

LA RELAZIONE TRA CULTURA E MERCATO NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA: DALL'ECCEZIONE ALLA DIVERSITÀ CULTURALE

di Marcos Vaquer Caballeria

1. Alcuni concetti essenziali del Diritto della cultura in Europa. Gli Stati di cultura e la particolarità dei beni e servizi culturali

La cultura è, senza alcun dubbio, una delle idee costituenti e agglomeranti dell'Europa nel panorama internazionale. In alcuni Stati membri dell'Unione Europea si sono sviluppate tra i secoli XIX e XX diverse costruzioni dogmatiche destinate a plasmare il valore e la particolarità della cultura come bene giuridico e assicurare il rispetto di un suo spazio autonomo (davanti sia allo Stato che al mercato) all'interno dell'ordinamento. Non è questo il luogo adeguato per sviluppare queste teorie, sulle quali già esiste un'ampia letteratura scientifica, però è opportuno almeno ricordarle brevemente. Mi riferisco, in particolare, a:

a) la dottrina tedesca dello Stato di cultura o *Kulturstaat*, sorta nel secolo XIX dal pensiero pre-idealista di autori come Schiller, Goethe e von Humboldt, che non solo afferma l'istituzione della libertà o dell'autonomia della cultura, ma anche che lo Stato è al suo servizio, questo vuol dire, che è obbligato a intervenire per contribuire al suo riconoscimento, beninteso che quando lo fa decide su qualcosa che gli è estraneo però che lo permea e lo sottomette (*über, en äberle*, ed. 1982, pp.122-145). In Germania, questa dottrina ha trovato espresso accoglimento nella Costituzione del libero stato di Baviera del 1946 e nel Trattato dell'Unificazione, e il Tribunale Costituzionale Federale ha interpretato l'articolo 5.3 della Legge Fondamentale (che prevede che l'arte e la scienza siano libere) come una "clausola dello Stato di cultura" (*Kulturstaatsklausel*, sentenza del 5 marzo 1974, *BVerfGE* 36, p.327).

In Spagna, alcuni di noi pensano che questa dottrina sia stata accolta nella nostra Costituzione culturale (Prieto, 1994, p.213, Vaquer, 1998, p.177), nella quale l'autonomia della cultura si proclama come diritto di libertà (art. 20.1.b Costituzione spagnola) ma anche di prestazione, ovvero, come missione dei poteri pubblici (art. 44 Costituzione spagnola). In questo senso, l'articolo 149.2 della Costituzione spagnola può essere interpretato come sintesi della dottrina dello Stato di cultura, affermando che "lo Stato considererà il servizio della cultura come dovere e attribuzione essenziale". Anche il costituzionalismo italiano ha recepito la dottrina del *Kulturstaat*, principalmente dall'opera di Spagna Musso (1961);

b) la dottrina italiana dei *beni culturali*, la cui origine ha avuto inizio nei lavori della Commissione Franceschini, istituita con la Legge 26 aprile 1964, n.310, del Parlamento Italiano al fine di studiare le condizioni vigenti e le necessità in ordine alla tutela e valorizzazione delle cose che hanno valore culturale. Nella sua Prima Dichiarazione, la Commissione definì i beni culturali nei seguenti termini: "Appartengono al patrimonio culturale della Nazione tutti i Beni aventi riferimento alla storia della civiltà. Sono assoggettati alla legge i Beni di interesse archeologico, storico, artistico, ambientale e paesistico, archivistico e librario, ed ogni altro bene che costituisca testimonianza materiale avente valore di civiltà".

Ispirato dal testo di questa Dichiarazione, Massimo Severo Giannini pubblicò nel 1976 il suo classico studio *I beni culturali*, in cui si pongono le basi di una dottrina fondamentale nella successiva dogmatica italiana sul patrimonio culturale. Il gran giurista italiano, e membro rilevante della Commissione, incentra la natura giuridica dei beni culturali su due punti: *immaterialità e pubblicità*. L'autore si basa sul concetto di *bene* di Pugliatti, per affermare che il bene culturale ha come supporto una cosa, però non s'identifica con la cosa stessa, bensì, come bene radicato nel *valore culturale* inerente alla cosa. Per questo, la stessa cosa è (o può essere) elemento materiale di vari beni giuridici: in particolare, di un bene patrimoniale e un bene culturale (Giannini, 1976 p.24). Muovendo da queste premesse, qualifica il bene culturale come *immateriale* perché la cosa materiale è supporto del bene, ma non è il bene stesso, il quale viene dato dal valore culturale, che è immateriale (Giannini, 1976, p.26). Lo qualifica, in secondo luogo, come *pubblico* "non in quanto bene di proprietà, ma in quanto bene di fruizione" (Giannini, 1976, p.31).

In Spagna, questa differenziazione tra cosa e bene e tra bene patrimoniale e bene culturale può rinvenirsi nell'articolo 46 della Costituzione spagnola e in tal modo è stata ampiamente recepita dalla dottrina;

c) la dottrina francese del *service public culturel*, basata nella peculiarità della cultura come oggetto dell'azione delle Amministrazioni pubbliche. Questa peculiarità e alcune "reticenze liberali" resero lunga e penosa l'evoluzione della giurisprudenza contenziosa del Consiglio di Stato francese e della dottrina degli autori fino ad accettare, innanzitutto, che la cultura possa essere oggetto di servizio pubblico e regolarizzare, successivamente, la stessa categoria di "servizio pubblico culturale" fino al punto di dubitare dell'inquadramento di questo servizio in una delle categorie tradizionali e generali di servizio pubblico del Diritto francese: amministrativo e industriale o commerciale (Pontier, Ricci e Bourdon, 1996, pp.61-67), portando a postulare la creazione di un *tertium genus* specifico (André-Hubert Mesnard, 1990, p.186 e ss.).

La specificità del servizio pubblico culturale ha fondamento e si caratterizza per i seguenti aspetti differenziali minimi:

1) si tratta di un servizio pubblico di promozione di una attività che ha una razionalità propria, protetta da alcuni diritti fondamentali di libertà, in modo tale che l'oggettività nel servizio nella sua attività esiga neutralità. Come ha detto Mesnard (1990, p.186), "la cultura, sotto la forma dinamica dell'azione e l'animazione culturale, non 'si dà' (a differenza dell'insegnamento), e ancora meno si ordina";

2) si tratta di un'attività amministrativa di promozione della cultura (o "sviluppo", nel senso dell'art. 9 della Costituzione italiana). Per questo, anche se ammette tutte le modalità tipiche dell'attività amministrativa (interventi di tutela e controlli, sanzioni, etc.), la sua espressione naturale o dominante si produce attraverso attività di servizio pubblico e di sostegno;

3) la cultura è un valore giuridico, proclamato anche come essenziale per lo Stato (art. 149.2 Costituzione spagnola). Fa

parte dell'essenza dello Stato, non può essere estraneo a nessuna delle sue attività, pertanto può affermarsi l'orizzontalità o trasversalità della cultura come valore, che esula dalla divisione delle competenze, delle politiche e dei dipartimenti. Questa trasversalità fa che sia responsabilità indifferenziata dei diversi poteri pubblici, e pone in rilievo la particolare importanza in questo campo delle relazioni di coordinamento e cooperazione interamministrativa;

4) la presenza delle libertà culturali limita la capacità di regolare l'attività stessa, pertanto la regolazione sostanziale viene sostituita da una regolazione più procedimentale e organizzativa. In questo contesto, non è sorprendente trovare tecniche organizzative anche singolari, alcune delle quali di tradizione storica consolidata: particolare è, senza dubbio, l'organizzazione delle Università e delle Accademie, per esempio, dando luogo a infinite discussioni sulla natura e inquadramento nelle categorie organizzative convenzionali. Lo stesso accade con istituzioni più contemporanee, come il Centro Georges Pompidou in Francia (al quale si è data la forma di un "établissement public à caractère culturel"), che riflettono l'ampio ricorso del settore pubblico culturale a forme organizzative particolari, siano di Diritto pubblico (in Spagna, per esempio, il Museo Nacional del Prado e il Museo Reina Sofía) o di Diritto privato (come le fondazioni museali italiane o le fondazioni sceniche spagnole, come il Teatro Real di Madrid e il Gran Teatro del Liceu de Barcelona).

Queste tre teorizzazioni nascono in ordinamenti giuridici diversi fra loro e hanno una portata differente: la prima ci parla dell'inquadramento costituzionale della cultura nel suo significato più olistico, mentre la seconda e la terza intendono istituzionalizzare il regime di Diritto pubblico dei suoi due principali componenti o dimensioni: rispettivamente, i beni (*beni culturali*) e l'attività (in particolare, quella realizzata dai poteri pubblici: *service public culturel*). Però hanno anche in comune (1°) l'affermazione dell'autonomia della cultura, intesa come ambito della dignità umana e delle relazioni sociali governato da una propria logica, non sussumibile né subordinabile alla logica economica, mercantile o patrimoniale, e (2°) l'estensione ad altri ordinamenti europei, in maniera tale che fanno già parte di una certa comunità di idee. Costituiscono, dunque, la base sulla quale poter affermare un *acquis* europeo in materia di Diritto della cultura.

2. Valore culturale e politica culturale nell'Unione Europea: l'evoluzione dei Trattati

La Comunità Economica Europea nacque, come indica il nome stesso, per il conseguimento di fini economici, che continuarono a essere importanti quando le diverse comunità si riunirono in un'unica Comunità Europea, ciò spiega l'assenza della cultura (*expressis litteris*) fra i principi del Trattato della Comunità Europea, dove il mercato interno era l'obiettivo principale (art. 2 TCE), articolato a sua volta attraverso due grandi strumenti: le libertà comunitarie e la politica della concorrenza.

Questo non significa che la cultura restasse fuori durante queste prime tappe storiche dell'integrazione europea ma era sempre considerata dal punto di vista del mercato, sia come eccezione al mercato sia come settore del mercato. Era, cioè, collocata in una posizione marginale come variabile esogena del mercato che poteva giustificare certi limiti e modulazioni allo stesso, oppure era considerata come un settore economico nel quale sviluppare questo mercato. La questione, dunque, era quella di determinare l'inquadramento nella relazione con il mercato. Così:

a) in materia di libera circolazione di merci, già il precedente art. 36 TCEE, poi art. 30 TCE e attualmente l'art. 36 TFUE consentono agli Stati membri di applicare proibizioni o restrizioni quantitative giustificate da ragioni di "protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale", sempre che non costituiscano "un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri".

Seguendo la stessa logica e per quanto riguarda la politica della concorrenza, prima l'articolo 87.3.d) TCE e oggi l'art. 107.3.d) TFUE considerano 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". Questo inciso chiarisce la prospettiva adottata dai trattati per quanto concerne la relazione della cultura con il mercato, giacché è facile osservare certe trappole del linguaggio nelle condizioni a cui sottomette la sua compatibilità con esso. In effetti: può essere obiettivamente destinato un aiuto a "promuovere la cultura e la protezione del patrimonio" e ciononostante operare "contro l'interesse comune"? E come promuovere la diversità culturale senza alterare "le condizioni degli scambi"? Il conflitto a cui conducono questi giudizi condizionanti sembra difficilmente risolvibile.

b) al di là della cultura come eccezione e di porre in essere alcune azioni culturali isolate e più che altro simboliche, il Diritto europeo iniziò subito a occuparsi del "settore culturale" senza fare "politica culturale"¹, bensì economica a partire da competenze diverse e, in particolare, quella di armonizzazione di carattere generale che le è stata attribuita per costruire il mercato interno (prima art. 100 TCEE, poi art. 94 TCE e attualmente art. 115 TFUE). Espresso in altri termini, la Comunità Europea si era allora impegnata a sviluppare una politica del "mercato interno della cultura" (Alcoceba in AA.VV., 1998, p.185)² e non una politica culturale vera e propria, per la quale non aveva competenze specifiche.

Il panorama descritto inizia a cambiare a partire della nascita dell'Unione con il Trattato di Maastricht del 1992, con l'introduzione di nuovi precetti che non sostituiscono quelli già menzionati, ma che si aggiungono a essi, però non sono già regole di eccezione, ma regole ordinarie e principi conformatori della "costituzione culturale europea" (Vaquer, 1998, p.156). In effetti:

1) Maastricht ha introdotto l'azione culturale tra le politiche europee nell'allora art. 151 TCE, attuale art. 167 TFUE. Non è questo il luogo per commentare monograficamente il precetto, però si può rilevare che l'antica eccezione diventa una politica, e che questa non è meramente settoriale ma anche orizzontale, perché il Trattato impone all'Unione di tener "conto degli aspetti culturali nell'azione che svolge a norma di altre disposizioni dei trattati, in particolare ai fini di rispettare e promuovere la diversità delle sue culture". In questo modo, la diversità

culturale non è solo una responsabilità degli Stati che l'Unione rispetta, con eccezione delle regole delle proprie politiche, ma anche un valore e una politica propria;

2) il mai nato Trattato attraverso il quale si stabiliva una Costituzione per l'Europa avanzava nella stessa direzione giacché includeva:

- una menzione alla cultura nel Preambolo e negli obiettivi della Prima Parte (art. I-3.3, p. 4°);

- la cultura come ambito dell'azione di appoggio, coordinamento o completamento (art. I-17.c), mantenendo l'esclusione dell'armonizzazione nel suo articolo III-280, che è riproduzione quasi letterale del citato 151 TCE, però con soppressione dell'esigenza di unanimità del Consiglio dei Ministri in ogni caso;

3) la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea del 2000 proclama la libertà delle arti e delle scienze nel suo articolo 13 con una formulazione chiaramente evocativa della *Kulturstaatsklausel* della Costituzione tedesca ("Le arti e la ricerca scientifica sono libere. La libertà accademica è rispettata"), mentre il suo articolo 22 afferma la diversità culturale, religiosa e linguistica ("L'Unione rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica"). Si tratta, come si vede, di diritti di libertà, ma non di partecipazione e/o prestazione come il diritto alla cultura dell'articolo 44 della Costituzione spagnola. Il titolo IV, "solidarietà", della Carta recepisce altri diritti tipici di prestazione, denominati "sociali" o "di terza generazione", come il diritto alla sicurezza sociale e l'aiuto sociale, alla salute o all'ambiente salubre, però non il diritto alla cultura;

4) il Trattato di Lisbona culmina, per il momento, questa evoluzione nel 2007 introducendo finalmente la cultura tra gli obiettivi dell'Unione nell'attuale articolo 3.3 TUE: l'Unione "rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigila sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo".

Come risultato finale di questa evoluzione e parafrasando la classica formula dello "Stato di cultura", possiamo concludere che l'Unione Europea è oggi, non solo un'unione economica e politica, ma anche una "Unione di cultura"? Forse è prematuro arrivare a tale conclusione, però è importante rilevare che si proclama già un'Unione al servizio della diversità culturale, inclusa fra i propri obiettivi, che non solo è rispettata, ma è anche promossa attraverso le sue politiche.

Per il resto, questa transizione dalla "eccezione culturale" alla "diversità culturale" non è esclusiva dell'Unione Europea ma anche di una corrente più generale del Diritto internazionale, che finora ha avuto la sua principale manifestazione nella Convenzione UNESCO per la Protezione e Promozione della Diversità delle Espressioni Culturali del 2005, promossa soprattutto da Francia e Canada con grande resistenza degli Stati Uniti. Nonostante ciò la Convenzione è stata approvata ed è entrata in vigore e, non solo gli Stati membri, ma anche la stessa UE – come organizzazione sopranazionale di ambito regionale – vi ha aderito.

Noi giuristi sappiamo bene che una regola eccezionale e un principio hanno un'efficacia molto diversa. Entrambi sono norme, è vero, però la prima si deve interpretare e applicare in maniera restrittiva mentre i principi hanno una *vis expansiva* e devono ispirare o orientare l'interpretazione e l'applicazione di tutto l'ordinamento. Inoltre, per quanto ri-

guarda il suo contrasto con il mercato interno, se la cultura è un'eccezione allo stesso, il suo apprezzamento costituisce un mero giudizio di sussunzione, mentre se è un principio, l'apprezzamento della sua concorrenza e i suoi effetti in un caso concreto esigono un giudizio di ponderazione, tra cultura e mercato, su un piano di uguaglianza come principi che sono entrambi dell'ordinamento unitario europeo. In questo modo, il fatto che la cultura sia passata dall'essere riconosciuta come eccezione a essere affermata come principio è un'evoluzione molto rilevante, che dovrebbe avere conseguenze pratiche.

3. Dal dire al fare. Tra l'insensibilità, il rispetto e il servizio alla cultura nel Diritto derivato e negli atti delle Istituzioni

L'evoluzione descritta nel Diritto originario dell'Unione Europea (i Trattati) non è stata trasferita sempre né sufficientemente al suo Diritto derivato né ai suoi atti di esecuzione (Direttive, Decisioni, etc.). Per verificarlo senza perderci nella densità della foresta delle decisioni, comunicazioni e sentenze pronunciate, possiamo cercare di rivedere la dottrina delle istituzioni europee in maniera schematica distinguendo il *quid* (i beni culturali), il *quis* (le industrie culturali) e il *quomodo* (gli aiuti al settore).

3.1. Il *quid*: i beni culturali

La dottrina delle istituzioni europee sui beni culturali può sintetizzarsi nelle seguenti idee-forza:

a) le cose che supportano beni culturali sono anche merce. Essendo "norma fondamentale" del Trattato l'eliminazione di tutti gli ostacoli alla libera circolazione delle merci tra gli Stati membri, "le eccezioni a questa norma fondamentale sono di stretta interpretazione". Così si pronuncia il Tribunale nella Sentenza del 10 dicembre 1968, Commissione c. Italia, causa 7/68 relativa a una tassa che aggravava l'esportazione di beni culturali, e ancora con riferimento ai libri la Sentenza del 10 gennaio 1985, Leclerc, causa 229/83;

b) la Direttiva 93/7/CEE (trasposta in Spagna dalla Legge 23 dicembre 1994, n. 36) sulla restituzione dei beni culturali che siano stati portati illegalmente fuori dal territorio di uno Stato membro e i Regolamenti 92/3911/CEE del Consiglio e 93/752/CEE della Commissione sull'esportazione hanno presupposto, in quel momento, un progresso tanto necessario quanto importante per la protezione, rispettivamente, del patrimonio culturale dentro l'Unione e nelle sue frontiere esterne. Ma non si può dimenticare che hanno anche causato confusione deliberatamente tra valore patrimoniale e valore culturale nel momento in cui hanno limitato il loro ambito obiettivo di applicazione ai beni che oltrepassassero certi limiti di valore economico, senza considerare l'autonomia del valore culturale;

c) l'armonizzazione delle legislazioni sulla proprietà intellettuale fu iniziata prima dell'apparizione della politica culturale europea, attraverso la generica competenza di ravvicinamento delle legislazioni dell'articolo 115 TFUE, alla quale ho fatto riferimento prima, e ci offre una manifestazione della supremazia degli interessi patrimoniali e commerciali sul diritto di accesso alla cultura: mi riferisco alla Direttiva del Consiglio 93/98/CEE, del 29 ottobre, sull'armonizzazione del periodo di protezione dei diritti di autore e determinati diritti affini, e

la Direttiva 2006/116/CE, che deroga alla precedente. Se la durata dei diritti esclusivi di sfruttamento era stata stabilita dalla Convenzione di Berna del 1886 nella vita dell'autore più 50 anni, che per esempio in Spagna è stata prolungata dalla Legge di Proprietà Intellettuale del 1987 alla vita più 60 anni, le Direttive li hanno nuovamente estesi alla vita più 70 anni.

3.2. Il *quis*: le relazioni tra l'Amministrazione e le industrie culturali

Per quanto riguarda il regime giuridico delle industrie culturali, siano esse con finalità di lucro o meno, di titolarità pubblica o privata, bisogna tener conto delle seguenti considerazioni:

a) in primo luogo è da sottolineare che il Diritto unitario europeo riconduce le industrie culturali alla categoria delle imprese ai fini dell'applicazione delle regole della concorrenza. Sotto questo profilo, il concetto di impresa prescinde dal suo statuto giuridico o non esclude automaticamente una entità per il solo fatto che non persegua finalità di lucro³.

b) occorre però specificare che i servizi culturali possono essere considerati servizi di interesse generale (economico o meno)⁴. Di conseguenza:

b.1) i servizi culturali non economici (o di rilevanza esclusivamente sociale⁵) non soggiacciono alle regole di mercato interno. L'assoggettamento alle regole del Trattato determina comunque l'applicazione dei principi di non discriminazione e di libera circolazione. Nelle sentenze 15 marzo 1994, causa C-45/93, Commissione/Spagna e 16 gennaio 2003, causa C-388/01 Commissione/Italia) la Corte rigetta il ricorso all'eccezione culturale per giustificare diversità di trattamento nella normativa di accesso ai musei pubblici;

b.2) i servizi culturali "di interesse economico generale" rientrano nel mercato interno e sono disciplinati dalle relative regole in materia di libera prestazione di servizi⁶, diritto della concorrenza e aiuti di Stato.

Tuttavia, l'articolo 106.2 del Trattato consente di stabilire modulazioni della concorrenza nello svolgimento di questi servizi nella misura in cui siano necessari per il raggiungimento della specifica missione affidata alle imprese incaricate della relativa gestione. Così, ad esempio, possono essere stabilite relazioni dirette o privilegiate di collaborazione con agenti del terzo settore. L'orientamento della giurisprudenza della Corte ha inoltre stabilito che "uno Stato membro può, nell'ambito della competenza ad esso spettante per organizzare il suo sistema previdenziale, considerare che un sistema socio-assistenziale, come quello di cui trattasi nel procedimento a quo, implichi necessariamente, per raggiungere i suoi obiettivi, che l'ammissione di operatori privati a tale sistema in quanto prestatori di servizi d'assistenza sociale venga subordinata alla condizione che essi non perseguano fini di lucro". (Corte di Giustizia delle Comunità Europee; Corte Plenaria; sentenza 17 giugno 1997, in causa C-70/95; Sodemare SA e a. c. Regione Lombardia). La Corte ha inoltre confermato che può trovare fondamento nell'articolo 106.2 TCE una normativa tedesca (la *Rettungsdienstgesetz* di Renania-Palatinato) per la quale si riserva ai poteri pubblici la responsabilità sui servizi di ambulanza e si abilitano questi a concedere la loro prestazione a organizzazioni senza scopo di lucro – nonostante la qualificazione di tali servizi come un'attività economica – in ragione del perseguimento dell'interesse generale⁷.

In generale, "in assenza di regolamentazione specifica [...], gli Stati membri godono di ampie competenze per definire l'elenco dei propri servizi economici di interesse generale così come le modalità di funzionamento, incluso, nel caso, gli aiuti pubblici che possano risultare necessari", spettando alla Commissione solo di fare in modo che le disposizioni del Trattato "si applichino senza errore manifesto"⁸;

c) "Una politica culturale può costituire una ragione imperativa di interesse generale che giustifichi una restrizione alla libera prestazione di servizi", sebbene "le esigenze derivate dalle misure destinate a mettere in pratica tali politiche non devono risultare in nessun caso sproporzionate in relazione al citato obiettivo e le sue modalità di applicazione non devono essere discriminatorie in pregiudizio dei cittadini degli altri Stati membri", in accordo con la dottrina consolidata del Tribunale di Giustizia in Sentenze come quella del 13 dicembre 2007, United Pan-Europe, causa C-250/06, e quella del 3 marzo

2011, Commissione c. Regno del Belgio, causa C-134/10.

3.3. Il *quomodo*. La promozione della cultura

La stessa UE ha suoi programmi di promozione culturale, come il Programma Cultura (stabilito dalla Decisione n. 1855/2006/CE, gestito dalla Agenzia Esecutiva creata per amministrare questo settore e dotato, per il periodo finanziario 2007-13, di circa 400 milioni di euro), le Capitali Europee della Cultura o i diversi premi che concede.

La promozione culturale degli Stati membri provoca senza dubbio problemi. Come già si è avvertito, gli aiuti degli Stati destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio possono essere considerati compatibili con il mercato interno quando non alterano le condizioni degli scambi e della concorrenza nell'Unione contro l'interesse comune (art. 107.3.d) TFUE). La Commissione Europea esercita, sotto il

controllo della Corte di Giustizia, la supervisione sulla compatibilità con i Trattati degli aiuti degli Stati membri.

Nonostante la giurisprudenza in materia non fosse uniforme, si è imposta la tesi del cosiddetto "pacchetto Altmark" secondo la quale le compensazioni concesse dagli Stati, il cui importo non ecceda quanto risulti necessario per la realizzazione della missione di interesse generale o l'obbligo del servizio pubblico, non rappresentano un vantaggio per le imprese beneficiarie e, pertanto, non costituiscono un aiuto statale nel senso dell'art. 107 del TFUE⁹. Se non sono aiuti di Stato, tantomeno esiste rispetto ad esse il dovere di notificazione alla Commissione dell'art. 108.3 TFUE¹⁰.

Per tutto il resto, i criteri applicati per determinare i limiti degli aiuti degli Stati membri in materia di cultura forse possono osservarsi meglio ricorrendo a uno schema come questo: (cfr. tabella)

CRITERI DI CONTROLLO ¹¹	PARAMETRI DI CONTROLLO	FONTE
Necessità per la promozione della cultura.	<ul style="list-style-type: none"> - Si riconosce la sovranità degli stati per definire il campo semantico di cultura (sussidiarietà, art. 5 TCE). - "[...] le disposizioni di eccezione al divieto di concedere aiuti statali devono applicarsi in maniera restrittiva. Il concetto di 'cultura' nel senso definito nella lettera d) del comma 3 dell'articolo 87 deve essere interpretato, dunque, in modo restrittivo"¹². - Lo Stato deve inserirla nel procedimento, poiché la Commissione non la considera d'ufficio. - Lo Stato deve identificare e separare l'aiuto diretto a questo fine: "salvo che uno Stato membro stabilisca una definizione e un finanziamento separato per gli aiuti unicamente destinati a promuovere la cultura, questi non possono essere generalmente autorizzati in virtù della lettera d) del comma 3 dell'articolo 87". 	<ul style="list-style-type: none"> - Comunicazioni audiovisive¹³, par. 2.3.b). - Comunicazioni radiodiffuse¹⁴, par. 26. - Decisione 98/466/CE, del 21-1-1998, Société française de production. - Comunicazione radiodiffusione, par. 27.
Proporzionalità alle finalità perseguite.	<ul style="list-style-type: none"> - L'aiuto può solo finanziare i costi dell'attività culturale incentivata, però non anche altre attività industriali o commerciali del destinatario. - Persino con riferimento all'oggetto tutelato, vengono imposti limiti quantitativi relativi all'aiuto in se stesso e alla territorializzazione dell'attività. - Compatibilità con aiuti nazionali per altri fini e con quelli comunitario-europei. 	<ul style="list-style-type: none"> - Decisione 1999/133/CE, del 10-6-1998, CELF, par. XI. - Comunicazione audiovisiva, par. 2.3.b)
Divieto di discriminazione per motivi di nazionalità.	La definizione del destinatario degli aiuti deve rispettare il principio di trattamento nazionale (art. 12 TCE): "i regimi degli aiuti non possono, per esempio: riservare gli aiuti esclusivamente ai cittadini di un paese; esigere che i beneficiari siano imprese nazionali [...], o esigere che i lavoratori di imprese straniere [...] rispettino le norme nazionali sul lavoro".	- Comunicazione audiovisiva, par. 2.3 a); si veda anche la Decisione 89/441/CEE del 21-12-1998, relativa alla produzione dei film greci.
Divieto di ostacolare la libera circolazione di merci, servizi, persone o capitali all'interno della Comunità. Dunque, non alterare le condizioni degli scambi e la concorrenza nella Comunità.	<ul style="list-style-type: none"> - Limitazione dell'oggetto possibile dell'aiuto: creazione o produzione, ma non postproduzione. - "Se è vero che la diversità culturale e linguistica è un fattore di compartimentazione dei mercati", l'aiuto non può contribuire a rafforzarla. Invece: - Sono ammissibili gli aiuti condizionati a certa territorializzazione o a un uso linguistico della produzione culturale. 	<ul style="list-style-type: none"> - Comunicazione audiovisiva, par. 2.3.b) - Decisione 97/238/CE, del 2-10-1996, Société française de production, par. VIII. - Comunicazione audiovisiva, par. 2.3.b); Decisioni 89/441/CEE, del 21-12-1998, produzione di film greci e 199/133/CE, film in francese; Sentenze del 5-03-2009, causa C-222/07, finanziamento di film in lingue ufficiali.
Divieto di favorire imprese o prodotti specifici.	L'aiuto non può collocare un'impresa in una posizione vantaggiosa al momento di commercializzare i suoi servizi in altri Stati, siano membri o parti dell'Accordo SEE, né ostacolare la penetrazione nel mercato nazionale dei servizi di imprese straniere.	Decisioni 97/238/CE, del 2-10-1996, Société française de production, par. VIII e (2012) 3025 finale, del 8-05-2012, Ciudad de la Luz.

4. Conclusione

I Trattati europei si sono evoluti notevolmente per aprirsi, tra altri valori, alla diversità culturale, che non recepiscono come qualcosa di estraneo però rispettabile, ma come principio proprio dell'Unione, al cui servizio devono orientarsi i poteri e le competenze.

Tuttavia, il corpo centrale della dottrina delle Istituzioni europee – in particolare della Commissione e della Corte di Giustizia – si sviluppò principalmente negli ultimi decenni del secolo XX, in una tappa storica precedente al Diritto unitario europeo, e non si è ancora adattata pienamente all'evoluzione commentata. La Commissione e la Corte, quali “guardiani dei Trattati” che sono, sospettano naturalmente dello spurio utilizzo della cultura da parte degli Stati membri come alibi alle misure protezioniste e restrittive della concorrenza. Fanno bene. Ma non dovrebbero sospettare delle misure orientate in modo ragionevole e proporzionato a promuovere o proteggere la diversità culturale, anche se toccano – è quasi inevitabile – le libertà

Marcos Vaquer Caballería

Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università Carlos III di Madrid e Direttore dell'Istituto Interuniversitario per la Comunicazione Culturale UC3M-UNED

Traduzione a cura di

Fabrizio Mureddu, Ana Martín e Antonella Piras

comunitarie e le transazioni di mercato. In materia linguistica è già stata ampiamente assunta, probabilmente per la forza simbolica e identitaria delle lingue nazionali e perché è relativamente semplice apprezzare la sua protezione o promozione in un presupposto di fatto concreto¹⁵. Evidentemente, la diversità culturale è una nozione molto più ampia e labile di quella della diversità linguistica.

Nonostante l'obbligata diplomazia nelle relazioni interistituzionali all'interno dell'Unione Europea e al caratteristico stile perifrastico del suo linguaggio burocratico, il Consiglio non smise di mostrare la sua frustrazione e disaccordo con questa situazione nelle sue Risoluzioni del 2001 (2001/C 73/03) e 2002 (2002/C 32/02 e 04), sopra citate in maniera diffusa in una nota a piè di pagina, nella quale “invita” la Commissione a considerare “il valore culturale” di certi beni, “la promozione della diversità culturale” e “la cultura come un elemento essenziale della integrazione europea”.

BIBLIOGRAFIA

- Camba Constenla C., *El derecho de la cinematografía en España y en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- Derout A., *La protection des biens culturels en droit communautaire*, Éditions Apogée, Rennes, 1993.
- Dondelinger J., *les relations de la Communauté et de la culture*, 1992, in “Revue du Marché Commun” n. 334, febbraio 1990.
- Ferrari E. (a cura di), *Attività economica ed attività sociali nei servizi di interesse generale*, Giappichelli, Torino, 2007.
- Giannini M.S., *I beni culturali*, in “Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico”, anno XXVI, 1976.
- Häberle P. (a cura di), *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1982.
- Loman A., Mortelmans K., Post H.H.G., Watson S., *Culture and community law. Before and after Maastricht*, Kluwer, Deventer, 1992.
- Martin Rebollo L., *El comercio del arte y la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 1994.
- Mesnard A.H., *Droit et politique de la culture*, PUF, Parigi, 1990.
- Padrós Reig C., *Derecho y cultura*, Atelier, Barcellona, 2000.
- Pontier J.M., Ricci J.C., Bourdon J., *Droit de la culture*, 2ª ed., Daloz, Parigi, 1996.
- Quadranti I., *La politica culturale europea nel periodo di riflessione sul futuro dell'Unione*, in “Aedon, Rivista di arti e diritto on line”, Il Mulino, 2006.
- Prieto de Pedro J., *Culturas y Constitución*, Congreso de los Diputados y Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- De la Sierra S., *Derecho del cine: Administración cultural y mercado*, Iustel, Madrid, 2010.
- Spagna Musso E., *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, Morano, Napoli, 1961.
- Vaquer Caballería M., *Estado y cultura. La función cultural de los poderes públicos en la Constitución española*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998.
- Vaquer Caballería M., *La protección jurídica del patrimonio cultural inmaterial*, in “Museos.es”, n.1, 2005

NOTE

1. Così affermava la stessa Commissione nella sua Comunicazione al Consiglio Community Action in the Cultural Sector del 22 novembre 1977: “Just as the ‘cultural sector’ is not in itself ‘culture’, Community action in the cultural sector does not constitute a cultural policy” ma che nella sua maggioranza “involves freedom of trade, freedom of movement and establishment, harmonization of taxation systems and legislation”.
2. Si veda, per esempio, la Direttiva del Consiglio del 15 ottobre 1963, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del Programma generale per la soppressione delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi in materia di cinematografia, che si propone di realizzare un “mercato comune della cinematografia”.
3. Sentenze Corte giust. CE 23 Aprile 1991, Höfner e Elser, causa C-41/90 (riferita a un ente pubblico), e del 16 novembre 1995, Fédération Française des Sociétés d'Assurances, causa C-244/94 (riferita ad un ente privato senza scopo di lucro), Trib. CE 22 ottobre 1997, SCK e FNK, cause riunite T-213/95 e T-18/96 (riferita a una fondazione).
4. Non sempre è agevole la distinzione tra le due categorie. Nella prima comunicazione su *I servizi di interesse generale in Europa* del 1996 (DOCE 96/C 281/03), la Commissione incluse a priori alcuni settori, tra i quali la cultura, tra i servizi di interesse generale non economico, abbandonando poi questa pretesa [a partire dalla seconda comunicazione in materia del 20 settembre 2000, COM(2000) 580 definitivo], a favore di una distinzione basata su una valutazione dinamica dei singoli casi così come sottolineato dalla Corte di Giustizia. Per quanto riguarda tale distinzione tra i servizi che rivestono o no rilevanza economica, nella comunicazione del 20 novembre 2007 [COM(2007) 725 definitivo], la Commissione afferma che “non può essere data una risposta a priori; è infatti necessaria un'analisi caso per caso”, nella quale non rileva né il settore cui l'attività afferisce né il soggetto che la realizza né la forma attraverso la quale si finanzia, isolatamente considerata, ma “la Corte fa riferimento ad una serie di criteri relativi alle condizioni di funzionamento del servizio all'esame”. Sulla differenza tra i servizi di interesse economico generale e quelli

- non economici, mi permetto di rimandare al mio *I problemi della contrapposizione tra economico e sociale nella caratterizzazione dei servizi di interesse generale*, in Ferrari E. (a cura di), *Attività economiche ed attività sociali nei servizi di interesse generale*, Giappichelli, Torino, 2007, pp.313-331.
5. Per la Corte di Giustizia, solo quando i servizi, in questo caso come in altri settori, sviluppano un'attività “di carattere esclusivamente sociale” è possibile escluderne la rilevanza economica e, conseguentemente, l'applicazione dell'articolo 106 del Trattato e delle relative norme che regolano il mercato e la concorrenza. Sentenze 17 febbraio 1993, Christian Poucet/Assurances générales de France, cause riunite C-159 e C-160/91 e 22 gennaio 2002, Cisl, causa C-218/00.
6. La Direttiva 2006/123/CE, 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno (nota come Direttiva Bolkestein) ha escluso dal proprio ambito di applicazione i “servizi non economici d'interesse generale” e alcuni “servicios de interés económico general”, come i materiali audiovisivi, inclusi i servizi cinematografici e radiofonici, ma non i rimanenti servizi culturali, ai quali sono applicabili le sue rigide disposizioni per ampliare il mercato interno.
7. In materia culturale, possono vedersi per esempio le Conclusioni del Consiglio del 22 maggio 2008 sulle competenze interculturali, nelle quali si favorisce “la promozione di mezzi di comunicazione senza scopo di lucro inseriti nella società civile” (DOUE C 141/15, del 7 giugno 2008).
8. Commissione europea, Servizi di interesse economico generale e aiuti statali (documento non ufficiale del dibattito), 12 novembre 2002, par. 3 e 12.
9. Sentenze TJCE 22 novembre 2001, Ferring, causa C-53/00 e 24 luglio 2003, Altmark Trans GmbH, causa C-280/00.
10. Commissione europea, Servizi di interesse economico generale e aiuti statali, cit., par. 57, e Decisione 2005/842/CE, del 28 novembre 2005, relativa all'applicazione delle disposizioni dell'articolo 86, comma 2, del Trattato CE agli aiuti statali in forma di compensazione per il servizio pubblico concessi ad alcune imprese incaricate

- della gestione di servizi di interesse economico generale.
11. Prendo questi criteri da Carmen Camba, 2002, p.498.
12. Questa dottrina contrasta con le Risoluzioni del Consiglio del 21 gennaio 2003 relative al luogo della cultura nell'Unione Europea (2002/C 32/02), che “considera importante iniziare (...) un lavoro di miglioramento dell'applicazione dei commi 2 e 4 dell'articolo 151 del Trattato”, e sopra lo sviluppo del settore audiovisivo (2002/C 32/04), che afferma che “l'audiovisivo ha in sé fondamentalmente una dimensione culturale e costituisce un'espressione creativa, specialmente di identità” e invita alla Commissione a “considerare l'importanza e il ruolo degli aiuti pubblici (...) e a prendere ogni tipo di iniziativa che permetta agli Stati membri di scegliere, prevedere e applicare regimi di aiuto al settore rispettando le norme del Trattato”. Simile è il caso del libro, nel quale la Risoluzione del Consiglio del 12 febbraio 2001 (2001/C 73/03) “invita la Commissione a considerare, quando applica le norme in materia di concorrenza e di libera circolazione di merci, il valore culturale particolare del libro e la sua importanza per la promozione della diversità culturale”.
13. Comunicazione della Commissione su taluni aspetti giuridici riguardanti le opere cinematografiche e altre opere audiovisive, del 26-9-2001, COM (2001)534 finale. Come la stessa avverte, le sue determinazioni sui criteri specifici della Commissione per valutare gli aiuti statali (par. 2.3.b) si ispirano alla Decisione N3/98, del 3 giugno 1998.
14. Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme in materia di aiuti statali ai servizi pubblici di radiodiffusione (2001/C 320/04).
15. Il Tribunale ha accettato la protezione della lingua “come mezzo di espressione della identità e cultura nazionali” e che “una politica volta alla difesa e promozione della lingua di uno Stato membro che, allo stesso tempo, è la lingua nazionale e la prima lingua ufficiale” non è contraria ai Trattati (Sentenza del 28-11-1989, Groener, causa C-379/87) e ha risolto in altre occasioni (citato nel quadro precedente) a favore del finanziamento di film nelle lingue ufficiali, per esempio