percorribilità effettiva di questo percorso ravvicinato non potrà che rivelarsi – nel medio periodo – un primo utile strumento per un qualche contenimento di un probabile evento negativo quanto al volume dei flussi, il quale però avrà di certo una *duration* contenuta e visualizzabile, collegata alla prevista inversione di tendenza del

fenomeno dell'incremento della popolazione mondiale. Evento quest'ultimo di per sé incommensurabile, eppure inconsciamente fin qui sottaciuto – nella sua accelerazione incontenibile nell'ultimo cinquantennio – proprio da parte della ricerca scientifica di economisti e soprattutto di giuristi, inspiegabilmente del tutto indifferenti[63] all'esplosione demografica della platea degli amministrati e dei destinatari delle norme, nonché alle sue frequentemente ingovernabili conseguenze economico-sociali, affrontate con incredulità, leggerezza ed improvvisazione.

Mauro Giusti

già Ordinario di Diritto dell'economia

nell'Università di Pisa

[63] Fa lodevole eccezione BIFULCO, *Sovrappopolazione, qualità della democrazia e sviluppo sostenibile*, in PAMMOLLI, TUCCIARELLI (a cura di), *Il costo dei diritti*, Bologna, 2021, § 1 e § 4.2, il quale – premettendo che "popolazione è oggetto eminentemente, naturalmente giuridico" – ravvisa "le ragioni del silenzio", tra l'altro, in "atteggiamenti culturali", pressioni religiose e neoliberalismo. Il medesimo Autore riprende il rilievo ("Lo squilibrio demografico, per quanto sia un tema di cui si preferisce non parlare: (…)") in *La legge costituzionale n. 1/2022: problemi e prospettive*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2022, p. 25.