

DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

Anno LVIII – n. 1-2 – *Gennaio-Giugno 2019*

Nuova serie de “Il diritto negli scambi internazionali”

Indice – Sommario

AVVERTENZA

In questo numero della Rivista sono pubblicati gli Atti del trentunesimo convegno annuale di AIGLI (Associazione Internazionale Giuristi di Lingua Italiana) tenutosi a Stresa nei giorni 27-30 settembre 2018, sul tema «La rivoluzione nella protezione dei dati personali». Le relazioni presentate al Convegno sono inserite nella rubrica «Documentazione» unitamente alla presentazione degli Atti del Convegno.

ARTICOLI

Fausto Capelli - CULTURA DELL'ETICA E DELLA LEGALITÀ IN UN MONDO DOMINATO DALLA POLITICA E DALL'ECONOMIA (Come tutelare gli interessi della generalità dei cittadini e provvedere alla difesa dei beni comuni) - PARTE QUINTA - ANALISI DELLE RIFORME E DELLE MODIFICHE PROPOSTE: LORO ATTUAZIONE E RISULTATI CONSEGUIBILI IN ITALIA. VALUTAZIONI FINALI E CONCLUSIVE - PRIMA SEZIONE – Descrizione e valutazione delle riforme e delle modifiche proposte

(Culture of Ethics and Legality in a World Dominated by Politics and Economics (How to Safeguard the Interests of the Citizens and Provide for the Defense of Common Goods) - FIFTH PART - ANALYSIS OF THE REFORMS AND OF THE PROPOSED CHANGES: THEIR IMPLEMENTATION AND RESULTS ACHIEVABLE IN ITALY. FINAL EVALUATION - FIRST SECTION - Description and Evaluation of the Reforms and of the Proposed Changes)

Pag. 1

COMMENTI

- Federico Forni* - Le autorità degli Stati membri possono essere chiamate a difendere davanti ai giudici nazionali gli esiti della decisione congiunta adottata nell'ambito di una procedura decentrata per l'autorizzazione all'immissione in commercio dei medicinali
(*Member States Authorities May Be Challenged in Front of National Judges to Defend the Outcome of the Common Decision in the Frame of a Decentralized Procedure for the Marketing Authorization of Medicines*) Pag. 51
- Rosario Federico* - Traghetti del Mediterraneo *ter*: le categorie degli aiuti di Stato alla prova del *private enforcement*
(*Traghetti del Mediterraneo ter: Testing State Aid Categories in Private Enforcement Cases*) » 77
- Vito Rubino* - La tutela interordinamentale dei diritti fondamentali dopo la sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale italiana: quali ricadute nello spazio economico e giuridico europeo?
(*The Multi-Level Protection of Fundamental Right After the Italian Constitutional Court Judgement No. 115/2018: What Effects on the European Area of Freedom, Security and Justice?*) » 123
- Gian Franco Simonini* - Il concetto di restrizioni sensibili alla concorrenza per «oggetto» e per «effetto»: è ancora attuale un'interpretazione formalistica dell'art. 101 TFUE?
(*The Sensitive Restrictions to Competition for «Object» and «Effect»: at Present is Still Justified a Formalistic Approach?*) » 143

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

- Marco Vitale* - Carlo Cattaneo e lo spirito d'impresa: ricominciamo da Carlo Cattaneo
(*Carlo Cattaneo and the Spirit of Enterprise: Let's Start Again from Carlo Cattaneo*) » 245
- Fausto Capelli* - L'attesa: chi la subisce e chi la domina per progredire
(*Waiting: Who Suffers it and who Dominates it to Progress*) » 255

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

Salvaguardia della salute pubblica: la Corte di giustizia interpreta le disposizioni della direttiva n. 2001/83/Ce che disciplinano la procedura decentrata di mutuo riconoscimento delle autorizzazioni all'immissione sul mercato di medicinali per uso umano

Sentenza della Corte di giustizia del 14 marzo 2018 in causa n. C-557/16

Astellas Pharma GmbH, con l'intervento di: *Helm AG*,
Lääkealan turvallisuus- ja kehittämiskeskus (Fimea)
(con commento di *Federico Forni*)

Pag. 49

Liberalizzazione del mercato marittimo: ancora una volta all'esame della Corte di giustizia il caso degli aiuti di Stato alla Tirrenia

Sentenza della Corte di giustizia del 23 gennaio 2019 in causa n. C-387/17

Traghetti del Mediterraneo ter
(con commento di *Rosario Federico*)

» 75

II. MASSIMARIO ANNOTATO

(a cura di *Enrica Adobati*)

Diritto alle prestazioni familiari per i figli residenti in uno Stato membro diverso da quello in cui il genitore risiede e nel quale ha cessato di svolgere un'attività lavorativa subordinata

Sentenza della Corte di giustizia del 7 febbraio 2019 in causa n. C-322/17

Eugen Bogatu c. Minister for Social Protection

» 93

La Corte di giustizia ha annullato la sentenza del Tribunale che aveva rifiutato la registrazione dell'iniziativa dei cittadini europei (ICE) volta a migliorare la situazione delle regioni a minoranza nazionale

Sentenza della Corte di giustizia del 7 marzo 2019 in causa n. C-420/16 P

Balázs-Árpád Izsák, residente in *Târgu Mureş (Romania)*,
Attila Dabis, residente in *Budapest (Ungheria)* c. *Commissione europea*

» 94

<p>La Corte di giustizia si pronuncia sulla perdita della cittadinanza dell'Unione europea Sentenza della Corte di giustizia del 12 marzo 2019 in causa n. C-221/17 <i>M. G. Tjebbes, G. J. M. Koopman, E. Saleh Abady, L. Duboux c. Minister van Buitenlandse Zaken</i></p>	Pag. 97
<p>Per essere esonerato dalla compensazione pecuniaria in caso di ritardo prolungato il vettore aereo deve provare di avere fatto tutto il possibile per limitare i danni Sentenza della Corte di giustizia del 4 aprile 2019 in causa n. C-501/17 <i>Germanwings GmbH c. Wolfgang Pauels</i></p>	» 99
<p>Sentenza della Corte di giustizia del 10 luglio 2019 in causa n. C-163/18 <i>HQ, IP, legalmente rappresentato da HQ, JO c. Aegean Airlines SA</i></p>	» 100
<p>Sentenza della Corte di giustizia dell'11luglio 2019 in causa n. C-502/18 <i>CS e altri c. České aerolinie a.s.</i></p>	» 101
<p>È contraria al diritto dell'Unione la normativa greca che vieta ad un monaco in possesso della qualifica di avvocato di iscriversi all'albo forense utilizzando il titolo conseguito in altro Stato membro Sentenza della Corte di giustizia del 7 maggio 2019 in causa n. C-431/17 <i>Monachos Eirinaios, kata kosmon Antonios Giakoumakis tou Emmanouil c. Dikigorikos Syllogos Athinon</i></p>	» 103
<p>È contraria al diritto dell'Unione europea la normativa di una federazione sportiva che esclude la partecipazione ai campionati italiani di un cittadino europeo Sentenza della Corte di giustizia del 13 giugno 2019 in causa n. C-22/18 <i>TopFit eV, Daniele Biffi c. Deutscher Leichtathletikverband eV</i></p>	» 105
<p>Il sistema obbligatorio delle tariffe professionali mantenute dalla Germania è incompatibile con il diritto dell'Unio-</p>	

ne europea

Sentenza della Corte di giustizia del 4 luglio 2019 in causa n. C-377/17

Commissione europea c. Repubblica federale di Germania, sostenuta da Ungheria

Pag. 107

La Corte di giustizia si pronuncia sul trattamento delle domande di protezione internazionale

Sentenza della Corte di giustizia del 25 luglio 2018 in causa n. C-585/16

Serin Alheto c. Zamestnik-predsdatel na Darzhavna agentsia za bezhantsite

» 109

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

Reati di frode fiscale in danno dell'Unione e prescrizione: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto

Sentenza della Corte costituzionale n. 115 del 10 aprile-31 maggio 2018

» 115

Comunicato del 31 maggio 2018 a cura dell'Ufficio Stampa della Corte costituzionale

Frodi Ue e prescrizione: la "regola Taricco" è incompatibile con il principio di determinatezza della norma penale. Una vicenda emblematica di dialogo tra Corti
(con commento di *Vito Rubino*)

» 117

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

Nuove considerazioni su alcuni concetti fondamentali del diritto della concorrenza

Art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea
(con il contributo di *Gian Franco Simonini*)

» 141

Consiglio europeo

Riunione straordinaria del Consiglio europeo (Articolo 50),
21 marzo 2019 - Conclusioni

» 189

Conclusioni del Consiglio europeo, 21 - 22 marzo 2019	Pag. 190
Riunione straordinaria del Consiglio europeo (Articolo 50), 10 aprile 2019 - Conclusioni	» 191
Conclusioni del Consiglio europeo, 20 giugno 2019	» 192
Riunione straordinaria del Consiglio europeo (Articolo 50), 30 giugno, 1° e 2 luglio 2019 - Conclusioni	» 194

DOCUMENTAZIONE

Atti del trentunesimo Convegno annuale di AIGLI (Associazione Internazionale Giuristi di Lingua Italiana) tenutosi a Stresa nei giorni 27-30 settembre 2018, sul tema «La rivoluzione nella protezione dei dati personali»

<i>Irene Elettra Pelargonio</i> - Presentazione del Convegno (<i>Notes of the Thirty-First Annual Meeting of AIGLI (International Association of Italian Speaking Jurists) Held in Stresa on September 27-30, 2018, Titled "The Revolution in the Protection of Personal Data"</i>)	» 195
<i>Lorenzo Conti</i> , Il ruolo del Responsabile del trattamento (<i>Data Processor</i>) prima e dopo il Regolamento (Ue) n. 2016/679 e il suo rapporto contrattuale con il Titolare del trattamento (<i>Data Controller</i>) (<i>The Role of the Data Processor Before and After the Regulation (EU) n. 2016/679 and his Contractual Relationship with the Data Controller</i>)	» 199
<i>Maria Francesca Lanzio</i> - Brevi osservazioni sul trattamento dei dati personali delle persone decedute in Italia dopo il Regolamento (Ue) n. 2016/679 (<i>Short Comments on the Processing of Personal Data of Deceased People in Italy After the Regulation (EU) n. 2016/679</i>)	» 215
<i>Iannis Tsamichas</i> - Che cos'è il «GDPR» - Qual è la legge applicabile secondo l'ordinamento giuridico greco (<i>What is the «GDPR» - Applicable Law According to the Greek Legal System</i>)	» 221

<i>Jean-François Sampieri-Marceau</i> - Applicazione del Regolamento generale sulla protezione dei dati ai dati personali degli avvocati francesi: un'esperienza pratica <i>(Example of Immediate Application of the GDPR to the Personal Data of French Lawyers)</i>	Pag. 233
<i>Samantha Alvares - Geórgia Costa - Ellen Key Passini</i> - La protezione dei dati personali in Brasile: i principali aspetti della legge n. 13.709/2018 <i>(The Protection of Personal Data in Brazil - L. n.13.709/2018)</i>	» 235
<i>Claudio Arturo</i> - Considerazioni conclusive <i>(Final Considerations)</i>	» 241
Hanno collaborato a questo numero	» 259

ARTICOLI

**CULTURA DELL'ETICA E DELLA LEGALITÀ IN UN MONDO
DOMINATO DALLA POLITICA E DALL'ECONOMIA**
*(Come tutelare gli interessi della generalità dei cittadini e provvedere
alla difesa dei beni comuni)*

PARTE QUINTA*

**ANALISI DELLE RIFORME E DELLE MODIFICHE PROPOSTE:
LORO ATTUAZIONE E RISULTATI CONSEGUIBILI IN ITALIA.
VALUTAZIONI FINALI E CONCLUSIVE**

Prima Sezione

**DESCRIZIONE E VALUTAZIONE DELLE RIFORME E DELLE MODIFICHE
PROPOSTE**

Sommario: **A.** LE PRIORITARIE RIFORME PROPOSTE SOTTO IL PROFILO ISTITUZIONALE: DUE LEGGI SULL'INCOMPATIBILITÀ - **I.** *In generale* - **II.** *Portata delle due leggi sull'incompatibilità* - **III.** *Conseguenze della legge sulla incompatibilità tra cariche parlamentari e cariche governative: elezione diretta del Presidente della Repubblica (Capo dello Stato)* - **B.** LE ULTERIORI RIFORME PROPOSTE SOTTO IL PROFILO ISTITUZIONALE: NUOVE LEGGI SUI PARTITI POLITICI, SUI SINDACATI DEI

* La Redazione informa i lettori che la Parte Prima e la Parte Seconda del presente saggio sono state rispettivamente pubblicate nei fascicoli nn. 1-2/2017 e n. 3/2017. Della Parte Terza la prima sezione è stata pubblicata nei fascicoli nn. 1-2/2018 e la seconda sezione nel fascicolo n. 3/2018. La Parte Quarta è stata pubblicata nel fascicolo n. 4/2018.

LAVORATORI E SUGLI ENTI LOCALI - **I.** *I partiti politici: necessità di una legge che disciplini la struttura e la gestione dei partiti politici nonché il loro finanziamento* - **1.** *Struttura e gestione dei partiti politici* - **2.** *Finanziamento dei partiti politici* - **II.** *La riforma dei sindacati dei lavoratori* - **1.** *Struttura e disciplina dei sindacati* - **2.** *I cambiamenti da introdurre* - **III.** *I poteri delle Regioni e degli Enti locali secondo il titolo V della Costituzione* - **1.** *Osservazioni preliminari* - **2.** *Analisi del nuovo dettato costituzionale* - **3.** *Valutazioni conclusive e proposte specifiche* - **C.** **LE MODIFICHE PROPOSTE SOTTO IL PROFILO SOCIO-POLITICO-CULTURALE** - **I.** *Osservazioni introduttive* - **II.** *Attuazione dell'art. 118, ultimo comma, della Costituzione: significato e portata* - **III.** *Risultati conseguibili in applicazione dell'art. 118, ultimo comma, della Costituzione* - **D.** **LA LEGGE DELEGA SULLA RIFORMA DEL TERZO SETTORE (LEGGE N. 106 DEL 6 GIUGNO 2016) E I RELATIVI DECRETI DELEGATI** - **I.** *Osservazioni preliminari* - **II.** *Analisi e valutazione della legge delega di riforma del Terzo Settore* - **III.** *Attuazione della Legge di riforma del Terzo Settore tramite i decreti delegati* - **1.** *I decreti legislativi adottati* - **2.** *Settori di attività degli Enti e delle Associazioni* - **3.** *Funzioni di controllo esercitate dagli Enti* - **IV.** *Valutazioni finali e conclusive* - **E.** **CONSIDERAZIONI SULLE PROSPETTIVE DI SVILUPPO** - **I.** *In generale* - **II.** *Rivoluzione civile e Terzo Settore* - **1.** *Riforma della pubblica amministrazione* - **2.** *Aumento dei poteri delle Comunità locali* - **3.** *Nuovi indirizzi per l'azione sociale ed amministrativa* - **4.** *Considerazioni conclusive.*

A. LE PRIORITARIE RIFORME PROPOSTE SOTTO IL PROFILO ISTITUZIONALE: DUE LEGGI SULL'INCOMPATIBILITÀ

L'uomo libero diffida di ogni accumulazione del potere politico, perché sa che di ogni potere, che non viene tenuto nei suoi limiti da contrappesi, si fa presto o tardi abuso.
 Wilhelm Röpke

I. In generale

Dalle considerazioni in precedenza svolte si desume che il primo rimedio efficace al quale sarebbe possibile ricorrere in una democrazia parlamentare come quella italiana, per prevenire la nascita e la diffusione dei problemi sopra descritti, sarebbe di natura istituzionale. Si tratterebbe, in primo luogo, di ricorrere all'adozione di due leggi che specificamente disponessero, la prima, l'incompatibilità tra cariche parlamentari e cariche governative¹, nonché, la seconda, l'incompatibilità tra le cariche ufficiali

¹ La permanente aspirazione di molti parlamentari italiani a diventare ministri o sottosegretari è stata sistematicamente e sarcasticamente criticata da G. SARTORI in particolare, nel

di rappresentanza dei partiti politici attribuite ai loro esponenti (ad esempio: segretario, tesoriere) e gli incarichi operativi agli stessi conferiti sia dal governo, sia da enti o da organismi pubblici. A queste due proposte di legge, che introducono modifiche istituzionali destinate ad incidere sul comportamento dei rappresentanti politici ai quali il potere viene affidato, dovranno, come già accennato, essere aggiunte altre proposte di legge con valenza istituzionale, riguardanti: *a.* la gestione dei partiti politici e il loro finanziamento; *b.* la funzione dei sindacati dei lavoratori; *c.* i poteri delle Regioni e degli Enti locali.

II. Portata delle due leggi sull'incompatibilità

Le due leggi sull'incompatibilità potrebbero evitare per il futuro gli eccessi nei quali i partiti politici sono incorsi in passato e la loro adozione non richiederebbe alcuna modifica costituzionale.

I partiti, infatti, vedrebbero ridimensionata, nella gestione degli affari politici, l'ampiezza dei loro poteri rispetto al passato. Come abbiamo visto, i partiti hanno sempre avuto la possibilità di esercitare il potere praticamente senza limiti e senza vincoli, tramite i propri rappresentanti sapientemente collocati sia nel Parlamento, sia nel Governo, sia nelle Regioni, sia infine negli enti regionali e locali (come pure nelle strutture della Pubblica Amministrazione, in tutte le sue articolazioni: uffici ministeriali, imprese partecipate, ospedali, università, etc.).

A tale proposito basta rileggere il passo cruciale della *confessione* del Segretario generale del Partito comunista italiano *Enrico Berlinguer*, sopra riportato, per sincerarsene: *«I partiti hanno occupato lo Stato e tutte le sue istituzioni, a partire dal governo. Hanno occupato gli enti locali, gli enti di previdenza, le banche, le aziende pubbliche, gli istituti culturali, gli*

suo libro *Elementi di teoria politica*, Bologna, il Mulino, 1987, nel quale l'autore, a p. 237, così si esprime: *«Visto che non è chiaro che cosa il parlamentare come tale sia tenuto a fare e a non fare, e visto che al giorno d'oggi il Parlamento si colloca a ridosso del Governo, ne consegue che un buon numero di parlamentari (non tutti, si intende) siede in Parlamento non tanto per fare il parlamentare, quanto per essere promosso a governante. Ho già accennato a questo dolente tasto (dolentissimo in Italia) ma occorre insistere, perché un Parlamento non può che creare disfunzioni gravissime in tutto il sistema se i parlamentari non vengono obbligati a fare il loro mestiere e si sentono invece in una specie di anticamera ministeriale: vale a dire si sentono tenuti a dover diventare ministri – o quantomeno sottosegretari – per dimostrare di essere parlamentari riusciti, onorevoli di primo piano»*. Per quanto riguarda il numero dei sottosegretari da inserire nel Governo, è noto che esso è sempre dipeso dalla necessità di farvi entrare tutti gli esponenti delle diverse correnti dei partiti disposti a sostenerlo. Più numerose sono le correnti più numerosi saranno i sottosegretari. A questo proposito è pertinente ricordare un'altra folgorante battuta di Leo Longanesi: *«È più facile assumere un sottosegretario che una responsabilità»*.

ospedali, le università, la Rai TV, alcuni grandi giornali. (...) E il risultato è drammatico»².

La riduzione della pressione dei partiti non può pertanto che recare sicuri benefici al sistema politico italiano che proprio dai partiti è stato dominato con l'interessato sostegno delle forze sindacali e della burocrazia³. Orbene con l'introduzione della prima delle due leggi sull'incompatibilità, sopra indicate, si otterrà una limitazione evidente dei poteri dei partiti i quali non potranno più inserire nel governo propri rappresentanti come ministri (o sottosegretari), qualora fossero nello stesso tempo membri del Parlamento. Per di più i partiti dovranno anche introdurre appositi cambiamenti nella tecnica di selezione dei candidati al Parlamento medesimo. Riducendosi, infatti, la possibilità per i partiti di influenzare concretamente l'esercizio del potere esecutivo tramite l'inserimento nel governo delle stesse persone che siedono in Parlamento, finirà anche per cambiare l'approccio dei candidati alla competizione politica dato che, in caso di elezione, i parlamentari dovrebbero svolgere in Parlamento essenzialmente la funzione di legislatori e quella di controllori dell'attività del Governo, dal quale però rimarrebbero in ogni caso esclusi⁴.

² V. il testo completo in precedenza riportato nella Seconda Sezione della Parte Terza. Cfr. inoltre A. QUADRIO CURZIO, *Noi, l'economia e l'Europa*, Bologna, il Mulino, 1996, p. 34: «La classe politico-partitica manteneva così il consenso al suo interno e nel Paese attraverso un sistema via via più perfetto e perverso di consociativismo». Cfr. anche F. CAPELLI, *L'euro nell'ordinamento dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1999, p. 57 ss. (capitolo: *L'euro e l'Italia*); v. infine S. ROSSI, *La politica economica italiana, 1968-1998*, Bari, Laterza, 1998, pp. 103-104: «Non è difficile vedere in questa anomalia il risultato di uno scambio politico fra i "poteri forti" dell'Italia dello scorso trentennio: gli apparati dei partiti, soprattutto di quelli specializzati nella gestione privatistica dell'impiego pubblico, i sindacati, le grandi imprese pubbliche e private».

³ Osserva G. SARTORI, *Elementi di teoria politica*, cit. supra, nota 1, p. 235: «Al posto dei tre poteri tradizionali troviamo cinque centri di potere – partito, sindacato, parlamento, governo, burocrazia – che fanno funzionare il sistema, grosso modo, così: come un sistema di negoziazione a molteplici passaggi tra organi e centri di potere a competenze promiscue».

⁴ Come riferisce CLAUDE-HENRI DE SAINT-SIMON, *Della riorganizzazione della società europea*, in *Opere*, Torino, Utet, 2007, p. 176, MONTESQUIEU, ne *Lo spirito delle leggi*, a cura di S. COTTA, Torino, Utet, 1965, Libro XIX, Capitolo XXVII, sosteneva che: «è l'istituzione che forma gli uomini». Quale sia invece il modo di operare e, in realtà, di vivere dei parlamentari italiani nell'attuale contesto politico-istituzionale, viene efficacemente descritto da G. SARTORI, *Elementi di teoria politica*, loc. cit., p. 229: «il parlamentare della seconda metà del XX Secolo vive in uno stato di surmenage cronico. E questo è il male invisibile che sta all'origine dei mali visibili. Perché in queste condizioni il parlamentare viene ipso facto assorbito, se non stritolato, dall'ingranaggio». Inoltre, a causa della vita che essi conducono «i parlamentari non hanno un minuto di tempo per raccogliersi, per pensare, per riflettere, per approfondire un problema, per informarsi. Sono persone mentalmente estenuate». Come si può desumere da questa descrizione, il parlamentare italiano, a causa dei troppi impegni, dentro e fuori il Parlamento, è sempre indaffarato e costretto a condurre un'esistenza molto dispersiva che lo porta a vivere alla giornata. Poiché si trova sommerso e travolto dalla quotidianità è indotto a reagire in modo epidermico ad ogni stimolo, senza un momento di pausa o di distacco, dovendo assicurare la propria presenza costante in ogni evento, anche marginale, che possa offrirgli l'occasione di essere ripreso dalla stampa e dagli altri mezzi di comunicazione.

Con l'introduzione della seconda legge sull'incompatibilità sopra indicata, si ridurrebbe ulteriormente la facoltà dei partiti di influenzare in senso negativo il sistema politico italiano. Con questa legge, infatti, verrebbe posto un freno al carrierismo dei rappresentanti dei partiti che cercano di sfruttare la loro posizione per acquisire incarichi dal Governo o da enti ed organismi pubblici⁵. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, le due leggi sull'incompatibilità, ripetiamo, possono essere adottate senza necessità di apportare modifiche alla Costituzione⁶.

III. Conseguenze della legge sulla incompatibilità tra cariche parlamentari e cariche governative: elezione diretta del Presidente della Repubblica (Capo dello Stato)

Se l'adozione della legge di incompatibilità tra cariche parlamentari e cariche governative non richiede alcuna modifica della nostra Costituzione in *via preventiva*, una siffatta modifica potrebbe invece apparire consigliabile, *in via successiva*, per rendere possibile una corretta e incontrastata applicazione della legge medesima, una volta adottata.

Come si ricorderà, la nomina del *Governo dei tecnici* nel 2011, da parte del Presidente della Repubblica, aveva incontrato opposizioni anche perché seguiva un indirizzo che era in contrasto con i principi non scritti di diritto costituzionale, in quanto nel Governo dei tecnici non era stato inserito, come Ministro, alcun parlamentare. Il superamento di tali opposizioni, come sappiamo, è stato possibile per la necessità di dover far fronte in Italia all'emergenza finanziaria, che minacciava la stabilità dei conti e l'equilibrio del bilancio dello Stato. In condizioni di normalità, al contrario, la nomina del Primo ministro e dei ministri, scelti tra persone non facenti parte del Parlamento, si sarebbe indubbiamente rivelata un vero problema per il Presidente della Repubblica, trattandosi di una scelta e di una nomina contrastanti con la prassi da sempre seguita in Italia alla luce dell'art. 92 della Costituzione (tenuto anche conto del fatto che lo stesso Presidente della Repubblica viene eletto dai membri del Parlamento in base all'art. 83 Costituzione).

⁵ Sul punto v. L. FERRAJOLI, *Separare i partiti dallo Stato e riportare i partiti nella società*, relazione presentata al Convegno «*Separare i partiti dallo Stato?*» promosso da Fondazione Lelio e Lisli Basso, Roma, 1° febbraio 2016.

⁶ Per quanto riguarda, di contro, gli Stati Uniti d'America, considerato il particolare sistema istituzionale che attribuisce al Presidente il potere esecutivo (in sostanza il Governo è rappresentato dal Presidente e i "Ministri" sono dei collaboratori del Presidente), l'incompatibilità è prevista espressamente nella Costituzione (art. 1, Sezione 6, secondo comma), come più avanti si preciserà.

In effetti, poiché per il Presidente della Repubblica, Capo dello Stato, nominare il Primo ministro significa scegliere una personalità che dovrebbe fornire tutte le garanzie, non solo di competenza tecnica, ma anche di equilibrio, di serietà e di onestà per far fronte adeguatamente agli impegni da assumere⁷, appare necessario che il Presidente della Repubblica, perché possa essere veramente libero da ogni condizionamento nell'operare tale scelta, venga messo al riparo da ogni sospetto. Ancor più il Presidente della Repubblica (Capo dello Stato) dovrà essere messo al riparo da ogni sospetto nel caso in cui dovesse effettuare tale scelta per dare attuazione alla legge sull'incompatibilità tra cariche parlamentari e cariche governative che esclude la nomina, in qualità di Primo Ministro e di Ministri del Governo, di persone che siano contemporaneamente membri del Parlamento. Ne consegue che il modo più efficace per consentire di raggiungere questo obiettivo sarebbe quello di far eleggere il Capo dello Stato, (Presidente della Repubblica), direttamente dal popolo italiano.

A questo punto, se viene considerata necessaria l'elezione diretta del Capo dello Stato, da parte del popolo italiano, mediante una libera votazione a suffragio universale, occorrerà procedere ad un'apposita modifica della nostra Costituzione e, in particolare, del suo art. 83.

Per la verità, proposte in tal senso, anche se con obiettivi diversi, sono state presentate da alcune parti politiche⁸.

A nostro avviso, con tale modifica costituzionale che introduce l'elezione diretta del Presidente della Repubblica da parte del popolo italiano, *senza però ampliarne i poteri che rimarrebbero quelli attualmente previsti dalla Costituzione*, si otterrebbero due risultati sicuri ed altrettanto importanti.

Innanzitutto, il Capo dello Stato, venendo eletto direttamente dal popolo, acquisirà un prestigio meritato e riconoscibile agli occhi dei cittadini, che gli consentirà di procedere ad una scelta adeguata e ragionevole del

⁷ Individuare la persona più adatta ad assumere un tale ruolo non sarà semplice in ogni caso. Facendo riferimento alle figure di *uomo di Stato* e di *uomo di Governo* brillantemente descritte da G. MOSCA e più avanti riportate, la scelta dovrà tenere conto delle caratteristiche di entrambe, considerato che, come precisa lo stesso G. MOSCA, *Elementi di scienza politica*, Torino, Utet, 1982, p. 1069: «È difficile assai che, in tempi normali, nella lotta per la preminenza, che avviene fra coloro che aspirano ad arrivare ai posti supremi, riportino la vittoria i filosofi, come Platone li concepiva. Prima di tutto perché, molto spesso, la vera saggezza non eccita l'ambizione ma la smorza e poiché le alte qualità del carattere e dell'intelletto non li avvicinano, ma piuttosto li allontanano, dalle cariche più elevate».

⁸ Come indicato in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, p. 1652: «Il progetto predisposto dalla III Bicamerale [nel 1997] costituisce il più importante tentativo d'introdurre l'elezione popolare del Presidente della Repubblica da quando venne accolto il sistema d'elezione vigente. Esso prevedeva l'elezione diretta a suffragio universale e a maggioranza assoluta del Presidente della Repubblica, con ricorso al ballottaggio al secondo turno se nessuno dei candidati avesse ottenuto i voti necessari per essere eletto».

Primo ministro, superando il timore di essere sospettato di favorire interessi di corrente o di partito.

In secondo luogo, la nomina di un Primo ministro⁹ operata da un Capo dello Stato, eletto direttamente dal popolo, conferirebbe senz'altro alla persona nominata e incaricata di formare il Governo per assumerne la guida, maggior sicurezza e serenità nella selezione dei membri del proprio Governo e una maggior forza, anche sotto il profilo psicologico, per resistere ai tentativi di condizionamento esercitati dai più diversi gruppi di pressione¹⁰.

Un Primo ministro in grado, quindi, di poter beneficiare di queste favorevoli condizioni di partenza¹¹, essendo più libero nella scelta dei ministri, sarebbe certamente in grado di affrontare i problemi socio-economico-politici nell'ambito dell'attività di Governo con maggiore equilibrio ed autorità.

⁹ Ovviamente, qualora il Primo Ministro designato fosse stato eletto al Parlamento, dovrebbe presentare le dimissioni da parlamentare, nel caso in cui assumesse ufficialmente la funzione di primo ministro.

¹⁰ Sarebbe un successo se la scelta del Primo ministro potesse cadere su una personalità in grado di vantare le qualità che *Gaetano Mosca* attribuisce all'uomo di Stato. Secondo G. MOSCA, *Elementi di scienza politica*, cit. supra, nota 7, p. 1067: «Uomo di Stato è colui che per la vastità delle sue cognizioni o per la profondità delle sue vedute acquista una coscienza chiara e precisa dei bisogni della società in cui vive e che sa trovare la via migliore per condurla, con le minori scosse e con le minori sofferenze possibili, alla meta alla quale deve, o almeno potrebbe, arrivare».

¹¹ Nell'ipotesi in cui non fosse possibile trovare una personalità con le qualità dell'uomo di Stato (così come descritta nella precedente nota) G. MOSCA, *Elementi di scienza politica*, loc. cit., p. 1068, si accontenta dell'uomo di Governo: «Uomo di Governo è colui che ha le qualità richieste per arrivare ai posti più elevati della gerarchia politica e per sapervi restare. È una vera fortuna per i popoli quando alla loro testa vi sono persone che alle qualità eminenti e rare dell'uomo di Stato sanno accoppiare quelle secondarie, ma indispensabili, dell'uomo di Governo, ed è una fortuna meno grande, ma pure ragguardevole, quando i loro uomini di Governo sanno trarre profitto dalle vedute degli uomini di Stato». Dell'uomo di Stato e dell'uomo di Governo si è occupato anche A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, Torino, Utet, 1979, p. 598 laddove, accomunando le due figure, parla di: «quell'insidioso e astuto animale volgarmente chiamato uomo di Stato o politico, i cui giudizi sono ispirati dalle circostanze del momento». Come si vede, per A. SMITH non c'è differenza tra uomo di Stato e uomo di Governo che vengono entrambi qualificati in modo dispregiativo come "politici". J. RAWLS, al contrario, tiene distinte le due figure con una felice battuta che probabilmente risale ad ALCIDE DE GASPERI, cfr. *Il diritto dei popoli*, Torino, Edizioni di Comunità, 2001, p. 130: «l'ideale dello statista è riassunto nel detto: il politico pensa alle prossime elezioni, lo statista alle prossime generazioni». Volendo rimanere sul terreno dell'ironia, possiamo anche aggiungere una plastica descrizione della differenza tra le due figure effettuata da *Indro Montanelli* in un suo famoso «Controcorrente», nel quale ha così dipinto lo statista e il politico: «Quando Andreotti e De Gasperi andavano in chiesa, De Gasperi si inginocchiava davanti all'altare e parlava con Dio, mentre Andreotti andava in sagrestia a parlare con il prete».

B. LE ULTERIORI RIFORME PROPOSTE SOTTO IL PROFILO ISTITUZIONALE: NUOVE LEGGI SUI PARTITI POLITICI, SUI SINDACATI DEI LAVORATORI E SUGLI ENTI LOCALI

Poche idee chiare e direttrici accoppiate al buon senso che affondi saldamente nel terreno della esperienza valgono, per un riformatore, più di tutte le filosofie e delle astrazioni teoriche.

Giuseppe Zanardelli

I. I partiti politici: necessità di una legge che disciplini la struttura e la gestione dei partiti politici nonché il loro finanziamento

1. STRUTTURA E GESTIONE DEI PARTITI POLITICI

I disastri provocati in Italia dalla *partitocrazia*, in precedenza descritti e analizzati, sono stati resi possibili dalla massiccia ed esorbitante ingerenza dei partiti nell'attività politica e nella vita pubblica degli italiani durata alcuni decenni.

Tale ingerenza è stata agevolata dal fatto che i partiti politici in Italia, fin dall'inizio, non sono stati assoggettati ad alcuna regolamentazione vincolante.

In effetti, quando nel 1946 all'Assemblea costituente è stato deciso di inserire nella Costituzione l'art. 49, riguardante i partiti politici, il giurista *Costantino Mortati* ha proposto un emendamento volto ad imporre, nella gestione dei partiti, il rispetto del metodo democratico sotto controllo pubblico.

Tale emendamento, pur sostenuto da altri membri dell'Assemblea costituente, è stato però ritirato per la decisa opposizione del Partito comunista italiano che, come è noto, non seguiva al proprio interno il metodo democratico bensì quello del *centralismo* democratico che non ammetteva il dissenso dalla linea del partito e, agli inizi, si opponeva allo stesso sistema parlamentare. Ovviamente i comunisti temevano e volevano evitare che l'assoggettamento dei partiti italiani a regole di diritto pubblico vincolanti consentisse alla magistratura di intervenire in caso di contestazioni e controversie.

Si trattava di timori del tutto fondati, come si è successivamente visto a seguito di quanto accaduto nella Germania occidentale. In Germania, infatti, dove la Costituzione all'art. 21 impone ai partiti l'obbligo di osservare il metodo democratico e dove i partiti hanno personalità giuridica e sono assoggettati a disposizioni di diritto pubblico, la Corte costituzionale tedesca è intervenuta due volte dichiarando fuorilegge, nel 1952, un partito di estrema sinistra e, nel 1956, un partito di estrema destra.

In Italia invece, l'art. 49 della Costituzione accenna ai partiti ma non li disciplina in alcun modo. Nell'art. 49 gli unici ad essere disciplinati sono i cittadini (!), al contrario i partiti sono equiparati a semplici associazioni private non riconosciute. Dice infatti l'art. 49 della Costituzione «*Tutti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale*».

Appare pertanto evidente che con una norma costituzionale siffatta, in assenza di una legge specifica di attuazione, i partiti politici italiani potevano esercitare qualunque attività politica senza dover rendere conto a chicchessia delle modalità di gestione e dei risultati raggiunti. Ciò che nella realtà è avvenuto.

I primi ad essere tenuti all'oscuro di tutto in base all'applicazione che è stata data dalla norma predetta, erano i cittadini che dovevano concorrere a «*determinare la politica nazionale*».

La norma dell'art. 49 della Costituzione riconosceva, dunque, espressamente ai cittadini il diritto e il potere di concorrere con metodo democratico a «*determinare la politica nazionale*», mentre i partiti politici, grazie alla mancata attuazione dell'art. 49 hanno impedito ai cittadini italiani di avvalersi dei diritti e dei poteri che sono stati loro accordati proprio dalla norma più importante della Costituzione italiana in materia di *democrazia partecipativa*.

Infatti i cittadini italiani non hanno mai potuto e ancora non possono esercitare alcun potere né beneficiare di alcun diritto effettivo all'interno dei partiti, come giustamente è stato osservato, dato che non sono in grado di effettuare alcun controllo, tutelato e garantito dalla legge, per quanto riguarda «*l'autenticità delle iscrizioni al partito, la partecipazione alle elezioni primarie per la scelta dei candidati alle assemblee democratiche e ai referendum indetti dal partito secondo regole precise, la partecipazione alla scelta dei dirigenti e dei candidati alle competizioni elettorali e delle persone che saranno indicate dal partito per ricoprire cariche pubbliche*»¹².

La partecipazione dei cittadini ad attività volte a «*determinare la politica nazionale*» tramite i partiti politici è stata quindi impedita fin dagli inizi e i tentativi successivamente effettuati, per attribuire ai cittadini qualche potere o diritto in tale materia, sono stati tutti stroncati sul nascere.

Soprattutto è stato stroncato sul nascere, nel 1985, il tentativo del parlamentare *Aldo Bozzi*, Presidente della prima Commissione bilaterale per la riforma della Costituzione, di introdurre «*una disposizione diretta a garantire la partecipazione dei cittadini a tutte le fasi di formazione politica*

¹² Cfr. G. AZZARO, *I partiti, fantasmi incostituzionali*, Milano, EDUcatt, 2018, p. 50.

dei partiti, compresa la designazione dei candidati alle elezioni, il rispetto delle norme, la tutela delle minoranze».

Quest'ultima proposta era di estrema rilevanza perché, se attuata, avrebbe consentito ai cittadini di effettuare un controllo sull'identità e sul valore dei candidati che i dirigenti del partito vorrebbero presentare alle elezioni.

Questa proposta sarà da noi più avanti ripresa e valorizzata quando si parlerà del coinvolgimento delle associazioni del Terzo Settore nell'attività di controllo pubblico.

Per concludere su questo punto relativo alla necessità di introdurre una legge sui partiti politici in grado di dare una corretta attuazione all'art. 49 della Costituzione, riteniamo che tale legge, tenendo conto del contenuto delle proposte che finora senza successo sono state presentate per l'approvazione, dovrebbe in ogni caso imporre l'osservanza dei seguenti obblighi:

a. la gestione politica, la vita interna e le iniziative dei partiti devono rispettare il metodo democratico richiamato dall'art. 49 della Costituzione;

b. i partiti politici devono acquisire la personalità giuridica e costituirsi per atto pubblico dotandosi di uno Statuto;

c. prima della designazione dei candidati alle elezioni (politiche e amministrative) i partiti devono sentire il parere non vincolante delle associazioni più rappresentative della società civile, parere al quale dovrà essere data la massima pubblicità sui *mass-media* e sui *social network*.

Ovviamente per ciascuno degli obblighi sopra indicati dovranno essere fissate le relative regole di procedura. All'occorrenza potrà essere imposta l'osservanza di altri obblighi essenziali¹³.

2. FINANZIAMENTO DEI PARTITI POLITICI

Da quanto è emerso dalla Seconda Sezione della Parte Terza del presente lavoro, la dilagante corruzione riscontrata soprattutto durante la fase della Prima repubblica (1948-1994) era motivata dalla necessità di finanziare i partiti politici o, più precisamente, le correnti attive all'interno dei vari partiti che non disponevano di adeguate risorse per sostenersi. In mancanza di una legge che regolasse le attività dei partiti e di una normativa che ne disciplinasse il finanziamento, non è stato in alcun modo pos-

¹³ Sulla problematica relativa all'introduzione di una legge disciplinante l'attività dei partiti politici cfr. C. PINELLI, *Discipline e controllo sulla "democrazia interna" dei partiti*, Padova, Cedam, 1984; G. PASQUINO, *Commento all'art. 49 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione italiana*, Bologna, Zanichelli, 1992; P. SCOPPOLA, *La Repubblica dei partiti*, Bologna, il Mulino, 1992; S. VASSALLO, *Il governo di partito in Italia (1943-1993)*, Bologna, il Mulino, 1994.

sibile evitare o frenare gli abusi che in precedenza abbiamo descritto. A questo riguardo *Don Luigi Sturzo* è stato facile profeta nel suo intervento al Senato della Repubblica in data 11 luglio 1958 quando ha affermato: «è sempre necessario che una legge regoli le finanze dei partiti, ne proibisca i finanziamenti da parte di enti pubblici e di imprese private, ne renda pubblici i bilanci, fissi il massimo che ciascun candidato possa ricevere ed erogare per le spese elettorali, pena la decadenza dal mandato. Se non si arriva ad affrontare con coraggio la situazione, non solo le elezioni politiche, ma anche le municipali, le provinciali e le regionali saranno inficiate dalla corruzione. Non ci illudiamo: la libertà finirà con l'essere incatenata dalla corruzione dell'attività politica». Luigi Sturzo ha quindi previsto esattamente ciò che sarebbe avvenuto in Italia negli anni successivi.

Che sia necessaria una normativa specifica per disciplinare il finanziamento dei partiti politici appare ovvio e i paesi europei costituzionalmente più solidi e avanzati hanno introdotto tale normativa partendo proprio dalla loro Costituzione.

La Germania, ad esempio, ha fissato nell'art. 21 della sua Costituzione, non solo i principi fondamentali che disciplinano l'attività dei partiti ma anche quelli che regolano il loro finanziamento stabilendo: «I partiti concorrono alla formazione della volontà politica del popolo (...) il loro ordinamento interno deve essere conforme ai principi fondamentali della democrazia. Essi devono rendere conto pubblicamente della provenienza e della utilizzazione dei loro mezzi finanziari e dei loro beni».

In Italia, al contrario, in mancanza di una valida normativa sul finanziamento dei partiti, è stato escogitato un metodo per finanziarli basato su un sistema di rimborsi elettorali che si è rivelato una farsa. A tale proposito, *Marco Revelli*, riferendosi all'enorme sproporzione tra gli importi dei finanziamenti spettanti ai partiti e quelli effettivamente ad essi erogati a titolo di rimborsi elettorali, ha precisato: «Il Collegio di controllo sulle spese elettorali della Corte dei Conti ha stimato che su un'erogazione complessiva di 2 miliardi e 253 milioni di euro erogati come "rimborso elettorale" per le campagne comprese tra il 1994 e il 2008, solo 579 milioni (cioè circa un quarto) corrispondevano a spese effettivamente sostenute dai partiti. Il restante miliardo e 600 milioni circa è stato messo a disposizione degli organi dirigenti dei partiti senza alcun vincolo e senza alcun serio controllo (con alcuni casi limite, come quello del 2001 quando a fronte di una spesa di 49 milioni sono stati erogati rimborsi per 476!¹⁴».

Come si vede, la disciplina dei rimborsi elettorali si presta ad essere facilmente aggirata anche con metodi molto semplici, come si può dedurre

¹⁴ M. REVELLI, *Finale di partito*, Torino, Ed. Einaudi, 2013, pp. 92-93.

dalla sentenza del Tribunale di Genova del 24 luglio 2017 che ha condannato i responsabili del partito della *Lega Nord* a rimborsare 49 milioni di euro.

Per concludere, appare quindi necessaria l'adozione di una legge sul finanziamento dei partiti che si ispiri alle leggi applicate negli altri Stati europei e, in particolare, a quella vigente in Germania, tenendo conto delle esperienze in tali Paesi realizzate.

II. La riforma dei sindacati dei lavoratori

1. STRUTTURA E DISCIPLINA DEI SINDACATI

Mentre nell'art. 49 della Costituzione, come abbiamo visto, non è stata introdotta, per motivi politici, alcuna disposizione destinata a disciplinare struttura, gestione e finanziamento dei partiti, l'art. 39 della Costituzione ha provveduto a regolamentare in modo formale i sindacati dei lavoratori. Secondo l'art. 39 della Costituzione, infatti, i sindacati devono essere ufficialmente registrati e per potersi registrare devono dotarsi di un «*ordinamento interno a base democratica*». Inoltre, tramite la registrazione, i sindacati acquisiscono la personalità giuridica che li sottopone ai controlli di legge.

Le ragioni che avevano indotto il Partito comunista ad opporsi, in sede di Assemblea costituente, all'assoggettamento dei partiti politici ai controlli di legge di cui in precedenza abbiamo parlato, non sussistevano per quanto riguarda i sindacati dato che gli stessi erano divenuti, fin dagli inizi, organismi sottoposti alle direttive politiche dei partiti.

I sindacati, durante gli anni della Prima Repubblica, hanno contribuito in modo determinante ad aggravare gli effetti deleteri della *partitocrazia*, danneggiando gli stessi lavoratori e, con essi, le imprese e l'economia dell'intero paese.

Non è ovviamente questa la sede per descrivere in modo approfondito le "gesta" dei sindacati italiani analizzandone le responsabilità. Chi intendesse documentarsi a fondo è consigliato di leggere con attenzione i libri di *Pietro Ichino*, che è stato dirigente sindacale della FIOM-CGIL, responsabile del Coordinamento della Camera del Lavoro di Milano, deputato al Parlamento per il Partito comunista italiano e Professore di diritto del lavoro all'Università di Milano.

Leggendo i libri di Ichino e, in particolare, «*A che cosa serve il sindacato? Le follie di un sistema bloccato e la scommessa contro il declino*», (Mondadori, 2005), una persona normale non può che domandarsi, inorridita, come sia riuscita l'economia italiana a sopravvivere a tanta follia.

2. I CAMBIAMENTI DA INTRODURRE

Dato che i sindacati dei lavoratori dei vari Paesi membri dell'Unione europea hanno oggi occasione di frequentarsi molto spesso, per ragioni di lavoro, nel quadro della regolamentazione europea, dovrebbe essere facile per i sindacati italiani verificare in quali Paesi membri i lavoratori godano di maggiori diritti e dei maggiori vantaggi.

Orbene, una volta analizzate con attenzione le regole applicabili nei Paesi dove i lavoratori godono del miglior trattamento, i sindacati italiani dovrebbero cercare di applicare ai nostri lavoratori le regole più adeguate per tutelare i loro interessi.

Volendo introdurre soluzioni innovative, si potrebbe pensare ad un'apposita disciplina sulla partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese. Ovviamente, trattandosi di materia molto delicata, occorrerà fare in modo che i sindacati si astengano dal partecipare con propri esponenti e provvedano a formare e a selezionare lavoratori indipendenti, in servizio attivo presso l'impresa interessata, che vengano liberamente eletti dai loro colleghi di lavoro.

III. I poteri delle Regioni e degli Enti locali secondo il titolo V della Costituzione

1. OSSERVAZIONI PRELIMINARI

I rapporti tra Stato, Regioni italiane ed Unione europea risultano profondamente mutati dopo l'entrata in vigore della Legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3 che ha modificato in modo rilevante il Titolo V della seconda Parte della nostra Costituzione¹⁵.

Per quanto si riferisce alle competenze legislative, l'innovazione è radicale, in quanto l'art. 117 della Costituzione, nella versione attuale, riserva in esclusiva allo Stato l'esercizio del potere legislativo in un numero preciso e circoscritto di materie (quelle elencate nel secondo comma dello stesso art. 117), mentre attribuisce alle Regioni una competenza legislativa generale in tutte le altre materie, pur riservando alla legge dello Stato, per le materie classificate di «*legislazione concorrente*» (quelle elencate nel

¹⁵ Queste pagine sono state riprese dal testo di F. CAPELLI, *Rapporti tra Stato, Regioni ed Unione europea dopo la modifica del titolo V della Costituzione*, in questa Rivista, 2006, p. 135. Sul punto v. L. S. ROSSI, *Gli obblighi internazionali e comunitari nella riforma del Titolo V della Costituzione*, in AA.VV., *Il nuovo Titolo V della Costituzione. Primi problemi della sua attuazione*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 293.

terzo comma del citato art. 117), «*la determinazione dei principi fondamentali*».

Analogo cambiamento si può però riscontrare anche nell'attribuzione delle funzioni amministrative. L'art. 118 della Costituzione, nella versione attuale, attribuisce infatti, in via primaria ai Comuni le funzioni amministrative, che, solo in via secondaria e sussidiaria, sono riconosciute alle Province, alle Regioni e allo Stato.

Infine, l'ultimo comma dello stesso art. 118 fa un chiaro accenno alla necessità di coinvolgere la società civile «per lo svolgimento di attività di interesse generale».

Orbene, cambiamenti di tale portata, che sono stati introdotti nella nostra Costituzione, non possono non incidere nei rapporti tra Stato italiano (in tutte le sue articolazioni) e Unione europea.

Ciò vale, quindi, non solo per il diverso ruolo che deve essere riconosciuto alle Regioni nella gestione degli "affari comunitari" rispetto a quello in precedenza svolto sotto l'impero della precedente Costituzione, ma anche per il diverso riconoscimento che deve essere attribuito sia agli enti locali (Comuni e Province) sia alla società civile. Per quanto riguarda la società civile, il suo coinvolgimento in attività consultive e di supporto all'azione politico-legislativa esercitata dallo Stato e dalle Regioni, potrebbe contribuire in modo efficace alla realizzazione delle finalità cui deve tendere la vera azione politica di uno Stato, non importa se unitario o federale, che è il soddisfacimento degli interessi della generalità dei cittadini e non solo di quelli rappresentati dalla maggioranza che governa¹⁶.

Poiché la normativa comunitaria trova applicazione in diversi settori e soprattutto in quelli che hanno attinenza con l'economia, risulta evidente che, escludendo gli ambiti specificamente riservati allo Stato dal secondo comma dell'art. 117 della Costituzione, le Regioni sono attualmente legittimate a svolgere da subito un ruolo importante per la gestione delle materie di cui ai menzionati settori interessati dalla normativa comunitaria.

2. ANALISI DEL NUOVO DETTATO COSTITUZIONALE

Giova innanzitutto prendere in considerazione il primo comma dell'art. 117 della Costituzione (versione attuale) che così recita:

«La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

¹⁶ Cfr. F. CAPELLI, *Il sistema istituzionale dell'Unione europea come fondamento di una nuova forma di democrazia*, in questa *Rivista*, 2004, p. 221 ss.

Possiamo subito osservare che, con riferimento alla potestà legislativa, lo Stato e le Regioni sono collocati allo stesso livello.

Lo Stato e le Regioni sono sottoposti ai vincoli che derivano sia dalla Costituzione sia dall'ordinamento comunitario (nel rispetto degli obblighi internazionali).

Ne consegue che entro i limiti e i vincoli ricavabili dalla Costituzione, le Regioni possono esercitare la propria potestà legislativa anche nelle materie assoggettate alla normativa comunitaria, eccettuate quelle che, elencate nel secondo comma dello stesso art. 117 della Costituzione, risultano di competenza dello Stato e ad esso riservate.

Tale potestà legislativa è indicata nel quarto comma dell'art. 117 della Costituzione secondo cui:

«Spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato».

Poiché si tratta di potestà legislativa completa, non vi è dubbio che la stessa potrà essere esercitata sia nella "fase ascendente" (partecipazione all'elaborazione degli atti a livello comunitario), sia nella "fase discendente" (attuazione dei provvedimenti comunitari all'interno dell'ordinamento nazionale).

La conferma si ritrova nel quinto comma dell'art. 117 della Costituzione secondo cui:

«Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nelle materie di loro competenza, partecipano alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari e provvedono all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea, nel rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato, che disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza».

Il quinto comma dell'art. 117 della Costituzione riconosce pertanto alle Regioni poteri precisi tanto nella "fase ascendente" quanto nella "fase discendente" con le sole limitazioni di «procedura» (per entrambe le fasi) e con i soli vincoli connessi all'intervento sostitutivo dello Stato in caso di inadempienza delle Regioni.

Qualora le norme comunitarie fossero disattese dalle Regioni (come pure da altri soggetti) lo Stato potrebbe infatti, al posto dei soggetti inadempienti, provvedervi direttamente in base al secondo comma dell'art. 120 della Costituzione (versione attuale).

3. VALUTAZIONI CONCLUSIVE E PROPOSTE SPECIFICHE

Se dobbiamo esprimere un giudizio con riferimento alle norme sopra esaminate, possiamo dire che i cambiamenti costituzionali introdotti hanno

quasi trasformato le Regioni italiane in tanti enti territoriali analoghi ai *Länder* della Repubblica federale tedesca.

Nel nostro sistema costituzionale, però, non è prevista una Camera delle Regioni come invece è prevista dalla Costituzione tedesca. Come in Germania il *Bundesrat* rappresenta i *Länder*, si potrebbe quindi pensare di istituire in Italia un Ente composto dalle Regioni italiane (con le Province di Bolzano e Trento), con competenze specifiche in materia di affari comunitari e internazionali di interesse per le Regioni e le Province autonome italiane. Un Ente del genere consentirebbe alle Regioni e alle Province autonome di intervenire su ogni questione europea e/o internazionale di loro competenza. Un Ente siffatto potrebbe essere istituito sulla base dell'art. 117 della Costituzione, nel suo complesso, e in particolare sulla base dell'ottavo comma dello stesso articolo che così stabilisce:

«*La Legge regionale ratifica le intese della Regione con altre Regioni per il migliore esercizio delle proprie funzioni, anche con individuazione di organi comuni*»¹⁷.

Se in seno all'Ente regionale qui considerato viene raggiunta una posizione comune nell'interesse delle Regioni e delle Province autonome, la stessa posizione potrà essere messa a confronto con quella del Governo, nell'ambito della Conferenza Stato-Regioni.

Grazie a queste Conferenze Stato-Regioni, pertanto, relativamente alle materie non riservate alla competenza esclusiva dello Stato, dovrebbero essere raggiunte le posizioni vincolanti nelle materie di interesse comunitario di competenza delle Regioni.

Ugualmente innovativa è l'intenzione di coinvolgere gli Enti locali e la stessa società civile, secondo l'art. 118, ultimo comma della Costituzione sul quale, più avanti, ritorneremo¹⁸.

Per la verità, anche il «Libro Bianco» della Commissione sulla «Governance europea»¹⁹ propone, per ogni Regione e Provincia autonoma, la creazione di un meccanismo di consultazione sistematica che consenta ai Comuni, alle Province e alla società civile (associazioni di ogni tipo, enti di varia natura, etc.) di far pervenire le proprie opinioni agli organi competenti a decidere, tramite osservazioni critiche e validi suggerimenti su tutti gli argomenti di loro interesse. Oggigiorno, infatti, è possibile raccogliere, con i mezzi tecnologici attuali, dati e informazioni che in precedenza non si potevano ottenere.

¹⁷ Corsivo aggiunto.

¹⁸ «*Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà*» (art. 118, ultimo comma, Costituzione).

¹⁹ *Guce* n. C 287 del 12 ottobre 2001, p. 2. Sul punto v. F. CAPELLI, *La partecipazione della società civile alla costruzione dell'unione politica dell'Europa*, in questa *Rivista*, 2001, p. 651.

Si tratterebbe di imitare, in sostanza, il sistema seguito con successo dalla Commissione europea grazie ai suoi Libri Verdi e Libri Bianchi che si trasformano (in seguito alle osservazioni, alle critiche e ai suggerimenti trasmessi dagli interessati) in un formidabile strumento di tecnica legislativa, costituendo la base per le proposte dei regolamenti, delle direttive e delle decisioni da adottare in sede comunitaria²⁰.

Un'ulteriore specifica proposta di modifica riguarda i poteri impositivi dei Comuni. Come abbiamo appena visto, se il potere legislativo è stato riconosciuto allo Stato e alle Regioni, il potere amministrativo è stato invece riconosciuto in via primaria ai Comuni e, solo in via secondaria e sussidiaria, alle Province, alle Regioni e allo Stato.

Orbene, poiché l'attività amministrativa è quella che richiede ingenti disponibilità di risorse finanziarie, dovrebbe essere riconosciuta ai Comuni un'adeguata capacità impositiva.

È da ritenere, d'altra parte, che essendo i Comuni a diretto contatto con i cittadini, sarebbero stimolati a gestire i proventi delle imposte in modo efficace ed oculato a differenza di quanto fanno le Regioni che sono organi essenzialmente politici ed operano con gli stessi criteri con cui ope-

²⁰ Nell'Unione europea, il coinvolgimento e la consultazione dei cittadini e della società civile avvengono facendo ricorso ai sistemi già collaudati basati sui Libri Verdi e sui Libri Bianchi. Inoltre, la Commissione procede alla consultazione dei cittadini, ed in particolare delle parti interessate, anche mediante l'organizzazione di comitati consultivi e di gruppi consultivi d'impresе e mediante consultazioni *ad hoc* e *online*. Va segnalato, a tale proposito, che la Commissione ha sviluppato meccanismi basati su internet per consultare i cittadini, per ricevere informazioni utili e per consentire di valutare l'impatto delle politiche dell'Unione europea nei singoli Stati membri. Si tratta della cosiddetta «Definizione interattiva delle politiche» (IPM: dalla espressione inglese «Interactive Policy Making»). Tale iniziativa mira a migliorare il sistema di governo ed a garantire che il processo decisionale dell'Unione europea possa tenere conto in maggior misura della concreta esperienza dei cittadini, ed in particolare dei consumatori e delle imprese europee operanti nel mercato interno.

A tale scopo viene utilizzato internet (consultazione *on line*) per raccogliere le reazioni spontanee sul mercato nonché per ricevere i pareri delle parti interessate sulle attività politiche riguardanti in particolare problematiche di natura giuridica e fiscale, libera circolazione di beni e persone all'interno del mercato unico, certificazioni e armonizzazione tecnica, malfunzionamento di amministrazioni pubbliche. Attraverso il sistema della «Politica interattiva» la Commissione raccoglie informazioni sia attraverso numerosi intermediari e punti di contatto sul territorio dei singoli Stati membri (ad esempio: la rete degli Eurosportelli: «Euro Info Centre») che segnalano in forma anonima i dati relativi ai casi e ai quesiti più complessi tramite un'apposita banca dati, sia attraverso consultazioni *on line* che consentono di rilevare le opinioni dei diretti interessati in merito a specifici temi. Inoltre sono stati creati comitati permanenti per valutare queste reazioni, come ad esempio il comitato «European Business Test Panel» (EBTP). Attraverso l'EBTP, le imprese hanno l'opportunità di descrivere il possibile impatto delle proposte normative sulle loro attività (v. sulla politica interattiva anche: <http://europa.eu.int/yourvoice/ipm>). Infine la consultazione dei cittadini deve rispettare determinati requisiti minimi: v. la Comunicazione della Commissione dell'11 dicembre 2002 «Verso una cultura di maggiore consultazione e dialogo. Principi generali e requisiti minimi per la consultazione delle parti interessate», Com(2002)704 def.

ra lo Stato, senza curarsi degli interessi della generalità dei cittadini²¹. Ciò significa che ad un aumento della capacità impositiva dei Comuni dovrà corrispondere una proporzionale riduzione della capacità impositiva delle Regioni.

C. LE MODIFICHE PROPOSTE SOTTO IL PROFILO SOCIO-POLITICO-CULTURALE

*La riforma della scuola, come tutte le altre riforme
è, prima che di ordinamenti, questione di persone.
Dunque invece di progetti di legge, lavoriamo
per riformare le persone, per riformare
e organizzare noi stessi.*

Piero Gobetti

I. Osservazioni introduttive

Le modifiche istituzionali in precedenza proposte e, in particolare, le due leggi sopra indicate sull'incompatibilità, rispettivamente, tra cariche parlamentari e cariche governative, nonché tra gli incarichi conferiti agli stessi esponenti dei partiti, non intendono affatto limitare i poteri che i partiti sono legittimati ad esercitare, ma mirano soltanto a frenarne gli eccessi e gli abusi più volte stigmatizzati in varie parti del presente lavoro.

Senza l'imposizione di vincoli giuridici precisi, attraverso l'introduzione dei cambiamenti istituzionali sopra descritti, sarebbe infatti impensabile che in Italia i partiti politici arrivassero spontaneamente a delimitare i confini dei loro poteri.

Ma in aggiunta ai proposti cambiamenti istituzionali in grado di imporre un freno agli eccessi e agli abusi dei partiti, appare necessario far ricorso, nel rispetto dei principi democratici, ad altri strumenti che abbiano un valido impatto in ambito socio-politico-culturale, se si vogliono incentivare quelle attività ed avviare quelle iniziative a vantaggio della generalità dei cittadini alle quali abbiamo ripetutamente fatto riferimento nel presente lavoro.

²¹ Su tali aspetti cfr. L. ABBONATO, *Palermo tra emergenza e progetto (storia recente di un comune italiano)*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2018, pp. 45-57, nonché la Prefazione di Marco Vitale. Si veda anche, sulla gestione delle città, le considerazioni di G. DIOGUARDI svolte nell'Introduzione al libro *Il governo della città complessa (verso una nuova formazione)*, *infra*, nota 66.

II. Attuazione dell'art. 118, ultimo comma, della Costituzione: significato e portata

Le riforme che vengono proposte sotto il profilo socio-politico-culturale sono connesse all'attuazione dell'art. 118 ultimo comma della Costituzione che abbiamo in precedenza ricordato. L'art. 118 ultimo comma della Costituzione è così redatto: «*Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà*».

L'intero testo dell'art. 118 della Costituzione, come è noto, è stato completamente riscritto dal legislatore italiano mediante l'art. 4 della legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3 e la versione attuale dell'ultimo comma, sopra riportato, risponde ad una esigenza di carattere socio-politico culturale e, precisamente, come si deduce in modo evidente dal testo, a quella di favorire «*l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale sulla base del principio di sussidiarietà*»²². Gli aspetti essenziali della norma, sopra riportata, sui quali occorre concentrare la nostra attenzione, sono agevolmente individuabili.

Innanzitutto la norma, nel rivolgersi a tutti gli enti detentori del potere politico, costituzionalmente istituiti («*Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni*»), prevede un obbligo che deve essere osservato in modo vincolante. Tale obbligo, infatti, viene imposto agli enti predetti tramite il verbo indicativo *favoriscono*, senza contemplare l'esercizio di alcun potere discrezionale da parte degli enti medesimi²³.

²² È palese il riferimento alle iniziative che generalmente competono agli operatori del Terzo Settore, come si dirà più avanti. Sul Terzo Settore v. E. F. M. EMANUELE, *Il Terzo Pilastro. Il non profit, motore del nuovo Welfare*, Napoli, ESI, 2008. Secondo l'Autore, (cfr. Prefazione al testo appena citato), realizzare il Terzo Pilastro (o Terzo Settore) «significa abbandonare la concezione di uno stato sociale diffuso, che, finora, è spesso degenerato in assistenzialismo e farsi carico della tutela del bisogno in modo selettivo ed efficace, favorendo parallelamente tutte quelle spinte individuali verso il modello dell'associazionismo finalizzato a realizzare la sussidiarietà dal basso, vera rivoluzionaria realtà di questi anni, quello che definisco il "terzo pilastro" che sostiene la società dopo lo Stato ed il mercato». Per quanto riguarda il principio di sussidiarietà, cfr. M. CAMMELLI, *Sussidiarietà e Pubblica amministrazione*, Non Profit, 2000, pp. 23 ss.; A. D'ANDREA, *La prospettiva della Costituzione italiana e il principio di sussidiarietà*, in *Jus*, 2002, pp. 227 ss.; S. STAMMATI, *Il principio di sussidiarietà tra passato e presente*, in *Diritto e Società*, 2011, p. 337 ss.; P. FOIS, *Il principio di prossimità nel diritto dell'Unione e il suo controverso rapporto con quello di sussidiarietà*, in *Studi integr. eur.*, 2015, p. 9 ss.

²³ La Corte di giustizia dell'Unione europea attribuisce generalmente, nella sua giurisprudenza, al precetto normativo espresso con il verbo indicativo un valore vincolante; cfr. F. CAPELLI, *Come governare l'ambiente e il territorio*, in *Riv. giur. amb.*, 2017, p. 5.

Se la norma costituzionale avesse invero voluto riconoscere agli enti predetti un qualche potere discrezionale, avrebbe senz'altro fatto ricorso ad espressioni diversamente formulate, come, ad esempio, «*possono favorire*» oppure «*valutano l'opportunità di favorire*» od altre similari.

In secondo luogo, occorre considerare i soggetti beneficiari delle previsioni della norma.

Tali soggetti sono indicati come «*cittadini singoli e associati*». Orbene, poiché i cittadini possono associarsi tra loro avvalendosi delle più diverse forme giuridiche, occorre riconoscere che tutte le forme di associazione, indipendentemente dalla base giuridica utilizzata, possono essere ritenute idonee a conferire alle associazioni la necessaria legittimazione.

In terzo luogo, occorre soffermarsi sulla portata dell'espressione contenuta nella norma qui esaminata che, a nostro avviso, riveste un'importanza fondamentale e decisiva. La norma stabilisce, infatti, che deve essere favorita «*l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli ed associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale*». L'obiettivo che la norma intende perseguire, tramite la precisazione appena riportata, si appalesa, a nostro parere, di estrema rilevanza. Passando al di là delle considerazioni strettamente giuridiche svolte dagli interpreti specialisti di diritto costituzionale²⁴, che paiono più che altro dettate dalla preoccupazione di dover giustificare, in modo adeguato, la singolare novità contenuta nell'espressione usata e il contesto dal quale essa deriva, la sua formulazione concede poco spazio ad interpretazioni ambigue.

Se la norma parla di "*autonoma iniziativa*" "*per lo svolgimento di attività di interesse generale*" che viene riconosciuta a "*cittadini singoli e associati*", significa che i cittadini singoli e associati possono decidere in modo autonomo di avviare iniziative di interesse generale in settori determinati, senza subire condizionamenti da parte della pubblica amministrazione.

Ovviamente, poiché occorre assicurare il rispetto del *principio di sussidiarietà*, come la norma espressamente prevede²⁵, la pubblica ammini-

²⁴ Cfr. Q. CAMERLENGO, *Commento all'art. 118, ultimo comma, della Costituzione*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, p. 2350 ss.

²⁵ Sul principio di sussidiarietà v. I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà: profili storici e costituzionali*, Napoli, Jovene, 2003; G. LOMBARDI - L. ANTONINI, *Principio di sussidiarietà e democrazia sostanziale: profili costituzionali della libertà di scelta*, in *Diritto e società*, 2003, fasc. 2, p. 155; A. QUADRIO CURZIO, *Riflessioni sul principio di sussidiarietà per lo sviluppo italiano*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2008, p. 93. Il principio di sussidiarietà richiamato nell'art. 118, ultimo comma, della Costituzione, va anche inteso nel senso semplificato reso palese nell'*Enciclica Quadragesimo Anno*, di Papa Pio XI pubblicata nel 1931, secondo cui particolari attività possono essere svolte meglio da organismi locali piuttosto che da organismi lontani e centralizzati.

strazione avrà modo di esercitare tutti i poteri che la legge le attribuisce, dato che in base a tale principio la competenza ad assumere iniziative viene riconosciuta a chi è in grado di offrire sicure garanzie di corretto conseguimento dell'obiettivo perseguito. Considerata, però, facendo salve le straordinarie eccezioni che sempre sorprendono chi le incontra, la tradizionale e conclamata inefficienza della nostra pubblica amministrazione, condizionata dal nostro disastroso sistema politico-partitico, proprio nei settori nei quali deve essere assicurata la tutela dell'interesse della generalità dei cittadini, con riferimento, in particolare, alla protezione dell'ambiente, del territorio, del nostro patrimonio culturale e dei beni comuni, come pure nei settori dell'assistenza sociale e sanitaria, è da ritenere che le iniziative autonome dei cittadini e delle loro associazioni, per realizzare attività di interesse generale in tali settori a favore della generalità dei cittadini, difficilmente potrebbero essere, di regola, contestate e contrastate da parte della pubblica amministrazione alla luce dell'ultimo comma dell'art. 118 della Costituzione.

È chiaro, per intenderci, che stiamo parlando, del concepimento e della presentazione di una "*autonoma iniziativa*" "*per lo svolgimento di attività di interesse generale*" da parte dei cittadini e delle loro associazioni e non della puntuale realizzazione e concreta attuazione di tale attività. L'esecuzione concreta di attività di interesse generale non potrà chiaramente avvenire prescindendo dall'intervento della pubblica amministrazione in tutti i casi in cui essa abbia titolo per intervenire²⁶.

Questi aspetti verranno in prosieguo adeguatamente approfonditi.

III. Risultati conseguibili in applicazione dell'art. 118, ultimo comma, della Costituzione

Occorre subito ribadire che lo scopo perseguito dall'art. 118, ultimo comma, della Costituzione, nonché l'esplicita imposizione del rispetto del principio di sussidiarietà, in esso contenuta, rendono palese che i cittadini e le loro associazioni non possono sostituirsi alla pubblica amministrazione, nei casi in cui quest'ultima si riveli assente o del tutto inefficiente. Ciò

²⁶ Ciò deve essere tenuto presente anche nel caso di carenze della pubblica amministrazione. Pensiamo, ad esempio, al caso di cittadini che si rivolgono alle competenti autorità per essere autorizzati a ripulire e a sistemare angoli di giardini pubblici frequentati da persone che li utilizzano in modo distorto e sconveniente, abbandonandovi siringhe usate ed altri oggetti che li rendono infrequentabili. Le Autorità, che non sono in grado di impedire il deterioramento dei luoghi pubblici, accolgono normalmente le istanze dei cittadini, che vengono così autorizzati a provvedere, a loro spese, al ripristino e alla salvaguardia del decoro pubblico. Ma anche in tal caso dovranno controllare, ovviamente, la corretta esecuzione dei lavori di ripristino.

non toglie però che i cittadini e le loro associazioni potranno presentare, autonomamente, proprie iniziative alla pubblica amministrazione, provvedendo alla loro realizzazione in sinergia con la pubblica amministrazione medesima.

Come si è già avuto modo di ricordare²⁷, l'apporto che può essere fornito, in tali casi, dai cittadini e dalle loro associazioni alla pubblica amministrazione, si rivela senz'altro prezioso per individuare i problemi da risolvere, per proporre le soluzioni da adottare, per discutere le modalità di intervento dei tecnici e degli esperti, per provvedere alla raccolta dei finanziamenti necessari, nonché per procedere all'esecuzione dei controlli sulle attività programmate e su quelle svolte.

In effetti, come è stato ugualmente rilevato²⁸, per quanto riguarda, ad esempio, la protezione dei beni culturali ed ambientali, potrebbe accadere che, in molti casi, per risolvere i problemi relativi, non si trovi una soluzione appropriata perché manca la volontà "politica" di risolverli o, in molti altri casi, perché mancano le risorse o perché non sono state individuate le soluzioni corrette da adottare²⁹. In tali casi l'apporto dei privati e delle loro associazioni sarebbe indubbiamente di grande utilità ed efficacia, perché queste associazioni sono generalmente formate da gente che «*ci crede*», vale a dire da persone che hanno un obiettivo di interesse generale da raggiungere e il loro interesse è quello di raggiungerlo³⁰.

Come si vede, le sinergie tra associazioni interessate e pubblica amministrazione potrebbero rendere possibile il conseguimento di validi ed importanti risultati³¹.

²⁷ Cfr. *Riv. giur. amb.*, 2015, p. 138.

²⁸ *Ibidem*, p. 138 ss.

²⁹ È questo, ad esempio, il caso riguardante la polemica tra l'Italia e la Francia sulle celebrazioni del 500° anniversario della morte di *Leonardo da Vinci*. Come opportunamente riferisce *BERNARDO VALLI* sulla Rivista *L'Espresso* del 6 gennaio 2019, le divergenze politiche dovrebbero essere messe da parte quando occorre risolvere questioni culturali.

³⁰ Al contrario di quanto avviene nelle organizzazioni corporative e sindacali, le quali sono formate da membri che hanno unicamente interessi personali da difendere, con la conseguenza che le rispettive organizzazioni non perseguono obiettivi di carattere generale, bensì quelli diretti e personali dei membri che le compongono. Alla forza e all'importanza delle Associazioni composte da persone che «*ci credono*» si riferisce Tocqueville, *La democrazia in America*, Torino, Utet, 1968, p. 227, laddove afferma: «*Non c'è nulla che la volontà umana disperi di raggiungere con la libera azione della potenza collettiva degli individui*».

³¹ Sul coinvolgimento dei cittadini, DANIELE MANACORDA, Professore di archeologia all'Università di Roma, autore di un interessante volume dal titolo *L'Italia agli italiani (istruzioni ed ostruzioni per il patrimonio culturale)*, Bari, Edipuglia, 2014, si è così espresso, per quanto riguarda la tutela dei beni culturali, sul quotidiano *La Repubblica* il 1° agosto 2014: «*L'amministrazione pubblica della tutela dei beni culturali richiede una riforma radicale, che è d'ordine culturale, prima ancora che politico e amministrativo, per metterla al passo con la società del XXI secolo. Un nuovo «sistema del servizio di tutela» richiede la partecipazione di più attori e richiede un ribaltamento di concezioni nel rapporto fra Pubblica amministrazione e cittadinanza. Una tutela contestuale, intesa come sistema inclusivo, servizio pubblico, luogo*

Ciò potrà essere agevolato dalla facoltà di inserire, nelle associazioni, figure professionali qualificate rappresentate da tecnici, manager, imprenditori e dirigenti di enti pubblici e privati che abbiano terminato la loro vita attiva e si trovino a riposo o in pensione. In effetti, molte persone anziane che si sentono in buona salute e sono mentalmente attive, sarebbero felici di potersi rendere utili alla collettività, mettendo a disposizione delle associazioni, appena indicate, le loro competenze, le loro conoscenze e le loro esperienze.

Anche le imprese dislocate sul nostro territorio potrebbero fornire il loro contributo. È il nostro territorio, in effetti, suddiviso nei suoi distretti, che dà vita ed alimenta le innumerevoli piccole e medie imprese molto innovative ed estremamente competitive che operano con successo sui mercati europei ed internazionali³².

Orbene, è da ritenere che le associazioni, se ben gestite, potrebbero instaurare proficui rapporti con le imprese appartenenti all'eccellenza dell'imprenditoria italiana che si sono distinte per il livello delle prestazioni raggiunto sui mercati del mondo intero. Anche questi imprenditori, dotati di menti aperte e capaci di visioni lungimiranti, sarebbero probabilmente propensi a mettere a disposizione le proprie conoscenze per risolvere i problemi riguardanti gli interessi della generalità dei cittadini. Il loro apporto potrebbe anche estendersi ad attività finalizzate a reperire i finanziamenti e le risorse indispensabili per la realizzazione dei progetti che le diverse associazioni sarebbero interessate ad attuare nel territorio.

*della ricerca e della formazione condivise, comunicazione e democratizzazione della cultura, superamento di una concezione elitaria e gelosa del patrimonio, richiede la chiamata a raccolta di tutte le energie positive del paese, con l'obiettivo di creare una rete diffusa di gestione socialmente allargata del patrimonio (...). L'amministrazione pubblica deve smetterla di difendere l'Italia dagli italiani. Corrotti e corruttori, ignoranti devastatori del patrimonio ci sono sempre stati. Ma c'è un'enorme fetta di Paese pronta a difendere con i denti il futuro del patrimonio, sol che le si faccia intendere che si è capita la lezione: che l'Italia è loro. Con loro occorre allearsi. Stato, regioni, comuni, università, associazionismo culturale, singoli cittadini per il bene comune sanno di avere di fronte due avversari agguerriti: i marioli di sempre e la conservazione culturale scontenta del presente, ma paurosa del futuro». Sulla stessa linea di pensiero si trova GIULIANO VOLPE, ugualmente Professore di archeologia, già Presidente del Consiglio Superiore dei Beni Culturali e Paesaggistici del MiBACT, il quale (cfr. *La gestione dal basso del patrimonio culturale*, in *Il patrimonio culturale*, Edipuglia, Bari, 2018, pp. 27 ss.) ha affermato che per tutelare e valorizzare il nostro patrimonio culturale, «serve sempre di più (...) un'alleanza forte con i cittadini, con il mondo dei professionisti, con le Università, con gli Enti territoriali perché sostengano il progetto riformatore (...) Sarebbe bello un giorno organizzare una grande iniziativa nazionale per raccogliere, rendere manifeste e dare voce alle tante energie presenti nel nostro Paese».*

³² V. a questo proposito MARCO FORTIS, *Le due sfide del made in Italy: globalizzazione e innovazione. Profili di analisi* della Seconda Conferenza Nazionale sul commercio con l'estero, Bologna, il Mulino, 2005. V. anche M. VITALE, *Homo economicus, homo faber. Le radici rinascimentali del "Made in Italy"*, in M. Bonferroni (a cura di), *Rinascimento Oggi*, Milano, Egea, 2019, p. 31.

È noto che la ricchezza e i tesori del nostro Paese risiedono in gran parte nel territorio³³. La funzione del territorio, infatti, che nel nostro Paese ingloba storia, cultura e tradizione, è quella di racchiudere e conservare patrimoni straordinari formati da beni culturali eccezionali, da ambienti, luoghi e siti stupendi e da una varietà incredibile di prodotti locali in grado di attrarre legioni di ammiratori e intenditori da tutto il mondo³⁴. Questi patrimoni necessitano, per essere adeguatamente valorizzati, del sostegno di persone intelligenti e di progetti di ampio respiro in grado di far capire che il nostro Paese è il più grande dispensatore d'arte che si possa immaginare e che il suo territorio è la più straordinaria mostra d'arte permanente che sia mai stata allestita³⁵.

L'insieme degli apporti in precedenza descritti e delle sinergie appena segnalate, potrebbero consentire l'accesso a risorse non facilmente reperibili. È noto che in Italia ben pochi sono disposti a fornire denaro ed aiuti a sostegno di interventi su beni pubblici, se a gestirli è la sola pubblica amministrazione, perché ben pochi, in Italia, si fidano dello Stato, delle Regioni, degli Enti locali e dell'intero apparato pubblico. L'inserimento di associazioni autorizzate ad operare per risolvere problemi di interesse generale, potrebbe quindi invogliare molte persone a fornire anche risorse finanziarie a beneficio delle associazioni che, in rappresentanza della società civile, sarebbero così in grado di gestirle in collaborazione con la pubblica amministrazione, rimanendo legittimate ad esercitare gli opportuni controlli sul loro impiego³⁶.

³³ Cfr. C. ROBIGLIO, in *L'imprenditore*, maggio 2017: «Un patrimonio culturale immenso e non replicabile, un paesaggio unico nella sua bellezza, una immensa tipicità e varietà di prodotti agroalimentari, una vocazione manifatturiera che prende vita nei secoli scorsi dalle botteghe rinascimentali e via via, con il passare del tempo, ha spinto migliaia di artigiani con forti competenze in produzioni locali a trasformarsi in validi imprenditori in grado di esportare prodotti in tutto il mondo».

³⁴ Per quanto riguarda i prodotti agroalimentari è noto il successo che i prodotti italiani di qualità riscuotono in tutti i mercati del mondo. Il fatturato al consumo di questi prodotti specie con denominazioni DOP e IGP ammonta a diversi miliardi di euro e l'Italia vanta 291 prodotti con DOP e IGP risultando prima nell'Unione europea davanti alla Francia che ne possiede 245. Il 92% di questi prodotti proviene da comuni italiani con meno di 5000 abitanti e le regioni con il maggior numero di prodotti contrassegnati con DOP e IGP sono l'Emilia Romagna e il Veneto. Su taluni aspetti del tema cfr. M. R. NAPOLITANO - V. MARINO (a cura di), *Cultural Heritage e Made in Italy: casi ed esperienze di marketing internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016; A. NERI, *La difesa del Made in Italy alimentare comincia dalla qualità*, in *Alimenta*, 2008, p. 123; S. VENTURA, *Protezione delle denominazioni di origine e libera circolazione dei prodotti alimentari*, in questa *Rivista*, 2003, p. 333.

³⁵ Cfr. L. TROIANI (a cura di), *Fratelli d'Italia (150 anni di cultura, lavoro, emigrazione)*, Forum Italicum Publishing, 2011, New York, p. XVII (Introduzione): «A dispetto di autolezionismo e cinismo con cui camuffiamo l'amore per l'Italia, che appartiene anche a tantissimi stranieri italiani d'elezione, il nostro rimane un paese davvero bello, perché i padri ci hanno consegnato città con centri storici dall'armonia insuperabile, e una natura antropizzata la cui eleganza non ha pari al mondo».

³⁶ Queste forme di controllo, da parte della società civile, potrebbero essere utili anche per contrastare la corruzione. Cfr. l'intervento di M. VITALE in M. GARZONIO e M. VITALE (a cura di), *Corruzione*, Bologna, Edizioni Studio Domenicano, 2010.

Da ultimo, potrebbero realizzarsi effetti collaterali utili a favore dei giovani. Come in altra occasione è stato ricordato³⁷, l'avvio di iniziative come quelle in precedenza descritte potrebbe determinare benefici effetti per i giovani anche dal punto di vista psicologico. Il disagio giovanile, ampiamente diffuso tra i giovani d'oggi, molti dei quali si sentono collocati ai margini della società, li induce a tenere posizioni di permanente contrasto con la società medesima. Ciò finisce per determinare la perdita di interesse per ogni iniziativa, uno stato di perdurante risentimento e di continua frustrazione, nonché il venir meno di ogni ideale. Il coinvolgimento in iniziative come quelle sopra descritte potrebbe risvegliare nei giovani l'interesse a realizzare obiettivi che considerano validi e il desiderio di rendersi utili alla società, rinunciando così a sprecare il proprio tempo rimanendo inoperosi e passivi³⁸. Che molti giovani si sentano indotti a prestare la propria attività in iniziative analoghe a quelle sopra menzionate, si può facilmente dedurre dal grande impegno da essi profuso nel portare aiuto alle vittime di gravi calamità (inondazioni, terremoti ed eventi simili). Occorre quindi fare di tutto per valorizzare queste preziose energie, e la nuova disciplina del Terzo Settore può essere molto utile a questo scopo, come più avanti cercheremo di dimostrare.

D. LA LEGGE DELEGA SULLA RIFORMA DEL TERZO SETTORE (LEGGE N. 106 DEL 6 GIUGNO 2016) E I RELATIVI DECRETI DELEGATI

Pensiamo che non sia un disonore essere poveri ma che è senz'altro una colpa non tentare di uscire dalla povertà.
Tucidide

I. Osservazioni preliminari

Dopo aver valutato la portata dell'art. 118, ultimo comma, della Costituzione e l'impatto che lo stesso è in grado di esercitare nel nostro ordinamento, è ora possibile passare all'esame della normativa contenuta nella

³⁷ Si vedano, per quanto riguarda il coinvolgimento dei giovani e il loro recupero nella società, le iniziative avviate nel Rione Sanità a Napoli, descritte da *Don Antonio Loffredo* nel suo libro: *Noi del Rione Sanità*, Segrate, Mondadori, 2013. Le iniziative di Don Loffredo sono sostenute dalla *Fondazione Con il Sud*, di cui è presidente *Carlo Borgomeo*, autore del libro, *L'equivoco del Sud*, Bari, Ed. Laterza, 2013.

³⁸ Cfr. C. CALENDÀ, *Orizzonti selvaggi (capire la paura e ritrovare il coraggio)*, Milano, Feltrinelli, 2018, pp. 50-51: «In Italia oltre il 73% dei giovani sotto i 20 anni non si informa sulla politica e, quando lo fa, solo uno su quattro usa fonti documentate. Il 30% dei ventenni non parla mai di politica, nemmeno una volta all'anno, perché non lo ritiene un tema interessante, perché troppo complicato o perché non ne ha fiducia».

legge delega di riforma del Terzo Settore, n. 106 del 6 giugno 2016 e delle recenti disposizioni contenute nei relativi decreti delegati.

Come accennato agli inizi, da tempo si auspicava l'adozione di una normativa che consentisse di rendere concretamente attuabile il disposto dell'art. 118, ultimo comma, della Costituzione. Quanto auspicato potrebbe ora ritenersi realizzato in linea generale con la citata legge di riforma del Terzo Settore, il cui art. 1, par. 1 (*Finalità e oggetto*), precisa che l'obiettivo perseguito dalla legge è quello di «*sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e di protezione sociale, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli artt. 2, 3, 18 e 118, quarto comma della Costituzione*».

Come si può comprendere, oltre ad accennare agli artt. 2, 3 e 18 della Costituzione che si riferiscono a principi di carattere generale, la parte iniziale dell'art. 1, par. 1 della legge delega, nel descrivere l'obiettivo essenziale della riforma, precisa inequivocabilmente che la stessa è stata adottata per rendere possibile l'attuazione concreta dell'art. 118, ultimo comma (quarto comma), della Costituzione che abbiamo in precedenza commentato.

II. Analisi e valutazione della legge delega di riforma del Terzo Settore

Esulando dagli obiettivi della nostra ricerca un esame dettagliato della disciplina di riforma del Terzo Settore, ci limiteremo, nel prosieguo della presente analisi, a verificare se le tesi che abbiamo in precedenza sostenuto, relativamente alla portata dell'art. 118, ultimo comma, della Costituzione, trovino puntuale conferma nelle disposizioni della stessa legge delega di riforma e in quelle dei decreti delegati successivamente emanati.

Una prima conferma possiamo trovarla nella seconda parte dello stesso art. 1 par. 1 della legge delega, che contiene la definizione di *Terzo Settore*.

Il Terzo Settore viene così definito dalla predetta disposizione: «*Il complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e che, in attuazione del principio di sussidiarietà e in coerenza con i rispettivi statuti e atti costitutivi, promuovono e realizzano attività di interesse generale mediante forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni o servizi*».

In primo luogo, come si comprende, devono pertanto ritenersi incluse, di diritto, come enti operanti nel Terzo Settore, le associazioni e le fondazioni più importanti che da tempo svolgono in Italia le attività rientranti tra quelle indicate nella disposizione qui esaminata.

Per menzionare, ad esempio, quelle più note ed attive che operano a livello nazionale, nel settore della tutela dei beni culturali, possiamo ricordare alcune benemerite Associazioni come il *FAI (Fondo Ambiente Italiano)*, *Italia Nostra* e il *Touring Club italiano* che svolgono attività con interventi di rilievo per tutelare il patrimonio culturale italiano.

Nel settore della tutela dell'ambiente operano in modo analogo, a livello nazionale, insieme ad altre organizzazioni molto attive, il *CAI (Club Alpino Italiano)*, la *LIPU (Lega Italiana Protezione Uccelli)*, la stessa *Italia Nostra* e il *WWF Italia* (Fondo mondiale per la natura).

Anche nei settori sociale e sanitario sono presenti in Italia, come è noto, diversi Enti e numerose fondazioni ed organizzazioni che operano a livello nazionale a favore delle persone bisognose, dei disabili, delle persone inferme e dei malati gravi³⁹. In tali settori e in altri, con obiettivi diversi, sono pure attive molteplici associazioni che svolgono la loro attività a livello locale, perseguendo finalità specifiche ed avvalendosi prevalentemente del sostegno di collaboratori volontari.

Un settore che in Italia necessita di essere notevolmente sviluppato è quello della formazione, per agevolare e incentivare l'inserimento dei giovani nel mondo del lavoro, considerata l'altissima percentuale dei giovani disoccupati. Ugualmente dovrebbero essere intraprese adeguate iniziative in altri settori nei quali necessita la formazione, come ad esempio in quello dell'amministrazione pubblica.

Le associazioni nazionali più importanti, appena menzionate, e le numerose associazioni e fondazioni di rilevanza locale che svolgono la loro attività nei più diversi settori a favore della generalità dei cittadini, possono dunque essere legittimate ad avviare "*autonome iniziative*" con l'intento di realizzare obiettivi di "*interesse generale*", come previsto dall'art. 118, ultimo comma della Costituzione. Le modalità operative dovranno però essere adottate in esecuzione e nel rispetto della disciplina di riforma del Terzo Settore.

³⁹ Per quanto riguarda le iniziative avviate nei settori sociale e sanitario, si vedano, ad esempio, quelle intraprese dalla FONDAZIONE ROMA, cfr. questa *Rivista*, 2011, p. 585 ss. Negli stessi settori, diverse iniziative sono state avviate da varie organizzazioni ed associazioni benemerite. Tra queste, possiamo citare l'Associazione *Dynamo Camp*, che presta assistenza a bambini e ragazzi, disabili o affetti da serie patologie, provenienti da tutti i Paesi (v. www.dynamocamp.org); l'Associazione VIDAS a favore dei malati terminali ed altre ancora. Nel settore della protezione dei beni culturali, svolge attività utili la Fondazione Enzo Hruby, con sede in Milano; si veda il volume *Un capolavoro chiamato Italia*, edito dalla stessa Fondazione, Milano, 2014. Altre associazioni si occupano di problemi di carattere generale perseguendo obiettivi di natura specifica, tra i quali il miglioramento dell'attività della pubblica amministrazione, come *Civicum* con sede in Milano.

III. Attuazione della Legge di riforma del Terzo Settore tramite i decreti delegati

1. I DECRETI LEGISLATIVI ADOTTATI

La legge delega 6 giugno 2016 n. 106 di riforma del Terzo Settore è stata attuata tramite specifici provvedimenti.

I provvedimenti attuativi della legge delega di interesse per la nostra ricerca sono il Decreto legislativo n. 117 del 3 luglio 2017 che ha istituito il *Codice del Terzo Settore* disciplinante il Registro delle Associazioni ed Enti del Terzo Settore, nonché il DPR 28 luglio 2017⁴⁰ sullo Statuto della *Fondazione Italia Sociale* (Strumento di sviluppo del Terzo Settore)⁴¹.

Per quanto riguarda il Codice del Terzo Settore, in esso sono stabilite le regole per l'individuazione delle associazioni, delle Organizzazioni e delle Fondazioni aventi le necessarie caratteristiche di idoneità per essere riconosciute e legittimate ad avviare le "autonome iniziative" in precedenza menzionate.

Le Associazioni, le Organizzazioni e le Fondazioni che avranno ottenuto il relativo riconoscimento, dovranno pertanto essere inserite in un apposito registro che ne attesti il diritto ad operare in conformità alle prescrizioni e alle regole previste dalla nuova disciplina del Terzo Settore.

Questi aspetti sono disciplinati tanto dalle disposizioni della citata legge delega e, in particolare, dall'art. 4, dall'art. 5 e dall'art. 7 della legge medesima, quanto da varie disposizioni del Codice del Terzo Settore.

Indipendentemente dai decreti legislativi adottati dal governo, è da ritenere però che i diritti e i poteri delle Associazioni e delle Fondazioni, legittimate ad operare nel Terzo Settore, siano già ben definiti nella stessa legge delega, per cui non potrebbero incontrare limitazioni nei decreti legislativi che il governo ha emanato. Di conseguenza, per quanto riguarda i diritti e i poteri delle associazioni e delle fondazioni, così come risultano delimitati e precisati nella legge delega, il governo potrà senz'altro prescrivere le modalità di esecuzione, ma non potrà certo ostacolarne l'esercizio volto al conseguimento degli obiettivi perseguiti tenuto anche conto della formulazione dell'ultimo comma dell'art. 118 della Costituzione.

⁴⁰ In *Gazzetta Ufficiale*, serie generale, n. 211 del 9 settembre 2017.

⁴¹ Gli altri provvedimenti relativi al Terzo Settore sono: *a.* il Decreto legislativo 3 luglio 2017 n. 111 istitutivo del nuovo *cinque per mille* che consente di destinare una quota dell'IRPEF ad Enti *non-profit* che svolgono attività di interesse sociale; *b.* il Decreto legislativo 3 luglio 2017 n. 112 istitutivo della nuova Impresa Sociale.

2. SETTORI DI ATTIVITÀ DEGLI ENTI E DELLE ASSOCIAZIONI

Una volta costituito e registrato secondo le norme applicabili, ogni ente risulterà legittimato ad operare e potrà avviare opportune iniziative nel proprio settore di attività. A seconda del settore prescelto e delle competenze acquisite, ogni ente potrà quindi avviare iniziative, ad esempio: *a.* in campo culturale, nel caso in cui debba essere salvato un affresco in una chiesa esposta all'umidità, *b.* in campo ambientale, nel caso in cui debba essere ripristinata un'area danneggiata dall'inquinamento del suolo, *c.* in campo sociale, nel caso in cui sia necessario intervenire per realizzare asili nido o strutture di assistenza per l'infanzia; *d.* in campo sanitario, per portare rimedio a storture evidenti del nostro sistema che danneggiano in modo insostenibile i cittadini-pazienti e le loro famiglie⁴². A questo proposito si può pensare alle condizioni pessime o miserevoli in cui si trovano numerosi servizi sanitari di pronto soccorso.

3. FUNZIONI DI CONTROLLO ESERCITATE DAGLI ENTI

A ben vedere, l'attività svolta in varie parti dell'intero territorio dello Stato da enti ufficialmente iscritti in un pubblico registro e legittimati ad operare in stretto contatto con la pubblica amministrazione, per affrontare e risolvere i numerosi e complessi problemi che si presentano nei settori in precedenza elencati, potrebbe anche rendere possibile un utile ed efficace forma di controllo sul funzionamento della pubblica amministrazione medesima. Le Associazioni diventerebbero quindi anche organi di stimolo per far funzionare la democrazia⁴³.

IV. Valutazioni finali e conclusive

La nuova disciplina del Terzo Settore se applicata in modo corretto e adeguato, potrà recare notevoli benefici al sistema Paese, tanto sotto il profilo socio-economico, quanto sotto il profilo politico, con ricadute favorevoli anche al di fuori dei settori specifici nei quali le attività di interesse generale vengono svolte.

I confini di tali settori e di tali attività erano già stati, in via generale, indicativamente tracciati dai decreti legislativi n. 460/1997⁴⁴ e n. 155/2006,

⁴² B. PRIMICERIO, *Il Servizio Sanitario Nazionale. Struttura, organizzazione e modelli gestionali*, Pozzi Edizioni, Ravenna, 2011.

⁴³ Si vedano ad esempio le funzioni che le Associazioni potrebbero esercitare nell'assistere i partiti politici nella scelta dei candidati da presentare alle elezioni, cfr. *supra*, p. 10 (lett. c.).

⁴⁴ Ad esempio, nel decreto legislativo n. 460/1997 istitutivo delle Onlus che ha riordinato

richiamati nell'art. 4 par. 1 lettera b, della legge delega sopra esaminata, ma potranno essere ampliati in conformità alle indicazioni contenute nella stessa legge delega e in seguito agli aggiornamenti che il governo riterrà di apportare.

Si deve riconoscere, in ogni caso, una particolare importanza alle norme inserite nel decreto legislativo n. 117/2017 (Codice del Terzo Settore) con riferimento alla materia del volontariato, la cui disciplina risulta riordinata in base ai criteri forniti dall'art. 5 della legge delega e dalle specifiche disposizioni del Codice del Terzo Settore (art. 17 ss.).

L'adesione convinta dei volontari agli Enti che svolgono attività di interesse generale è, in effetti, l'indizio più sicuro della serietà e della validità degli stessi Enti che li impiegano, nonché della rilevanza dei settori nei quali essi operano.

I volontari che, per definizione, non vengono retribuiti per l'attività prestata e che, per natura e per carattere, sono portati a manifestare sentimenti altruistici, scelgono generalmente di collaborare con gli enti e con gli organismi nei quali ripongono la loro fiducia, evitando quelli ritenuti non affidabili.

Di conseguenza, gli enti e gli organismi che riescono a conquistare la fiducia dei volontari in modo trasparente e corretto, devono essere considerati, in linea generale, degni di ogni attenzione e meritevoli di ogni sostegno.

Il numero dei volontari che prestano la loro attività per iniziative di interesse generale è veramente notevole⁴⁵.

Quando si verificano eventi eccezionali causati, ad esempio, da catastrofi ambientali (alluvioni, terremoti, ecc.) si assiste ammirati all'opera assidua e grandemente proficua dei volontari che accorrendo sui luoghi dei disastri forniscono, in modo disinteressato, il proprio aiuto.

la disciplina tributaria degli enti non commerciali e delle *organizzazioni non lucrative di utilità sociale*, sono elencati i settori nei quali devono essere svolte le attività contemplate dalla disciplina di agevolazione tributaria. Tali settori sono: 1. assistenza sociale o socio-sanitaria; 2. assistenza sanitaria; 3. beneficenza; 4. istruzione; 5. formazione; 6. sport dilettantistico; 7. tutela, promozione e valorizzazione delle cose di interesse artistico e storico ivi comprese le biblioteche; 8. tutela e valorizzazione della natura e dell'ambiente; 9. promozione della cultura e dell'arte; 10. tutela dei diritti civili; 11. ricerca scientifica.

⁴⁵ Secondo i dati dell'ultimo censimento Istat su industria e servizi, nel solo 2011 erano oltre 300mila le organizzazioni *non profit* dislocate lungo la penisola. Sempre l'Istat rivela che negli ultimi anni le persone che svolgono attività di volontariato in Italia sono passate dal 10% del 2011 al 12,6% del 2013: 6,63 milioni di individui, un italiano su 8, che sostengono le organizzazioni del Terzo Settore e di cittadinanza attiva. A questo riguardo, G. DE RITA e A. GALDO, *L'eclissi della borghesia*, Bari-Roma, Laterza, 2011, p. 85, riconoscono che: «Esiste un universo sociale che rappresenta forse la risorsa più significativa per dare slancio e vitalità a una classe dirigente di respiro nazionale: il volontariato». Su tali tematiche cfr. F. CAPELLI, *Come governare l'ambiente e il territorio*, in *Riv. giur. amb.*, 2017, p. 5.

Ma a partire dal momento in cui l'evento eccezionale volge al termine, anche i volontari tendono a disperdersi.

Orbene, tra le preoccupazioni di chi si occuperà dei problemi del volontariato, dovrebbe esservi soprattutto quella di tenere uniti, in rete, tutti i volontari, indipendentemente dalle associazioni e dagli enti di appartenenza, per fare in modo che essi rimangano in permanente contatto fra loro e possano essere coordinati in modo efficiente.

Appare pertanto di enorme rilevanza l'introduzione di una regolamentazione specifica che valorizzi le caratteristiche estremamente positive dei volontari, disciplinandone l'attività⁴⁶.

A nostro avviso, occorrerà anche coordinare la posizione dei volontari e quella dei soggetti che aderiranno al servizio civile universale previsto dall'art. 8 della legge delega e dal decreto legislativo n. 40 del 6 marzo 2017. Ugualmente occorrerà provvedere al coordinamento delle attività che i soggetti appartenenti alle due categorie dovranno svolgere.

Probabilmente un'azione efficace di coordinamento, nel senso sopra indicato, potrebbe essere avviata dall'organismo istituito in base all'art. 10 della legge delega cui sopra è stato fatto riferimento.

Come già ricordato e come risulta, in effetti, dall'art. 10, par. 1 della legge delega, è stata istituita una Fondazione, denominata *Fondazione Italia Sociale*, con lo scopo di "*sostenere, mediante l'apporto di risorse finanziarie e di competenze gestionali, la realizzazione e lo sviluppo di interventi innovativi da parte di enti del Terzo settore, caratterizzati dalla produzione di beni o servizi con un elevato impatto sociale e occupazionale e rivolti, in particolare, ai territori e ai soggetti maggiormente svantaggiati*".

Il Consiglio dei ministri, il 9 marzo 2017 ha approvato lo Statuto della Fondazione Italia Sociale, quale strumento di sviluppo del Terzo Settore, adottando il DPR 28 luglio 2017.

Tra i compiti da affidare alla Fondazione Italia Sociale è auspicabile possa rientrare anche quello di svolgere interventi adeguati per coordinare le attività dei volontari e degli aderenti al servizio civile.

Un'iniziativa a nostro avviso utile ed opportuna che la Fondazione potrebbe avviare, sarebbe quella di costituire una banca dati nella quale tutti i volontari che lo desiderano e tutti gli aderenti al servizio civile, potrebbero essere inseriti con indicazione delle rispettive competenze e specialità nonché dei rispettivi interessi.

⁴⁶ Anche Papa Francesco è rimasto impressionato dal lavoro svolto dai volontari italiani. Nel suo intervento, durante l'udienza all'Ail (*Associazione Italiana Leucemie*), segnalato il 3 marzo 2019 su *La Repubblica*, il Papa ha affermato: «Una delle cose che più mi ha toccato quando sei anni fa sono arrivato a Roma è il volontariato italiano. Ma è grandioso, è grandioso».

La Fondazione potrebbe anche curare un apposito sito al quale ogni interessato sarebbe legittimato ad accedere non solo con lo scopo di fornire consigli e suggerimenti ma anche per offrire la propria disponibilità ad effettuare prestazioni specifiche nei casi in cui fossero richieste.

E. CONSIDERAZIONI SULLE PROSPETTIVE DI SVILUPPO

L'organizzazione razionale cerca di adattare sé stessa al mondo; l'organizzazione irrazionale, il mondo a sé stessa. Il progresso nel mondo è reso possibile dalle organizzazioni irrazionali.

George B. Shaw

Bisogna essere realisti nella ricerca dei mezzi da impiegare, ma idealisti nella ricerca degli obiettivi da raggiungere.

Jules Renard

I. In generale

Nei settori in precedenza elencati, sono da tempo attive, come già ricordato, associazioni ed organizzazioni che hanno dimostrato efficienza in passato e continuano, attualmente, a dare prova di capacità, intelligenza e lungimiranza⁴⁷.

Orbene, nel provvedere alla costituzione di Associazioni destinate ad essere inserite nel Registro degli Enti del Terzo Settore, sopra segnalate, occorrerebbe, a nostro parere, disciplinarne l'attività e le funzioni in modo che le stesse non solo possano realizzare gli obiettivi perseguiti nei settori di loro specifico interesse, ma siano anche in grado di interagire e cooperare con le istituzioni e le autorità pubbliche locali, regionali e centrali nella programmazione delle iniziative rientranti nelle competenze di queste ultime.

In altri termini, gli Enti formati dai cittadini dovrebbero, da un lato, operare direttamente per il conseguimento degli obiettivi ad essi assegnati

⁴⁷ Nel settore della tutela dei beni culturali, come già ricordato, possiamo citare il *FAI - Fondo Ambiente Italiano*, il cui obiettivo è tutelare e valorizzare il patrimonio artistico e culturale italiano, educare e sensibilizzare la collettività, vigilare e intervenire sul territorio, nonché il *Touring Club Italiano*, una associazione autonoma che opera socialmente e culturalmente, anche grazie a soci e volontari, nell'interesse del Paese, ed è impegnata per una concezione del turismo inteso come incontro, viaggio consapevole e rispettoso, rivolto alla relazione con la realtà e la comunità locale visitata. Dobbiamo anche ricordare *Italia Nostra*, associazione per la salvaguardia e la conservazione dell'ambiente e del territorio in Italia. Le organizzazioni predette e le altre che operano nel settore dei beni culturali si avvalgono del prezioso apporto di volontari, i quali contribuiscono a tenere aperti siti e luoghi d'arte che altrimenti rimarrebbero chiusi, svolgendo anche la funzione di custodi, la cui mancanza, come sappiamo, crea così gravi problemi in Italia. Cfr. M. CARCIONE, *ONG internazionali e volontariato. Sussidiarietà e partecipazione per la salvaguardia e la sicurezza del patrimonio culturale*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 2012 nn. 1-2.

nonché, dall'altro lato, esercitare una funzione di stimolo e di sprone per far sì che le strutture pubbliche svolgano in modo adeguato i propri compiti⁴⁸.

Sono in verità a tutti note le penose condizioni in cui operano le istituzioni pubbliche italiane, con alcune lodevoli eccezioni, aggravate, per di più, dall'invadenza di una classe politica (locale, regionale e centrale) ampiamente inadeguata.

Le Associazioni sottoforma di ONLUS (*Organizzazioni non Lucrative di Utilità Sociale* istituite in base al citato Decreto legislativo n. 460/1997 destinate ad essere inserite nel registro degli Enti del Terzo Settore), come vengono in prosieguo concepite e descritte, potrebbero determinare una "rivoluzione civile" procedente dal basso, con il coinvolgimento dei cittadini, impegnati ad individuare i problemi veri, quelli di effettivo interesse per la collettività, ai quali essi dimostrino volontà e capacità di dedicarsi⁴⁹.

Le Associazioni potrebbero anche occuparsi indirettamente di problemi riguardanti altri settori, diversi da quelli sopra elencati, che risultano parimenti di grande rilevanza socio-economica per la collettività⁵⁰.

Per affrontare e risolvere i problemi attinenti a tali settori, occorre però avviare interventi più complessi in grado di contribuire al rilancio dell'attività economica con strumenti più articolati. Per quanto riguarda i settori i cui problemi richiedono i predetti interventi, si può far riferimento alle indicazioni di *Luciano Gallino*, espresse in un articolo apparso su *La Repubblica* del 10 maggio 2013, e così formulate:

«Ci sono gli acquedotti che dalla sorgente al rubinetto perdono metà dell'acqua che convogliano (...). Ci sono milioni di abitazioni ancora costruite in modo da consumare energia in misura cinque o dieci volte superiore a quella necessaria per assicurare lo stesso livello di comfort; le scuole da mettere a norma per evitare che caschino in testa agli studenti. Ci sono migliaia di chilometri di torrenti e fiumi e decine di migliaia di chilometri quadrati di boschi e terreni da sistemare⁵¹ (...). C'è la metà almeno di ospedali da sistemare perché oggi terapie e degenze richiedono spazi organizzati in modo diverso rispetto a quando furono costruiti, mez-

⁴⁸ A questo proposito è ancora interessante l'esame della Legge Regionale della Liguria n. 42 del 6 dicembre 2012, che ha affrontato il Terzo Settore nonché i rapporti tra le autorità pubbliche e le associazioni *non-profit* con particolare riferimento ai servizi sociali.

⁴⁹ Sarebbe possibile sostenere che questa "rivoluzione civile" potrebbe rappresentare una sorta di «*federalismo sociale*» in grado di preparare i cittadini italiani a cooperare tra loro, in attesa dell'istituzione di quel «*federalismo politico amministrativo*» che il sistema dei partiti politici non ha consentito di realizzare. Sul «*federalismo*» con riferimento ai beni culturali, cfr. V. M. SESSA, *Il federalismo demaniale e i suoi effetti sul patrimonio culturale*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto* on line, 2011, n. 1.

⁵⁰ V. *supra*, par. A.I.1.

⁵¹ E all'elenco di L. GALLINO si potrebbero aggiungere: ponti e viadotti in precarie condizioni, strade e piazze dissestate, fognature inefficienti, edifici pubblici e privati da riparare e molto altro ancora.

zo secolo fa; e, forse, la metà degli edifici esistenti in mezza Italia dovrebbero venire protetti dal rischio sismico con le tecniche oggi disponibili. Tutto ciò significa milioni di posti ad alta intensità di lavoro, e qualifiche professionali che vanno dal manovale al perito, all'ingegnere, che aspettano di venire creati a vantaggio dell'intero paese. Ci si potrebbero impegnare migliaia di piccole imprese, di cooperative, di artigiani, in parte forse coordinate da imprese pubbliche o private più grandi (...). È [quindi] necessario un piano».

Il piano suggerito da *Luciano Gallino*, che soltanto attraverso un provvedimento legislativo potrebbe essere attuato, dovrebbe rendere possibile lo spostamento, in modo regolato, degli investimenti verso settori particolari.

Si tratta in effetti di un piano la cui realizzazione richiederà importanti investimenti pubblici e privati, consistenti incentivi e forti sgravi fiscali per stimolare gli investimenti privati.

In concomitanza con l'avvio di un piano del genere e proprio per agevolare la messa in cantiere e la sua successiva realizzazione, potrebbero acquisire rilevanza le Associazioni sopra indicate che sarebbero in grado di svolgere, ad un tempo, nei confronti delle strutture pubbliche, le funzioni di organismi di collaborazione sinergica, di pungoli incisivi e di controllori efficienti.

Nel quadro delle iniziative suggerite da *Gallino*, il collegamento e la cooperazione tra le strutture pubbliche e le Associazioni, sopra richiamate, potrebbero essere di indubbia utilità, con l'effetto di ridurre gli sprechi e di migliorare le prestazioni.

Questo vale in particolare in un periodo di grave crisi come l'attuale, in cui tutti parlano della necessità di far crescere l'economia, ma ancora si sta cercando di capire come farla crescere. Sarebbe pertanto veramente ingiustificabile la rinuncia ad avvalersi degli strumenti appena segnalati, tanto più che è proprio nei periodi di crisi⁵², come quello nel quale stiamo vivendo, che può affiorare l'interesse delle persone ad affrontare i problemi della collettività per la tutela del bene comune, anche come reazione al

⁵² Sono veramente stupende, a questo proposito, le esortazioni di Albert Einstein a reagire alla crisi: «Non possiamo pretendere che le cose cambino, se continuiamo a fare le stesse cose. La crisi è la più grande benedizione per le persone e le nazioni, perché la crisi porta progressi. La creatività nasce dall'angoscia come il giorno nasce dalla notte oscura. È nella crisi che sorgono l'inventiva, le scoperte e le grandi strategie. (...) Chi attribuisce alla crisi i suoi fallimenti e difficoltà, fa violenza al suo stesso talento e dà più valore ai problemi che alle soluzioni. (...) Il maggiore inconveniente delle persone e delle nazioni è la pigrizia nel cercare soluzioni e vie di uscita. Senza crisi non ci sono sfide, senza sfide la vita è una routine, una lenta agonia. Senza crisi non c'è merito. È nella crisi che emerge il meglio di ognuno, perché senza crisi tutti i venti sono solo lievi brezze. Parlare di crisi significa incrementarla, e tacere nella crisi è esaltare il conformismo. Invece, lavoriamo duro. Finiamola una volta per tutte con l'unica crisi pericolosa, che è la tragedia di non voler lottare per superarla».

diffondersi di un disagio esistenziale, che il benessere e l'assuefazione al superfluo hanno finora contribuito a sopire e ad occultare⁵³.

Bisogna quindi ricorrere ad una sorta di "rivoluzione civile" che possiamo descrivere con le parole di un autore già citato, che da tempo si occupa di questi problemi⁵⁴: «C'è bisogno di una vera rinascita etica ed ideale e perché questo avvenga è necessario rivolgersi a quella parte più viva e idealista della società civile: associazioni, movimenti e volontariato. (...) Insomma si tratta, da un lato, per la politica di fare un passo indietro e, dall'altro, di far spazio non soltanto alla logica dei mercati ma anche alle organizzazioni che hanno come priorità la massimizzazione del bene comune». (...)

Dovrebbe quindi essere una "rivoluzione civile" in grado di favorire la realizzazione di un progetto che, secondo lo stesso autore, «Stimola la comunità ad essere protagonista della modernizzazione, libera l'iniziativa, promuove la solidarietà e sposta il baricentro del potere dallo Stato alla società che diviene un luogo in cui i cittadini vivono, partecipano e si associano»⁵⁵. Per questo occorre soprattutto realizzare servizi pubblici efficienti. «Per renderli tali, è necessario ripristinare la fiducia nella società, che oggi appare fratturata e priva di slancio, lasciando spazio all'attività di volontariato e consentendo al cittadino di intervenire attivamente laddove il pubblico non riesce a svolgere correttamente il suo ruolo (...). Si tratta, da un lato, di ridurre gli sprechi, e dall'altro, di incanalare gli investimenti a favore dei cittadini, del volontariato e delle comunità locali»⁵⁶. La rivoluzione civile di cui stiamo parlando può essere favorita dalla corretta applicazione della nuova disciplina del Terzo Settore, come subito si dirà.

II. Rivoluzione civile e Terzo Settore

Riteniamo che la nuova disciplina del Terzo Settore, appena introdotta nel nostro Paese e in precedenza descritta, possa offrire un contesto giuri-

⁵³ Occorre anche considerare gli effetti benefici sui giovani dal punto di vista psicologico come già ricordato. Molti giovani provvisti di adeguate qualifiche potrebbero inoltre essere coinvolti nelle attività di catalogazione dei beni culturali, che è un'attività di grande importanza come mette in evidenza M. CAMMELLI, *Nuova legislatura e patrimonio culturale: il tempo è scaduto*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto* on line, 2012, n. 3.

⁵⁴ Cfr. E. M. F. EMANUELE, *Arte e Finanza*, Napoli, ESI, 2012, p. 34.

⁵⁵ Cfr. E. F. M. EMANUELE, *Arte e Finanza*, loc. cit., pp. 32-33.

⁵⁶ Cfr. E. F. M. EMANUELE, *ibidem*; iniziative del genere potrebbero essere alimentate anche con altri finanziamenti. È anche importante verificare le tecniche di finanziamento seguite in altri Paesi, cfr. S. PELLIZZARI, *Il ruolo dei privati e la tutela del patrimonio culturale nell'ordinamento giuridico inglese: un modello esportabile?*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto* on line, 2010, n. 1.

dico favorevole per consentire l'avvio della "rivoluzione civile" alla quale ci siamo riferiti.

Tale contesto potrebbe essere decisamente rafforzato dall'adozione in Italia delle riforme istituzionali e delle modifiche socio-politico culturali sopra auspiccate.

Con l'introduzione delle riforme e delle modifiche predette, potrebbe in effetti essere messo in moto un processo virtuoso in grado di avviare un'inversione di tendenza i cui punti di forza dovrebbero essere questi: *a.* riforma della pubblica amministrazione; *b.* un notevole aumento dei poteri delle comunità locali; *c.* nuovi indirizzi per l'azione sociale e amministrativa⁵⁷.

1. RIFORMA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Chi è tenuto a frequentare con regolarità, per ragioni di lavoro o di necessità, gli uffici ministeriali nonché quelli regionali e degli enti locali, non ha difficoltà a rendersi conto del basso livello professionale (pur tenendo conto delle lodevoli eccezioni) della nostra Pubblica Amministrazione, che non le permette di contribuire al progresso del Paese, determinando, al contrario, in un mondo competitivo come quello in cui viviamo, un rallentamento del suo sviluppo.

Ciò si verifica in particolare quando la burocrazia risulta asservita al potere dei partiti, spinti a perseguire interessi di parte piuttosto che gli interessi della generalità dei cittadini⁵⁸.

Il dilagare della corruzione che vede coinvolti, come protagonisti, sia uomini di partito, sia burocrati operanti ai più diversi livelli (comunale, provinciale, regionale e ministeriale), è la prova certa che la Pubblica Amministrazione non funziona.

Più precisamente, ciò costituisce la prova che la Pubblica Amministrazione non solo non è stata in grado di svolgere la sua funzione istituzionale a sostegno dello sviluppo del Paese, ma neppure è riuscita a con-

⁵⁷ Gli argomenti sviluppati nelle pagine che seguono hanno, in parte, lo stesso contenuto di quelli a suo tempo svolti in questa *Rivista*, 2011, p. 593 ss.

⁵⁸ Il basso livello professionale dei nostri burocrati è dovuto principalmente ai cattivi meccanismi impiegati nelle procedure avviate per la loro selezione e alla carenza di strutture efficienti che ne curino la formazione. Sempre tenendo conto delle lodevoli eccezioni, i burocrati in Italia non sono educati ad agire e a comportarsi come "*civil servant*", quali funzionari al servizio dei cittadini. In generale prevale il disinteresse per i cittadini e, in molti casi, questo disinteresse si trasforma in un'arrogante pretesa di comando che, ai livelli più elevati della carriera, può diventare, come ricorda Tacito nelle sue *Historiae* (Libro V, 9), accennando al comportamento dei burocrati romani incaricati di esercitare il potere in Giudea, un vero e proprio arbitrio, in quanto essi «*esercitavano poteri regali con animo di servi*».

trastare, in modo adeguato, il degrado causato dalle indebite o, peggio, illecite incursioni, nel settore pubblico, degli uomini di partito⁵⁹.

Fornire suggerimenti per riformare la Pubblica Amministrazione, volendo contribuire a cambiarne la struttura per renderla più efficiente ed efficace, non è certo possibile in questa sede e neppure costituisce l'obiettivo di queste considerazioni.

A tale proposito, è però possibile, in questa sede, fornire le indicazioni per consentire lo svolgimento di opportuni e specifici controlli all'interno della Pubblica Amministrazione, come più avanti verrà precisato.

Ma se non possiamo fornire, in questa sede, consigli adeguati per rendere possibile una riforma della Pubblica Amministrazione nel senso ampio sopra indicato, siamo però in grado di fornire alcuni suggerimenti ricavabili dalle considerazioni in precedenza effettuate con riferimento all'attuazione dell'art. 118 ultimo comma della Costituzione.

2. AUMENTO DEI POTERI DELLE COMUNITÀ LOCALI

L'aumento dei poteri delle Comunità locali dovrebbe comportare, in concreto, il rafforzamento dei poteri della società civile allorché essa intenda realizzare un progetto in conformità con l'art. 118 ultimo comma della Costituzione.

A questo punto è bene chiarire i concetti. La reazione ai conflitti tra le opposte fazioni politiche sui provvedimenti da adottare per consentire all'Italia di uscire dal permanente stato di crisi in cui si trova, ha reso evidente tanto la profonda sfiducia che l'opinione pubblica italiana (non coinvolta nelle fazioni partitiche) riserva alla classe politica, quanto la disistima verso coloro che attraverso le strutture pubbliche (politiche e burocratiche) esercitano ogni forma di potere.

In Italia, la mancanza di fiducia nelle strutture pubbliche e in chi le rappresenta è generale. All'ammirato stupore per l'intraprendenza, la genialità, la capacità degli italiani che lavorano seriamente, producono e si affermano sui mercati del mondo intero, si contrappone il desolato sgomento per una classe politica così mediocre e lontana dagli interessi dei cittadini, per una burocrazia così scadente, inefficiente e invasiva (pur con le eccezioni men-

⁵⁹ GUIDO CARLI, in *Cinquant'anni di vita italiana*, Roma-Bari, Ed. Laterza, 1993, ha pesantemente e sistematicamente criticato le carenze e le deficienze della pubblica amministrazione italiana. Una sarcastica battuta di ENNIO FLAIANO riassume il desolato stato d'animo di impotenza e di frustrazione del cittadino di fronte all'inefficienza del sistema pubblico che non funziona: «*La sola cosa di progressivo che c'è in Italia è la paralisi*».

zionate), per una gestione così dissennata delle risorse pubbliche e per un uso così scriteriato e spesso illecito del pubblico denaro⁶⁰.

È difficile quindi pensare di realizzare programmi di successo in settori che interessano la generalità dei cittadini, facendo unicamente affidamento sulle strutture pubbliche.

Nelle strutture pubbliche possono mancare le competenze, o possono mancare le disponibilità finanziarie, oppure, anche nel caso in cui sussistano competenze e disponibilità finanziarie, può mancare semplicemente l'interesse ad avviare un determinato progetto.

Ebbene, nella società civile, l'interesse è proprio l'elemento che non fa difetto, perché le associazioni, le fondazioni e i gruppi che la compongono hanno, di regola, come missione, il conseguimento di obiettivi precisi e, quindi, un interesse specifico a realizzarli⁶¹.

3. NUOVI INDIRIZZI PER L'AZIONE SOCIALE ED AMMINISTRATIVA

Le predette Associazioni perseguono, in generale, gli obiettivi più diversi, partendo da quelli necessari per far fronte alle esigenze più pressanti, come l'assistenza alle persone bisognose e indigenti, a quelli relativi all'erogazione di prestazioni nel settore sanitario, come pure nei settori ambientale e culturale, nonché in quelli dell'educazione e dell'istruzione.

Accanto a queste forme di intervento sussistono, ovviamente, anche molte altre forme di intervento in settori che toccano gli interessi della generalità dei cittadini.

Pensiamo, in particolare, ai già ricordati settori della tutela dei beni culturali e della protezione dell'ambiente.

⁶⁰ Cfr. A. QUADRIO CURZIO, *Noi, l'economia e l'Europa*, Bologna, il Mulino, 1996, *passim*; S. ROSSI, *La politica economica italiana 1968-1998*, Bari, Laterza, 1998, *passim*. V. anche l'articolo di GIUSEPPE DE RITA, *La fiducia nasce dal basso*, apparso sulla prima pagina del *Corriere della Sera* del 16 gennaio 2019.

⁶¹ Tra un partito politico e un'associazione non-profit vi è una differenza fondamentale. Il partito politico è formato da persone che hanno un loro interesse personale da difendere ed individuano, come obiettivo del partito, la difesa del loro interesse. L'associazione non-profit, invece, è formata da persone che hanno un obiettivo generale da raggiungere e considerano tutelato il loro interesse quando l'obiettivo viene raggiunto. Il partito, quindi, adegua l'obiettivo all'interesse personale dei membri che lo compongono. L'associazione non-profit, invece, adegua l'interesse dei suoi membri all'obiettivo generale da realizzare. Se vogliamo quindi seguire la linea di pensiero di R. NIEBUHR, *Uomo morale e società immorale*, Milano, Jaca Book, 2018, pp. 5-9, possiamo affermare che il partito massimizza le *tendenze egoistiche* dei membri che lo compongono, mentre l'associazione massimizza le *tendenze altruistiche* dei suoi associati.

Anche in questi settori sono attive associazioni ed organizzazioni che hanno dimostrato efficienza in passato e continuano, attualmente, a dar prova di capacità, intelligenza e lungimiranza⁶².

Orbene, in tutti questi settori è possibile liberare energie approfittando dell'interesse che tante persone dimostrano nel realizzare iniziative utili. Si pensi, ad esempio, alla manutenzione di un'opera d'arte di grande notorietà minacciata dal degrado sia per scarsità di fondi, sia per mancanza di progetti adeguati di restauro. Se le Associazioni fossero in grado di organizzarsi liberamente sulla base di regole giuridiche certe, potrebbero sicuramente trovare "sponsor" disposti a finanziare le opere di restauro in cambio di una giusta e meritata pubblicità⁶³. L'importante è quindi trovare le formule per una collaborazione sinergica che permetta di rendere possibile la realizzazione di progetti di sicura utilità nei settori sopra indicati e in altri settori dove possano essere tutelati giusti e meritevoli interessi.

È evidente che, di norma, occorrerà all'inizio un progetto che possa creare un impatto utile in uno dei settori sopra indicati, in grado di produrre conseguenze benefiche di rilievo⁶⁴.

Ma è anche evidente che alla base deve esistere una struttura affidabile in grado di coalizzare e di far lavorare insieme i diversi soggetti interessati alla realizzazione del progetto: esperti, rappresentanti di Associazioni, come pure di enti del volontariato e di fondazioni nonché imprenditori, etc.

Una struttura siffatta deve poter operare in modo permanente secondo uno statuto adeguato. Si potrebbe, ad esempio, pensare di istituire, all'in-

⁶² Nel settore della tutela dei beni culturali abbiamo già citato il FAI - Fondo Ambiente Italiano, nonché il Touring Club Italiano. Nel settore della tutela dell'ambiente abbiamo già ricordato il WWF-Italia, la cui missione è costruire un mondo in cui l'uomo possa vivere in armonia con la natura, nonché Italia Nostra, associazione per la salvaguardia e la conservazione dell'ambiente e del territorio in Italia.

⁶³ Con riferimento a tale obiettivo possono svolgere un ruolo di rilievo le Banche di territorio o banche locali, cfr. C. SFORZA FOGLIANI, *Siamo molto popolari (contro storia di una riforma che arriva da lontano e porta all'oligarchia bancaria)*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2017, *passim*, e spec. pp. 55 «In realtà le Banche locali hanno interesse al territorio perché con esso sono legate da un fattore simbiotico. Lo sviluppo dell'economia locale migliora il loro conto economico e, viceversa, il rallentamento lo peggiora. Questo fenomeno non si riscontra affatto nel caso di banche più grandi». In più le banche di territorio aiutano le iniziative del Terzo Settore. Ciò viene confermato da FULVIO COLTORTI, che così conclude un articolo dal titolo «Le banche italiane con particolare riferimento alle Banche popolari», in AA.VV., *Banche popolari, credito cooperativo, economia reale e costituzione*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2016, p. 29: «(Le Banche popolari) hanno, come già ricordato, aumentato il loro credito verso il Terzo Settore per sette punti in più rispetto al sistema bancario nel suo insieme». In senso analogo si esprime R. CAPPELLIN, *Le varie forme di esercizio del credito*, *ivi*, p. 63. Sul punto v. anche F. DEBENEDETTI - G. FABI, *Popolari addio?*, Milano, Guerini e Associati, 2015.

⁶⁴ A questo proposito v. le considerazioni di D. MANACORDA, *L'Italia agli italiani*, *cit. supra*, nota 31. Tali tematiche sono state trattate in F. CAPELLI, *Valutazioni critiche e riflessioni propositive sulla relazione del Prof. E. F. M. Emanuele dedicata al progetto Big Society (o Terzo Pilastro)*, in questa *Rivista*, 2011, p. 593.

terno di ogni regione, una *Onlus* per ogni settore di interesse, aperta alla partecipazione delle organizzazioni interessate, nonché delle fondazioni come pure degli imprenditori ugualmente interessati alle problematiche da risolvere⁶⁵.

Una *Onlus* costituita nel modo sopra indicato, non avendo alcun scopo di lucro, diventa automaticamente un *partner* affidabile anche per le strutture pubbliche (centrali, regionali, provinciali e comunali) coinvolte nelle iniziative che interessano.

Una *Onlus* siffatta, che si occupasse, ad esempio, della protezione dei beni culturali, potrebbe avere come capofila proprio un'associazione rappresentativa di tale settore, come ad esempio, il *Touring Club Italiano* o il *FAI* o *Italia Nostra* cui sopra abbiamo fatto riferimento. Analogamente potrebbe avvenire per il settore della tutela ambientale, che potrebbe avere come capofila il *WWF-Italia*, più sopra ugualmente citato.

Qualora, infatti, occorresse individuare una soluzione tecnica appropriata per risolvere un determinato problema che interessa i beni culturali oppure quelli ambientali, la società civile, tramite la *Onlus* territorialmente competente, potrebbe avviare le iniziative necessarie coinvolgendo sia gli enti privati, sia le strutture pubbliche.

Analogo risultato potrebbe essere ottenuto se si trattasse di realizzare, nel settore sociale, asili o strutture di assistenza per l'infanzia, oppure case di cura per persone bisognose o disabili, vale a dire opere alle quali persone generose e illuminate sarebbero interessate a legare la propria immagine anche perché apprezzate dall'opinione pubblica.

Appare chiaro che, come già ricordato, dovrà essere costituita una *Onlus* per ogni settore di interesse e per ogni Regione, con le necessarie ramificazioni locali sul territorio, allo scopo di consentire alla struttura di acquisire un'adeguata specializzazione nel settore nel quale dovrà svolgere la propria attività, con riferimento al territorio di sua competenza (anche coordinando le varie associazioni che operano nello stesso settore).

⁶⁵ Un sistema organizzato, come viene auspicato nel testo, potrebbe consentire ai cittadini di abbandonare il disinteresse per il mecenatismo culturale, giustamente denunciato da SALVATORE CARRUBBA in una città come Milano (*Il cuore in mano. Viaggio in una Milano che cambia ma non lo sa*, Milano, Longanesi, 2012, p. 85): «Se mai, a Milano colpisce la generosità che si manifesta in tante altre forme di volontariato sociale: ma si fa anche più stridente, in campo culturale, il contrasto fra la prosopopea delle dichiarazioni e degli sdegni, appunto, e la miseria dell'impegno personale, in una città che pure di risorse non manca (...) La borghesia avrebbe perso il suo legame con Milano, si dice, anzi non ci sarebbe più addirittura quella borghesia che alla città, quando ancora non si parlava di "corporate social responsibility", intendeva restituire qualcosa di ciò che aveva ricevuto. La scomparsa delle grandi famiglie, il sorgere di un ceto medio diffuso, mediocre e frammentato, la massificazione della cultura e la banalizzazione dell'informazione sospingono le scarse velleità che resistono verso eventi e lustrini, all'inseguimento della moda del momento, nell'illusione di inseguire la contemporaneità ponendosi, troppo spesso nel solco del vacuo e del fatuo».

Ogni *Onlus* dovrà essere costituita, come già ricordato, dalle Associazioni private più rappresentative operanti nel settore che interessa e di essa potranno far parte esperti dello stesso settore, studiosi che ne conoscono le relative problematiche, nonché imprenditori sinceramente interessati.

Ad ogni *Onlus* potrebbe partecipare anche un rappresentante delle Istituzioni pubbliche, ma soltanto in veste di osservatore, dato che, in ogni caso, le pubbliche Istituzioni dovranno necessariamente essere coinvolte al momento della presentazione dei progetti e nelle fasi della loro esecuzione.

Le *Onlus* dovranno quindi garantire sia la serietà e il valore dei progetti iniziali da sottoporre a verifica, sia la validità del progetto prescelto per il quale dovrà essere richiesta la sponsorizzazione, sia, infine, l'assistenza permanente degli enti privati e delle strutture pubbliche nella realizzazione del progetto.

Le *Onlus* dovranno funzionare secondo criteri snelli e non burocratici e non dovranno, nel modo più assoluto, essere destinatarie di fondi o disponibilità finanziarie che possano avere attinenza con i progetti da realizzare e ciò allo scopo di evitare qualsiasi forma di conflitto di interessi.

I fondi e i finanziamenti dovranno invece rimanere nella disponibilità degli "sponsor" che li erogheranno direttamente ai soggetti incaricati di realizzare i progetti.

Se le *Onlus* sapranno affermarsi come enti efficienti, ciascuna nel proprio settore di attività, dando la prova di voler veramente tutelare gli interessi della generalità dei cittadini mediante progetti seri, validi e in grado di produrre effetti benefici e verificabili, esse potranno trovare nell'opinione pubblica una buona accoglienza in grado di garantirne un proficuo sviluppo.

Ciò potrà avvenire grazie non solo ai finanziamenti degli "sponsor" che possono essere interessati ad ottenere un buon ritorno di immagine per la propria impresa, ma anche grazie a donazioni e a lasciti di persone che vorrebbero realizzare opere benefiche ma che, da un lato, non dispongono delle conoscenze e degli strumenti per realizzarle e, dall'altro lato, non hanno fiducia nelle strutture pubbliche che, per legge, dovrebbero essere necessariamente coinvolte nelle iniziative.

Allo stesso modo potrebbero reagire le strutture finanziarie, come le fondazioni, che hanno per missione l'erogazione di fondi per opere benefiche, nel caso in cui individuassero, tra i progetti individuati dalle *Onlus*, quello meritevole di essere sostenuto e finanziato.

Parlando di progetti da realizzare, ad esempio, all'interno di una città, è evidente che quelli destinati a suscitare l'interesse della generalità dei cittadini sono numerosissimi⁶⁶.

⁶⁶ Su tali aspetti v. di G. DIOGUARDI, l'introduzione al libro *Il governo della città complessa (verso una nuova formazione)*, a cura di S. Armandi, Milano, Ed. Guerrini e Associati,

Oltre a quelli sopra menzionati da realizzare nei settori sanitario, sociale, ambientale e culturale, possiamo far riferimento anche a progetti utili per risolvere i normali problemi che le Amministrazioni pubbliche devono quotidianamente affrontare, ma che non riescono a risolvere, come quelli già ricordati delle strade dissestate, della difettosa distribuzione dell'acqua potabile, del carente servizio del sistema fognario e del controllo degli argini dei corsi d'acqua che provocano allagamenti o del servizio lacunoso della raccolta rifiuti, etc.⁶⁷.

Occorre sottolineare che se le attività in precedenza indicate che possono essere svolte all'interno delle città e dei centri abitati dovessero essere estese all'intero territorio nazionale, sarebbero anche in grado di produrre sicuri vantaggi dal punto di vista economico e occupazionale.

Un valido impulso alla realizzazione delle iniziative e delle attività in precedenza menzionate potrebbe essere impresso, come già ricordato, da professionisti, manager, imprenditori e dirigenti di enti pubblici e privati che abbiano terminato la loro vita attiva e si trovino a riposo o in pensione.

Come già segnalato, molti di essi sarebbero disponibili per rendersi utili alla collettività, offrendo alle *Onlus* e alle Associazioni, sopra indicate, le loro conoscenze e la loro professionalità.

In effetti, molte persone anche anziane ma in buona salute e mentalmente aperte, non avrebbero difficoltà a condividere, ad esempio, le convinzioni di *Robert Butler*, già Presidente dell'*International Longevity Center*⁶⁸.

Di seguito riportiamo un brano dal titolo: *Longevità produttiva*, estratto dal libro di Robert Butler, *The Longevity Revolution - The benefit and the challenges of living a long life* che tutti, credo, dovremmo positivamente valutare⁶⁹: «È mai possibile che una persona passi almeno il 25% della sua vita adulta in pensione, che cioè passi in pensione la metà del tempo impiegato nell'attività lavorativa? Può la società sopportare ciò? È questa una cosa buona, per gli uomini e per le donne? Possono essi sopportarlo? A cosa serve salute, longevità, qualità della vita per una perso-

2018, nella quale si auspica un progetto per l'istituzione di una rete di «*city school*» per formare *manager* capaci di gestire le città. Senza escludere i progetti ora considerati avventuristici, come quello riguardante la *smart-city*, ottimamente descritto da EVA MASCHIETTO nel suo Editoriale pubblicato sul n. 2/2018 (pp. 253-254) della *Rivista giuridica dell'ambiente*. V. anche GIUSEPPE FRANCO FERRARI (a cura di), *La prossima città*, Milano, Mimesis, 2018.

⁶⁷ Ma è anche possibile pensare ad altri progetti, come la costituzione di società civili di investimento immobiliare, finanziate con fondi pubblici e privati, suggerite da D. MOYO, in *Holding Housing's Head Above Water*, in «*Barron's*», 27 novembre 2010, consultabile online sul sito internet <http://online.barrons.com/article/SB50001424052970203676504575618580846900178.html>.

⁶⁸ Cfr. M. VITALE, *Longevità*, Bologna, Edizioni Studio Domenicano, 2011, p. 270 ss.

⁶⁹ M. VITALE ha ripreso a p. 287 del suo libro citato alla nota precedente il brano riprodotto nel testo.

na che resta inoperosa? Ma è proprio vero che i milioni di prossimi pensionati del baby boom non avranno niente da fare se non incassare la pensione e farsi assistere dal servizio sanitario?».

Crediamo proprio che il brano sopra riportato non abbia bisogno di specifici commenti⁷⁰.

Questo modo di operare perseguirebbe anche l'obiettivo di aiutare gli amministratori dei Comuni, delle Province e delle Regioni a migliorare la gestione della cosa pubblica ed avrebbe il vantaggio di educare i cittadini a riflettere sui problemi delle loro città⁷¹.

Soprattutto avrebbe il vantaggio di far capire agli uni e agli altri che gli investimenti pubblici devono essere fatti bene per essere produttivi di risultati utili e concreti per i cittadini e non soltanto servire a lustrare il nome e l'immagine delle Città, delle Province e delle Regioni, nonché delle autorità che le rappresentano. E questo soprattutto vale quando si utilizzano fondi stanziati per realizzare eventi e nuove infrastrutture.

In base alle considerazioni in precedenza svolte si può concludere che il progetto di cui parliamo, costituendo un modo nuovo di far politica mediante il coinvolgimento della società civile, potrebbe diventare anche uno strumento per rilanciare l'economia e l'occupazione⁷².

Come diceva *Jean Monnet*, nei momenti di crisi generale, quando non si sa come affrontare i problemi e soprattutto come risolverli, il rimedio

⁷⁰ Cfr. sul punto A. POLITO, *Prove tecniche di resurrezione (come riprendersi la propria vita)*, Milano, Marsilio, 2018, p. 81 ss., il quale riferisce l'opinione di un imprenditore di successo: «Basta smettere di pensare a se stessi e cominciare ad occuparsi degli altri». A tale proposito occorre segnalare che anche l'Unione europea si è occupata di questo problema adottando la decisione n. 940/2011/Ue del 14 settembre 2011, in *Gu-Ue* n. L 246 del 23 settembre 2011, p. 5 ss., concernente l'Anno europeo dell'invecchiamento attivo e della solidarietà tra le generazioni. L'obiettivo della decisione è «agevolare la creazione di una cultura dell'invecchiamento attivo in Europa, basata su una società per tutte le età», incoraggiando, tra l'altro, la creazione di migliori opportunità affinché sia incentivato «il volontariato e la partecipazione attiva alla vita familiare e sociale».

⁷¹ Potendo anche attingere professionalità con il sostegno di associazioni come l'*Agenzia per il Terzo Settore*, presieduta dal Prof. *Stefano Zamagni*, autore di numerose pubblicazioni, tra le quali *L'economia del bene comune*, Roma, Città Nuova, 2007; *Economia Civile*, (co-autore L. BRUNI), Bologna, il Mulino, 2004; *Il non profit italiano al bivio*, Milano, Egea, 2002; *Economia, democrazia, istituzioni in una società in trasformazione*, Bologna, il Mulino, 1997. Si potrebbe far ricorso anche ad altre organizzazioni come la *Fondazione Sodalitas* che recluta *manager* in pensione da impiegare come consulenti per migliorare l'efficienza delle organizzazioni *non profit*. Esistono infine grandi aziende che mettono a disposizione i loro *manager* per iniziative di aiuto sociale. In quest'ultimo caso si tratta di *manager* in pensione o di dirigenti che sono distaccati presso le organizzazioni *non profit* – retribuiti direttamente dalle case madri – per realizzare progetti specifici.

⁷² Potrebbe anche determinare effetti benefici sui giovani dal punto di vista psicologico, come già ricordato in precedenza.

più utile ed efficace è avere un'idea che deve essere semplice quanto basta per essere compresa e convincente⁷³.

Oggi giorno ci troviamo di fronte ad una crisi globale di tipo nuovo che mette a confronto, tenendole separate, economie che hanno ancora possibilità di crescita, ed altre, come quelle dei Paesi di gran parte del mondo occidentale, che trovano difficoltà ad uscire da forme di stagnazione.

Forse è giunto il momento di pensare, per questi Paesi, a forme nuove nei rapporti fra Stato e cittadini⁷⁴, verificando anche la funzionalità dei meccanismi che hanno finora regolato le democrazie delle moderne società occidentali⁷⁵.

Occorrerà probabilmente trovare una diversa tecnica di approccio ai problemi che i meccanismi politici di gestione delle moderne democrazie hanno finora impedito di utilizzare⁷⁶.

⁷³ Cfr. J. MONNET, *Mémoires*, Paris, Ed. Fayard, 1976, *passim*. A questa idea di J. Monnet occorre aggiungere l'esortazione di A. EINSTEIN, v. *supra*, nota 52.

⁷⁴ È stato giustamente osservato che: «Le grandi crisi, determinando distruzione e creazione, scavano sempre nella carne delle persone e della società. Quando vengono superate, emergono nuove geografie, nuovi rapporti di forza, nuove forme istituzionali, nuove modalità organizzative», in M. MAGATTI e L. GHERARDI, *Una nuova prosperità (Quattro vie per una crescita integrale)*, Milano, Feltrinelli, 2014, p. 179.

⁷⁵ Può sembrare utopistico ma, come diceva Ennio Flaiano, «*Il progresso non è che la realizzazione delle utopie: le assurdità di ieri, sono le verità di oggi e saranno le banalità di domani*». Questo concetto, come ha ricordato Federico Caffè, è stato espresso in termini economicamente appropriati dal Professore BRUNO DE FINETTI dell'Università di Roma (matematica finanziaria e statistica), nel saggio: *L'utopia come presupposto necessario per ogni impostazione significativa della scienza economica*, Milano, Franco Angeli, 1973: [L'utopia] «*Può essere una semplice fantasticherie riguardante un modo di essere e di funzionare del mondo secondo i desideri di qualcuno; in tal caso essa può al più valere come spunto, come spinta, come miraggio. Ma il fatto di essere frutto della fantasia non deve venire considerato come motivo di condanna: tutte le cose nuove e utili (o anche no), tutte le scoperte, tutto il progresso, sono frutto innanzitutto della fantasia. Occorre anche l'analisi, lo studio, la sistemazione logica, per controllare, correggere, precisare, sviluppare, realizzare ciò che la fantasia aveva sospettato soltanto in nuce; ma ciò viene dopo. Certo, un'utopia può (nel senso iniziale ora menzionato) essere del tutto irrealizzabile e inutile, ma (a meno che non consista nel desiderare che tutti i beni piovano dal cielo come la manna), ci vuole prudenza nel rigettare qualcosa come irrealizzabile. Tutto il progresso della scienza lo dimostra ad abundantiam, eppure nessuno è abbastanza aperto, spregiudicato e fiducioso da considerare possibili le cose che gli diventeranno ovvie nel decennio successivo (e non parlo dei secoli successivi)*».

⁷⁶ Se è vero che, come dice la celebre massima di PAUL VALÉRY: «*La politica è l'arte di impedire ai cittadini di occuparsi delle cose che li riguardano*», forse si dovrebbe avere il coraggio di inventare e proporre soluzioni nuove anche se per gli altri rimangono utopie. L'utopia è dei folli (in senso erasmiano) che vedono quello che tutti vedono e arrivano a capire quello che gli altri non capiscono. Per loro vale l'affascinante esortazione di W. GOETHE, secondo cui «*C'è una verità elementare, la cui ignoranza uccide innumerevoli idee e splendidi piani: nel momento in cui uno si impegna a fondo, anche la provvidenza si muove. Infinite cose accadono per aiutarlo, cose che altrimenti non sarebbero mai avvenute (...) L'audacia ha in sé genio, potere e magia. Incomincia adesso*». All'esortazione di Goethe si potrebbe aggiungere quella di Guglielmo il Taciturno, impressionante per il suo rigore: «*Non occorre sperare per intraprendere e non occorre vincere per perseverare*». Scavando più in profondità si può, in effetti, intuire che i problemi che assillano oggi giorno le società del mondo occidentale, le più colpite dall'attuale crisi globale, richiedono forse soluzioni più filosofiche che economiche. Alla base di tali problemi c'è probabilmente una forma di disagio esistenziale che

Occorrerà soprattutto abbandonare l'idea che i cittadini debbano attendere l'iniziativa pubblica, mentre invece dovrebbero essere educati ad affrontare direttamente i problemi soprattutto locali con le proprie capacità e di propria iniziativa⁷⁷.

4. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Volendo pertanto trarre alcune proposte conclusive dalle considerazioni sopra svolte, si potrebbe collegare le *Onlus* regionali opportunamente adattate, agli enti inseriti nel nuovo sistema del Terzo Settore in precedenza esaminato.

Come sappiamo, in base ai principi ai quali si ispira la disciplina contenuta nella legge delega n. 106/2016 e nei relativi decreti delegati, i poteri che l'art. 118 ultimo comma della Costituzione riconosce alle Associazioni e agli Enti del Terzo Settore non vengono limitati.

Questi Enti e queste Associazioni possono quindi svolgere la loro attività esercitando tutti i poteri che il predetto art. 118 loro riconosce e che la disciplina del Terzo Settore loro attribuisce.

Pertanto, ciascuna Associazione, nello svolgere la propria missione di Ente del Terzo Settore nel suo campo di attività (cultura, ambiente, sanità, società, etc.) all'interno di una determinata regione, potrebbe coordinarsi con la relativa *Onlus* sopra indicata, istituita in sede regionale, competente per il rispettivo settore.

Questa *Onlus* regionale, competente per il rispettivo settore, potrebbe assumere la forma di *Ente filantropico* che il Codice del Terzo Settore consente ora di istituire anche come Fondazione (art. 37 ss.) e potrebbe tra l'altro dare attuazione, nella propria regione e per il settore di competenza, ai programmi della *Fondazione Italia sociale*, sopra menzionata, che è stata istituita dal DPR 28 luglio 2017 (occupandosi, ad esempio, anche dell'attività dei volontari).

Considerate nel loro insieme, per quanto riguarda la loro normale attività, gli *Enti filantropici* potrebbero quindi contribuire in modo significativo all'avvio e allo sviluppo della rivoluzione civile di cui abbiamo parlato.

dal singolo individuo si sta estendendo alla società come tale. Ed è difficile pensare che a problemi del genere sia possibile porre rimedio aumentando il PIL di qualche punto in percentuale.

⁷⁷ Sono illuminanti le considerazioni di TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit. supra, nota 30, p. 815: «È, in effetti, difficile capire come uomini, che hanno interamente rinunciato all'abitudine di dirigersi da soli, potrebbero riuscire a scegliere bene quelli che debbono guidarli; e nessuno riuscirà mai a far credere che un governo libero, energico e saggio, possa mai uscire dai suffragi di un popolo di servi».

Questi Enti filantropici dovrebbero pertanto consentire a chi fosse interessato a svolgere attività senza scopo di lucro destinando a finalità altruistiche di interesse generale gli utili di tali attività, di investire le proprie disponibilità finanziarie beneficiando di un adeguato trattamento fiscale. Inoltre potrebbero raccogliere i finanziamenti di investitori che fossero interessati a destinarli alla realizzazione di progetti specifici.

Si potrebbe quindi agevolare la legittima ambizione di persone facoltose che, avendo avuto successo nella vita, desiderassero realizzare opere utili per la collettività. Queste persone dovrebbero poterlo fare, trovando appagamento nel riconoscimento pubblico e beneficiando della neutralità fiscale.

Possono sussistere diversi modi per orientarsi verso questi obiettivi, ma tutti richiedono un cambiamento di mentalità e una nuova e diversa visione della vita.

Uno dei cambiamenti che necessitano, considerato l'impatto del settore imprenditoriale sull'economia, è quello verso l'impresa che deve essere considerata come un bene comune.

A questo proposito appaiono meritevoli di attenzione le osservazioni di un autore esposte in un suo libro molto interessante⁷⁸ «L'impresa è un bene comune perché produce ricchezza misurabile non solo con il profitto, ma anche con il grado di benessere che diffonde intorno a sé ...»

Ed infatti secondo lo stesso autore: «In una società basata sulla competizione di mercato e che, nel contempo, vuole essere una società che tende alla giustizia, l'impresa va concepita come un insieme di attori che, distintamente e autonomamente, senza confusione di ruoli, lavorano per fini comuni».

Altrettanto apprezzabili al riguardo sono le parole di un altro autore in precedenza più volte citato, che così si esprime⁷⁹: (..) «*La grande legittimazione dell'impresa sta nel fatto che essa deve essere produttrice di sviluppo. Quando si acquisisce questa nozione, l'impresa diventa un organismo che supera il conflitto capitale-lavoro, il quale sopravviverà, ma dovrà trovare nuove forme di composizione, nel quadro di un riconosciuto interesse comune. Nessuno, né la proprietà, né il sindacato, hanno il diritto di distruggere l'impresa. E il management ha la responsabilità che ciò non avvenga*».

In passato non erano molti gli economisti, gli studiosi e gli imprenditori che sono giunti a pensare in questo modo⁸⁰.

⁷⁸ Cfr. G. SAPELLI, *La democrazia trasformata, La rappresentanza tra territorio e funzione: un'analisi teorico interpretativa*, Ed. Bruno Mondadori, 2007, pp. 143-144.

⁷⁹ Cfr. M. VITALE, *Passaggio al futuro*, Milano, Egea, 2010, p. 178.

⁸⁰ Questo modo di pensare era riservato a poche personalità di altissimo livello intellettuale come PETER F. DRUCKER, il quale sosteneva nel 1946 (Concept of the corporation): «Una

Negli ultimi tempi nuove idee si stanno però facendo strada sul ruolo che l'impresa deve svolgere.

In un libro recente, un autore⁸¹, professore di diritto commerciale, ha affermato: «*Negli ultimi anni l'impresa capitalistica è apparsa come una delle maggiori cause dei problemi sociali, ambientali ed economici e le corporations (nazionali e multinazionali) sono state generalmente percepite come soggetti che prosperano a danno o alle spese della comunità di riferimento. Partendo dal presupposto che una parte di questo problema risiede nella circostanza che le grandi imprese seguono ancora l'approccio, ormai datato, di perseguire la creazione "di valore", è stato prospettato di ripensare e ridefinire lo scopo della società (superando il mero profitto e comunque lo scopo lucrativo) come una via necessaria per rilegittimare l'impresa*»⁸².

Fausto Capelli

società industriale va al di là del capitalismo e del socialismo». Lo stesso P. F. DRUCKER; al termine del suo *The practice of management*, come ha ricordato Marco Vitale in un suo intervento, ha osservato: «*L'istruzione intellettuale non sarà sufficiente, da sola, a fornire ad un dirigente i mezzi necessari per far fronte ai compiti che lo attendono nel futuro. Il successo del dirigente di domani sarà sempre più strettamente connesso con la sua integrità morale. (...) I compiti nuovi che attendono il dirigente del futuro, esigono che questi fondi ogni sua decisione su solidi principi morali e che la sua guida non sia ispirata solo dalle sue conoscenze specifiche ma anche dalla sua capacità di visione, dal suo coraggio, dal suo senso di responsabilità e dalla sua integrità morale. Indipendentemente dall'istruzione ricevuta da giovane o da adulto, in futuro, come già per il passato, né l'istruzione né l'abilità individuale costituiranno le caratteristiche decisive per un dirigente: egli dovrà possedere soprattutto l'integrità di carattere*».

⁸¹ Cfr. U. TOMBARI, "Potere" e "interessi" nella grande impresa azionaria, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, pp. 98-99. V. sul punto l'interessante sintesi effettuata da STEFANO ZAMAGNI nel suo *Responsabili (Come civilizzare il mercato)*, Bologna, il Mulino, 2019, p. 91 ss. La sintesi di Zamagni è particolarmente apprezzabile perché riesce a descrivere in poche pagine, in modo conciso, l'evoluzione delle teorie sull'impresa e sulle sue funzioni fin dalle origini, citando gli autori di maggior rilievo che hanno contribuito a tale evoluzione. Dai testi più importanti di tali autori Zamagni ha estratto alcuni passi significativi. Ecco alcune citazioni: E. M. DODD, *For Whom Are Corporate Managers Trustees?*, in *Harvard Law Review*, X, 1932: «*Le attività di impresa sono permesse e incoraggiate dalla legge perché sono un servizio alla società, piuttosto che fonte di profitto per i suoi proprietari*»; A. BERLE, *La repubblica economica americana*, Milano, Comunità, 1963, p. 87: «*Il profitto e il desiderio di potere non inducono a fare grandi sforzi per accrescere la capacità o espandere la cultura degli altri uomini. Se il sistema economico dipendesse soltanto dal movente del profitto, esso finirebbe col suicidarsi*». Cfr. anche A. CALABRÒ, *L'impresa riformista*, Milano, Egea-Università Bocconi Editore, 2019.

⁸² Su tali aspetti, v. PORTER-KRAMER, *Creating shared value. How to reinvent capitalism and unleash a wave of innovation and growth*, in *Harvard Business Review*, 2011, p. 4; G. B. PORTALE, *Dal codice civile del 1942 alle (ri)codificazioni: la ricerca di un nuovo diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, p. 1; cfr. inoltre PH. KOTLER, *Ripensare il capitalismo. Soluzioni per un'economia sostenibile e che funzioni meglio per tutti*, Milano, Ed. Hoepli, 2016, *passim*; R. B. REICH, *Come salvare il capitalismo*, Roma, Fazi Editore, 2015, *passim*; C. CROUCH, *Salviamo il capitalismo da se stesso*, Bologna, il Mulino, 2018, *passim*. Cfr. anche S. BRAGANTINI, *Contro i pirañas (come difendere le imprese da soci e manager troppo voraci)*, Milano, Ed. Baldini e Castoldi, 2018, *passim*.

SINTESI

Come risulta dal titolo, la parte quinta del presente lavoro è dedicata alle riforme e alle modifiche da introdurre nel sistema democratico rappresentativo italiano per prevenire gli inconvenienti e i problemi descritti nelle precedenti parti del libro.

In questa prima sezione della quinta parte l'Autore propone tre riforme di carattere istituzionale nel senso che auspica l'adozione di tre nuovi provvedimenti in precedenza non esistenti nell'ordinamento giuridico italiano. Si tratta di due leggi sull'incompatibilità tra le cariche parlamentari e quelle governative ed una modifica della Costituzione relativa all'elezione del Presidente della Repubblica che in futuro dovrebbe essere eletto direttamente dal popolo italiano e non più dal Parlamento.

In aggiunta alle tre riforme vengono proposte tre modifiche istituzionali nel senso che viene auspicata l'adozione di tre provvedimenti che cambiano le disposizioni oggi applicabili in Italia relativamente al funzionamento dei partiti politici, al loro finanziamento e alla gestione dei sindacati dei lavoratori.

ABSTRACT

As is clear from the title, the fifth part of this work is dedicated to the reforms and changes to be introduced in the Italian representative democratic system to prevent the inconveniences and problems described in the previous parts of the book.

In this first section of the fifth part the Author proposes three institutional reforms in the sense that he hopes for the adoption of three new provisions that did not previously exist in the Italian legal system. These are two laws on the incompatibility between parliamentary and governmental positions and a modification of the constitution concerning the election of the President of the Republic who in the future should be elected directly by the Italian people and no longer by the Parliament.

In addition to the three reforms, three institutional changes are proposed in the sense that it is hoped that three measures will be adopted that change the provisions currently applicable in Italy in relation to the functioning of political parties, their financing and the management of workers' unions.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

SALVAGUARDIA DELLA SALUTE PUBBLICA: LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA LE DISPOSIZIONI DELLA DIRETTIVA N. 2001/83/CE CHE DISCIPLINANO LA PROCEDURA DECENTRATA DI MUTUO RICONOSCIMENTO DELLE AUTORIZZAZIONI ALL'IMMISSIONE SUL MERCATO DI MEDICINALI PER USO UMANO

Corte di giustizia

Sentenza del 14 marzo 2018 in causa n. C-557/16*

Astellas Pharma GmbH, con l'intervento di: Helm AG, Lääkealan turvallisuus- ja kehittämiskeskus (Fimea)

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2001/83/Ce, artt. 10, 28 e 29 - Codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano - Domanda di autorizzazione all'immissione in commercio di medicinale generico di un medicinale di riferimento - Procedura decentrata che consente agli Stati membri di adottare una valutazione collegiale sul medicinale prima della concessione delle autorizzazioni all'immissione in commercio (AIC) nei singoli Paesi Ue - Protezione dei dati - Determinazione del periodo di protezione dei dati nell'ambito di una procedura decentrata - Competenza delle singole Corti nazionali.

* In *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, marzo 2018, EU:C:2018:181. In argomento v., *infra*, p. 51 ss. il commento di *FEDERICO FORNI*.

1. *L'art. 28 e l'art. 29, par. 1, della direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, come modificata dalla direttiva n. 2012/26/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, devono essere interpretati nel senso che, nell'ambito di una procedura decentrata di autorizzazione all'immissione in commercio di un medicinale generico, l'autorità competente di uno Stato membro interessato da tale procedura non può determinare essa stessa la data di decorrenza del termine del periodo di protezione dei dati del medicinale di riferimento all'atto dell'adozione, ai sensi dell'art. 28, par. 5, della suddetta direttiva, della sua decisione relativa all'immissione in commercio di tale medicinale generico in detto Stato membro.*

2. *L'art. 10 della direttiva n. 2001/83, come modificata dalla direttiva 2012/26, in combinato disposto con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dev'essere interpretato nel senso che un giudice di uno Stato membro interessato da una procedura decentrata di autorizzazione all'immissione in commercio, chiamato a esaminare un ricorso proposto dal titolare dell'autorizzazione all'immissione in commercio del medicinale di riferimento contro la decisione di autorizzazione all'immissione in commercio di un medicinale generico in detto Stato membro adottata dall'autorità competente di quest'ultimo, è competente a sindacare la determinazione della data di decorrenza del periodo di protezione dei dati del medicinale di riferimento. Detto giudice non è invece competente a verificare se l'autorizzazione all'immissione in commercio iniziale del medicinale di riferimento rilasciata in un altro Stato membro sia stata concessa conformemente a tale direttiva.*

LE AUTORITÀ DEGLI STATI MEMBRI POSSONO ESSERE CHIAMATE A DIFENDERE DAVANTI AI GIUDICI NAZIONALI GLI ESITI DELLA DECISIONE CONGIUNTA ADOTTATA NELL'AMBITO DI UNA PROCEDURA DECENTRATA PER L'AUTORIZZAZIONE ALL'IMMISSIONE IN COMMERCIO DEI MEDICINALI*

Sommario: *Introduzione - 1. I fatti del caso Astellas Pharma (causa n. C-557/16) - 2. Le procedure «orizzontali» per il rilascio dell'AIC - 3. La nozione di «rischio potenziale grave per la salute pubblica» - 4. La tutela giurisdizionale effettiva del titolare dell'AIC del medicinale di riferimento - 5. Conclusioni.*

Introduzione

La mitologia tramanda che Crautea, medico di Mitridate, somministrasse ai condannati a morte dapprima un veleno e, subito dopo, una sostanza della quale intendeva valutare l'efficacia come antidoto. Questo empirico modo di procedere condusse alla scoperta di un potente rimedio (*Mitridatium*)¹ che permise di scongiurare la morte per avvelenamento del re del Ponto. Dopo aver definitivamente sconfitto il sovrano pontico, Gneo Pompeo Magno si impadronì della formula e la mise a disposizione dei medici romani². Andromaco il Vecchio, medico di Nerone, potenziò ulteriormente il *Mitridatium* aggiungendo agli ingredienti la carne di vipera (*Theriaca*³ *Andromachi* o *Theriaca Magna*)⁴.

* Le opinioni espresse in questo commento sono da attribuire esclusivamente all'Autore e non impegnano in alcun modo la responsabilità dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare.

¹ J. P. GRIFFIN, *History of drug regulation in the UK*, in J. P. GRIFFIN (ed.), *The Textbook of pharmaceutical medicines*, 6th Ed., Oxford, Wiley-Blackwell, 2009, p. 413.

² G. CALESTANI, *Delle osservazioni di Girolamo Caletani Parmigiano*, Venezia, Giunti, 1655, p. 84 (<http://www.academiabarilla.it/adv/libro/calestani-osservazioni/1.aspx>).

³ «Il suo nome deriva dal greco "therion-the-riakòs" e significa "riguardante la bestia selvaggia"» (Accademia Romana di Storia della Farmacia e di Scienze Farmaceutiche, *Pagine di storia della farmacia e scienze farmaceutiche: AD 2004*, Milano, Mediamed, 2004, p. 31).

Nel tempo il prodigioso elettuario⁵ fu migliorato finché, raggiunta la perfezione nel XVI secolo a Venezia, si guadagnò in tutta Europa la fama di panacea. Ogni ingrediente era selezionato con cura (le vipere, ad esempio, dovevano provenire dai Colli Euganei) prima di essere usato nella pubblica cerimonia di preparazione che si svolgeva in Riva degli Schiavoni nel mese di maggio di ogni anno sotto l'occhio vigile dei «Ministri di Giustizia e de' Signori Dottori del Collegio de' Periti dell'arte della Spezieria»⁶. In considerazione della cura nella scelta dei componenti e della severa sorveglianza a cui era sottoposto l'allestimento, l'eventuale assenza delle decantate virtù miracolose poteva essere attribuita solo ad una scorretta conservazione⁷.

Sebbene la teriaca veneziana possa rivendicare il ruolo di primo medicinale certificato da un'autorità pubblica, le attuali disposizioni in materia si possono far risalire al periodo in cui le scoperte del XIX secolo hanno consentito di gettare le basi della moderna ricerca farmaceutica. L'esigenza di adeguare i controlli sull'efficacia e sulla sicurezza al progresso scientifico e tecnologico divenne sempre più impellente a causa del riconoscimento che i consumatori non sono in grado di valutare i reali benefici e gli eventuali rischi insiti in una terapia. Tuttavia, i primi provvedimenti non furono sufficienti ad evitare nel 1937 la morte di 107 persone a causa della contaminazione con glicole etilenico di uno sciroppo sulfamidico commercializzato negli Stati Uniti⁸.

Nel secondo dopoguerra, «il caso, tristemente famoso, della talidomide aveva fatto emergere con forza la necessità e l'urgenza – per la tutela della salute pubblica – di un'accurata verifica degli aspetti di qualità, sicurezza ed efficacia da parte di un'Autorità competente, prima dell'immissione in commercio dei medicinali»⁹. Si impose pertanto la necessità di eliminare dal mercato i medicinali non sicuri o di cui non era scientifica-

⁴ M. FUMAGALLI, *Storia e mirabili virtù del farmaco più antico: la teriaca di Andromaco*, in *Notiziario Chimico Farmaceutico*, n. 2/1997 e n. 3/1997 (<http://chifar.unipv.it/museo/Teriaca/Teriaca.htm>).

⁵ L'elettuario è un «[p]reparato farmaceutico semidenso formato da miscugli di farmaci impastati con miele o sciroppi, con cui si curava anticamente un gran numero di malattie» (Treccani, vocabolario *on-line*).

⁶ S. BASSETTI, *L'Orviétan: Medicina universale 1504-1828*, Cologno Monzese, Lampi di stampa, 2011, p. 67.

⁷ J. P. GRIFFIN, *History of drug regulation in the UK*, *cit. supra*, nota 1, p. 413.

⁸ L. RÄGO - B. SANTOSO, *Drug Regulation: History, Present and Future*, in C. J. VAN BOXTEL - B. SANTOSO e I. R. EDWARDS (eds.), *Drug Benefits and Risks: International Textbook of Clinical Pharmacology*, revised 2nd ed., Amsterdam e Washington, Uppsala Monitoring Centre e IOS Press, 2008, p. 65.

⁹ A. R. MARRA - C. ZAPPALÀ, *Le procedure di autorizzazione all'immissione in commercio dei medicinali per uso umano*, in G. LUCIGNANI (ed.), *Sperimentazione e registrazione dei ratiofarmaci*, Imaging & Formazione, Milano, Springer, 2013, p. 135.

mente documentata l'attività terapeutica superando le norme che consentivano ai produttori di registrare i farmaci fornendo esclusivamente informazioni di tipo amministrativo senza allegare documenti che ne dimostrassero la qualità, l'efficacia e la sicurezza.

Per evitare il ripetersi di ulteriori sciagure¹⁰, l'allora Comunità economica europea adottò la direttiva n. 65/65/Cee¹¹ la quale subordinò l'autorizzazione all'immissione in commercio (AIC) dei medicinali ai risultati di studi sulla loro effettiva validità terapeutica e sulla loro innocuità. Le disposizioni divennero maggiormente puntuali con l'introduzione delle due direttive del 1975: la prima¹² sulle norme e sui protocolli di sperimentazione e la seconda¹³ sulle disposizioni regolamentari ed amministrative. L'adeguamento alla nuova normativa impose la revisione dei medicinali sul mercato per assicurare al consumatore europeo farmaci garantiti da comuni *standard* scientifici.

La Repubblica federale tedesca (BRD) recepì le direttive nel 1976 mediante il *Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelrechts* (AMNG)¹⁴ che entrò in vigore l'1 gennaio 1978 sostituendo la legge nazionale sui medicinali del 1961¹⁵. La disposizione impose ai produttori dei circa 140.000 farmaci commercializzati sul mercato tedesco al momento del recepimento¹⁶ di fornire entro il 1990 (15 anni dalla notifica della seconda direttiva n.

¹⁰ «For the pharmaceutical sector, the first milestone came in the aftermath of the thalidomide tragedy, when, in keeping with the proliferation of national medicine laws and regulations, the European Economic Community instituted its own legislation in 1965» (G. PERMANAND - E. VOS, *EU regulatory agencies and health protection*, in E. MOSSIALOS - G. PERMANAND - R. BAETEN e T. HERVEY (eds.), *Health Systems Governance in Europe: The Role of European Union Law and Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 158.

¹¹ Direttiva n. 65/65/Cee del Consiglio, del 26 gennaio 1965, per il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative alle specialità medicinali, in *Guce* n. 22 del 9 febbraio 1965, p. 369 ss.

¹² Direttiva n. 75/318/Cee del Consiglio, del 20 maggio 1975, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri riguardanti le norme ed i protocolli analitici, tossicofarmacologici e clinici in materia di sperimentazione delle specialità medicinali, in *Guce* n. L 147 del 9 giugno 1975, p. 1 ss.

¹³ Seconda direttiva n. 75/319/Cee del Consiglio, del 20 maggio 1975, concernente il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative alle specialità medicinali, in *Guce* n. L 147 del 9 giugno 1975, p. 13 ss.

¹⁴ Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelrechts (AMNG), Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz – AMG), vom 24 August 1976, BGBl. I S. 2445.

¹⁵ Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz), vom 16. Mai 1961, BGBl. I S. 533.

¹⁶ C. SCHRAUT, *In der Grauzone*, in *Deutsche Apotheker Zeitung*, vol. 34, 2012, p. 52. Altre fonti riportano un numero minore di medicinali «fittizi». Si veda E. DEUTSCH, *Arztrecht und Arzneimittelrecht: Ein zusammenfassende Darstellung mit Fallbeispielen und Texten*, Heidelberg Springer-Verlag, 2013, p. 359, secondo cui «etwa 122.000 Fiktivarzneimittel in Verkehr, wovon 19% Monopräparate und 81% Kombinationsarzneimittel sind».

75/319/Cee)¹⁷ una documentazione attestante la conformità dei loro preparati con le nuove disposizioni. In pratica, i titolari dell'originaria autorizzazione nazionale dovevano inoltrare una domanda (*Nachzulassungsantrag*) allo scopo di ottenere la c.d. autorizzazione *a posteriori* (*Nachzulassung*). In attesa dell'esito, i farmaci furono considerati «fittizi» (*fiktive zugelassene Arzneimittel*) pur rimanendo legalmente disponibili sul mercato fino al termine della valutazione.

L'elevato numero di richieste fu una delle cause per cui, alla scadenza del periodo transitorio (1990), oltre 30.000 medicinali attendevano ancora l'approvazione secondo la nuova normativa¹⁸. Nello stesso anno, il loro numero aumentò a causa della sovrapposizione di tale termine con il processo di unificazione della Germania che aggiunse altri 4.000 farmaci autorizzati nella Repubblica democratica tedesca (DDR) alla lista dei medicinali approvati in modo «fittizio». Di conseguenza, la scadenza delle domande di autorizzazione *a posteriori* fu prorogata al 31 dicembre 1995¹⁹.

Il 24 novembre 1997, la Commissione informò la BRD che, a suo parere, l'AMNG non conteneva disposizioni che prescrivessero alle aziende di fornire risultati delle prove farmacologiche e tossicologiche come prescritto dall'art. 4, par. 8, seconda lineetta, della direttiva n. 65/65/Cee²⁰. Successivamente (1998), la Commissione inviò un parere motivato in cui si invitava la BRD ad adempiere agli obblighi previsti dal Trattato prendendo le misure necessarie per adattare il procedimento di *Nachzulassung* al diritto comunitario²¹. Per superare queste obiezioni, la BRD modificò l'AMNG a

¹⁷ Art. 39, par. 2, della seconda direttiva n. 75/319/Cee del Consiglio, del 20 maggio 1975, concernente il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative alle specialità medicinali, *cit. supra*, nota 13 («Le (...) disposizioni della presente direttiva saranno progressivamente applicate alle specialità medicinali immesse in commercio in virtù delle disposizioni anteriori, entro 15 anni dalla notifica di cui all'articolo 38»).

¹⁸ *EU: Deutsche Altarzneimittel auf dem europäischen Markt illegal*, in *Arznei-telegram*, 1998, p. 110.

¹⁹ «The only problem, therefore, concerns medicines approved prior to unification. The Commission is proposing a "review" period along the lines of Article 39(2) of Directive 75/319. This period would expire at the beginning of the second phase of the future arrangements for approving medicines in the Community (31 December 1995). During this period, "old" medicines would enjoy "national" approval, as is presently the case in the Federal Republic of Germany» (*The European Community and German unification*, in *Bulletin of the European Communities*, Supplement 4/90, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1990, p. 68).

²⁰ L'obiezione della Commissione riguardava la possibilità di allegare a sostegno della domanda di autorizzazione *a posteriori* anche le sole referenze bibliografiche («Im Rahmen dieser Nachzulassung sind die Unternehmen verpflichtet, Wirksamkeit und Unbedenklichkeit der im Verkehr befindlichen Arzneimittel nachträglich zu belegen; hierbei kann - wie bei der Neuzulassung - ggf. auf anderes wissenschaftliches Erkenntnismaterial (z. B. Monographien) zurückgegriffen werden», R. BREUER, *Marketingstrategien für rezeptfreie Arzneimittel: Eine empirische Untersuchung im deutschen Pharmamarkt*, Wiesbaden, Springer Fachmedien, 1999, p. 22).

²¹ Kommission der Europäischen Gemeinschaft: «Mit Gründen versehene Stellungnahme» vom 21. Oktober 1998, K(1998)2863 endg.

far data dal 12 luglio 2000, subordinando la validità dell'autorizzazione «fittizia» (*fiktive Zulassung*) all'integrazione entro l'1 febbraio 2001 delle *Nachzulassungsanträge* con i risultati delle sperimentazioni farmacologiche, tossicologiche e cliniche²². A causa della nuova richiesta, la validità dell'autorizzazione «fittizia» fu prorogata fino al 1° gennaio 2005²³.

Nonostante il *Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte* (BfArM) abbia ormai esaurito la valutazione di tutte le domande di autorizzazione, alcuni farmaci sono ancora oggi commercializzati con autorizzazioni «fittizie» in attesa dell'esito dei ricorsi pendenti presso la magistratura contro il rifiuto della *Nachzulassung*²⁴. Nel frattempo, le assicurazioni sanitarie non sono tenute a rimborsare tali medicinali dal momento che la loro commerciabilità legale si basa sull'effetto sospensivo di un'istanza presentata contro il rigetto dell'AIC²⁵.

Il consumatore può conoscere la condizione «fittizia» del farmaco attraverso il foglietto illustrativo nel quale è evidenziato che la procedura autorizzativa non è ancora conclusa²⁶. La Corte di giustizia, anche se interpellata in via pregiudiziale, non si è pronunciata sulla compatibilità con il diritto Ue di tale avvertenza causa la cancellazione dai ruoli della controversia²⁷.

Dopo il precedente mancato intervento giurisprudenziale, la «*unendliche Geschichte der Nachzulassung*»²⁸ si arricchisce oggi di un nuovo capitolo presso la Corte di Lussemburgo. Il caso riguarda il medicinale *Ribomustin* a base di bendamustina, un principio attivo antitumorale scoperto e commercializzato per la prima volta all'inizio degli anni Settanta nella DDR²⁹.

²² Chancery Division of England and Wales High Court, sentenza del 16 dicembre 2015, in *Accord Healthcare Ltd & Anor v Astellas Pharma GmbH & Anor*, [2015] EWHC 3676, punto 54.

²³ *Ivi*, punto 53.

²⁴ La «*Liste der fiktiv zugelassenen Medikamente Stand August 2016*» riporta circa venti medicinali «fittizi» (<https://www.kvsh.de/admin/ImageServer.php?download=true&ID=3888@KVSH>).

²⁵ Bundessozialgericht, sentenza del 27 settembre 2005, B 1 KR 6/04 R.

²⁶ Dal 2001 il foglietto illustrativo dei medicinali «fittizi» non ancora approvati deve recare la frase: «Dieses Arzneimittel ist nach den gesetzlichen Übergangsvorschriften im Verkehr. Die behördliche Prüfung auf pharmazeutische Qualität, Wirksamkeit und Unbedenklichkeit ist noch nicht abgeschlossen».

²⁷ Causa n. C-84/02: Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Verwaltungsgericht Braunschweig, con ordinanza 26 febbraio 2002, nel procedimento amministrativo *Schaper & Brümmer GmbH & Co. KG e Bezirksregierung Braunschweig*, in *Guce* n. C 180 del 27 luglio 2002, p. 9. Il caso è stato successivamente cancellato in quanto il produttore aveva ritirato la domanda (Cancellazione dal ruolo della causa n. C-84/02, in *Guce* n. C 289 del 23 novembre 2002, p. 20) dopo che il medicinale aveva ricevuto l'autorizzazione *a posteriori*.

²⁸ *Gesundheitspolitik: pro Industrie, kontra Verbraucher*, in *Arznei-telegramm*, 2000, vol. 31, p. 58.

²⁹ Chancery Division of England and Wales High Court, sentenza del 16 dicembre 2015, in *Accord Healthcare Ltd & Anor v Astellas Pharma GmbH & Anor*, *loc. cit.*, punto 33. La bendamustina fu sintetizzata nel 1963 da W. Ozegowski e D. Krebs presso il *Zentralinstitut*

1. I fatti del caso *Astellas Pharma* (causa n. C-557/16)³⁰

La questione sulla quale si è pronunciata la Corte di giustizia ha avuto la sua lontana origine nel giugno 1991 allorché il titolare di un medicinale già autorizzato nella DDR (*Ribomustin*) sottomise una *Nachzulassungsantrag* che nel 1993 limitò volontariamente a cinque patologie oncologiche [linfoma non-Hodgkin (LNH), mieloma multiplo (MM), leucemia linfatica cronica (LLC), tumore al seno e morbo di Hodgkin (MH)]³¹. In ottemperanza alla modifica dell'AMNG del 2000, *Astellas Pharma*, che aveva nel frattempo acquisito l'originario produttore, integrò la domanda con i dati sperimentali sulla qualità e sull'attività terapeutica prima di ritirare, nel 2004, la richiesta di approvazione del medicinale nella cura di MH³². Il 19 luglio 2005 il BfArM rilasciò l'autorizzazione *a posteriori* per *Ribomustin* (n. 3000336.00.00) riconoscendone l'uso per due sole indicazioni (LNH e MM) ed esprimendo parere negativo sull'impiego nella terapia delle altre due patologie (LLC e tumore al seno) per le quali era stata avanzata la richiesta di AIC³³.

Astellas Pharma non si oppose al rifiuto dell'indicazione contro il tumore al seno, ma il 18 agosto 2005 presentò un ricorso al *Verwaltungsgericht Köln* (Tribunale amministrativo di Colonia) contro il mancato riconoscimento dell'efficacia di *Ribomustin* nella cura della LLC³⁴. La ditta chiese successivamente la sospensione di tale ricorso (22 novembre 2005)

für Mikrobiologie und experimentelle Therapie (ZEMIT) di Jena (N. TAGEJA, *Bendamustine: Safety and Efficacy in the Management of Indolent Non-Hodgkins Lymphoma*, in *Clinical Medicine Insights: Oncology*, 2011, vol. 5, p. 147) e commercializzata in DDR dal 1971 al 1991 dalla Jenapharm (ora Schering AG) con il nome di *Cytostasan* e dal 1992 come *Ribomustin* dalla Ribosepharm (W. HAUSSMANN, *Carcinogenicity of cytostatic agents - Secondary malignancy after chemotherapy*, in U. RÜTHER - C. NUNNENSIEK e H.-J. SCHMOLL (eds.), *Secondary Neoplasias Following Chemotherapy, Radiotherapy and Immunosuppression*, Basel, Karger Medical and Scientific Publishers, 2000, p. 47).

³⁰ I fatti del caso si basano sulla sentenza della Corte di giustizia del 14 marzo 2018 in causa n. C-557/16, *Astellas Pharma GmbH* con l'intervento di *Helm AG, Lääkealan turvallisuus- ja kehittämiskeskus (FIMEA)*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, marzo 2018, EU:C:2018:181, punti 11 ss., e sulle conclusioni dell'Avvocato Generale Bobek presentate il 7 dicembre 2017 in causa n. C-557/16, *Astellas Pharma GmbH* con l'intervento di *Helm AG, Lääkealan turvallisuus- ja kehittämiskeskus (FIMEA)*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, marzo 2018, EU:C:2017:957, punti 4 ss., integrate con quanto riportato nella sentenza della Chancery Division of England and Wales High Court del 16 dicembre 2015, in *Accord Healthcare Ltd & Anor v Astellas Pharma GmbH & Anor*, cit. *supra*, nota 22, e nella decisione KHO:2016:162 con cui la *Korkein hallinto-oikeus* (Corte suprema amministrativa finlandese) ha stabilito di rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte di giustizia.

³¹ Chancery Division of England and Wales High Court, sentenza del 16 dicembre 2015, in *Accord Healthcare Ltd & Anor v Astellas Pharma GmbH & Anor*, cit. *supra*, nota 22, punto 35.

³² *Ivi*, punto 36.

³³ *Ivi*, punto 37.

³⁴ *Ivi*, punti 40 e 41.

prima di ritirarlo definitivamente nel 2011³⁵. Nel frattempo, il riassunto delle caratteristiche del prodotto³⁶ di *Ribomustin* riportò legittimamente le tre indicazioni (LNH, MM e LLC)³⁷, nonostante il BfArM avesse riconosciuto solo la validità delle prime due (LNH, MM).

Il motivo del ritiro del ricorso può essere ragionevolmente ascritto al fatto che *Astellas Pharma* aveva ottenuto il 15 luglio 2010 dall'autorità francese³⁸ l'AIC per un secondo medicinale (*Levact*) il quale, pur contenendo la stessa dose di bendamustina da somministrare con le stesse modalità, era stato autorizzato con indicazioni terapeutiche (LNH, MM e LLC) più estese di quelle accettate per *Ribomustin*. Tale AIC era stata concessa in seguito ad una domanda presentata nel settembre 2007 in accordo con la procedura decentrata³⁹ in cui la BRD era stata indicata come Stato membro di riferimento⁴⁰. In un primo tempo, il medicinale non aveva ottenuto l'unanime parere positivo degli Stati membri interessati a causa di alcune obiezioni sollevate da Regno Unito, Francia e Belgio. Pertanto, la questione fu sottoposta all'esame del *Committee for Medicinal Products for Human Use* (CHMP) dell'Agenzia europea dei medicinali (EMA) che il 7 luglio 2010 espresse parere favorevole al rilascio dell'AIC⁴¹.

³⁵ Chancery Division of England and Wales High Court, sentenza del 16 dicembre 2015, in *Accord Healthcare Ltd & Anor v Astellas Pharma GmbH & Anor*, cit. supra, nota 22, punto 42.

³⁶ Art. 10, direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, in *Guce* n. L 311 del 28 novembre 2001, p. 67 ss., come modificata dalla direttiva n. 2004/27/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, in *Gu-Ue* n. L 136 del 30 aprile 2004, p. 34 ss.

³⁷ Chancery Division of England and Wales High Court, sentenza del 16 dicembre 2015, in *Accord Healthcare Ltd & Anor v Astellas Pharma GmbH & Anor*, loc. cit., punto 43.

³⁸ *Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé*, ora *Agence Nationale de Sécurité du Médicament et des Produits de Santé* (ANSM).

³⁹ Art. 28, par. 3, direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, loc. cit., come modificata dalla direttiva n. 2004/27/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, loc. cit.: «Se il medicinale non ha ottenuto un'autorizzazione all'immissione in commercio al momento della domanda, il richiedente chiede allo Stato membro di riferimento di preparare un progetto di relazione di valutazione, una bozza di riassunto delle caratteristiche del prodotto e una bozza di etichettatura e di foglietto illustrativo. Lo Stato membro di riferimento elabora tali progetti di documenti entro 120 giorni dalla ricezione di una domanda valida e li trasmette agli Stati membri interessati e al richiedente».

⁴⁰ Art. 28, par. 1, comma 2, direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, loc. cit., come modificata dalla direttiva n. 2004/27/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, loc. cit.: «Il richiedente chiede a uno degli Stati membri di agire come "Stato membro di riferimento" e di preparare una relazione di valutazione del medicinale (...)».

⁴¹ «L'*Astellas Pharma GmbH* ha presentato una richiesta di decentralizzazione di *Levact* all'autorità regolamentare tedesca. Si tratta di una procedura nell'ambito della quale uno Stato

Nel 2012, una seconda società farmaceutica tedesca (*Helm AG*) presentava una richiesta decentrata al fine di acquisire, attraverso la procedura abbreviata⁴², l'AIC per un medicinale generico⁴³ (*Alkybend*) a base di

membro (lo "Stato membro di riferimento", in questo caso la Germania), valuta un medicinale allo scopo di concedere un'autorizzazione all'immissione in commercio valida sia nel proprio paese che in altri Stati membri (gli "Stati membri interessati", in questo caso Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Norvegia, Polonia, Spagna e Regno Unito). Tuttavia, gli Stati membri non sono riusciti a raggiungere un accordo e l'autorità regolamentare tedesca ha deferito la questione al CHMP [*Committee for Medicinal Products for Human Use*] in data 2 ottobre 2009 per l'arbitrato. Il deferimento è stato necessario poiché uno degli Stati membri, il Regno Unito, non ha potuto approvare l'indicazione relativa al linfoma non-Hodgkin e due Stati membri, Belgio e Francia, non hanno potuto approvare l'indicazione relativa al mieloma multiplo a causa dell'insufficienza dei dati disponibili sull'efficacia del medicinale a supporto di tali indicazioni. (...) Il CHMP ha esaminato i due studi clinici presentati dall'azienda a supporto delle indicazioni relative al mieloma multiplo e del linfoma non-Hodgkin. Sulla base di tali dati e della discussione scientifica nell'ambito del comitato, il CHMP ha concluso che i benefici apportati da Levact sono superiori ai suoi rischi in merito alle due indicazioni per le quali erano state sollevate le obiezioni. Il comitato ha quindi raccomandato l'autorizzazione all'immissione in commercio per Levact in Germania e in tutti gli Stati membri interessati per tutte le indicazioni richieste» (EUROPEAN MEDICINES AGENCY, Domande e risposte su Levact e denominazioni associate (bendamustina cloridrato, 2,5 mg/ml, polvere per concentrato per soluzione per infusione). Esito di una procedura ai sensi dell'art. 29 della direttiva n. 2001/83/Ce e successive modifiche, 7 luglio 2010, EMA/CHMP/735863/2009 rev., EMEA/H/A-29/1238; http://www.ema.europa.eu/docs/it_IT/document_library/Referrals_document/Levact_29/WC500075906.pdf).

⁴² Art. 10, par. 1, direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 36, p. 67 ss., come modificata dalla direttiva n. 2004/27/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 36: «In deroga all'articolo 8, paragrafo 3, lettera i., e fatto salvo il diritto sulla tutela della proprietà industriale e commerciale, il richiedente non è tenuto a fornire i risultati delle prove precliniche e delle sperimentazioni cliniche se può dimostrare che il medicinale è un medicinale generico di un medicinale di riferimento che è o è stato autorizzato a norma dell'articolo 6 per almeno otto anni in uno Stato membro o nella Comunità». «Detto semplicemente, la procedura abbreviata ai sensi dell'articolo 10, paragrafo 1, della direttiva n. 2001/83/Ce consente al richiedente di fare riferimento ai risultati delle prove tossicologiche e farmacologiche, o ai risultati delle prove cliniche esistenti per il medicinale di riferimento. Il richiedente non è tenuto a presentare tali dati ex novo qualora sia in grado di dimostrare che il medicinale interessato dalla domanda di autorizzazione all'immissione in commercio è un medicinale generico del medicinale di riferimento» (conclusioni dell'Avvocato Generale Bobek presentate il 7 dicembre 2017 in causa n. C-557/16, *Astellas Pharma GmbH* con l'intervento di: *Helm AG, Lääkealan turvallisuus- ja kehittämiskeskus (FIMEA)*, *cit. supra*, nota 30, punto 17).

⁴³ Art. 10, par. 2, lett. b., direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *loc. cit.*, come modificata dalla direttiva n. 2004/27/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *loc. cit.*: «"medicinale generico": un medicinale che ha la stessa composizione qualitativa e quantitativa di sostanze attive e la stessa forma farmaceutica del medicinale di riferimento nonché una bioequivalenza con il medicinale di riferimento dimostrata da studi appropriati di biodisponibilità. I vari sali, esteri, eteri, isomeri, miscele di isomeri, complessi o derivati di una sostanza attiva sono considerati la stessa sostanza attiva se non presentano differenze significative delle proprietà relative alla sicurezza e/o efficacia. In tal caso il richiedente deve trasmettere informazioni supplementari destinate a fornire la prova della sicurezza e/o efficacia dei vari sali, esteri o derivati di una sostanza attiva autorizzata. Le varie forme farmaceutiche orali a rilascio immediato sono considerate una stessa forma farmaceutica. Non è necessario richiedere al richiedente studi di biodisponibilità se egli

bendamustina. La domanda (DK/H/2244/01/DC) indicava la Danimarca come Stato membro di riferimento, la Finlandia e la Norvegia come Stati membri interessati e *Levact* come medicinale di riferimento⁴⁴.

All'inizio del 2014, l'autorità danese presentava la relazione di valutazione nella quale *Levact* era considerato medicinale di riferimento, mentre il periodo di protezione dei dati⁴⁵ decorreva dalla data di rilascio dell'AIC per il *Ribomustin*⁴⁶. Quest'ultima decisione era la conseguenza dell'inclusione di *Levact* all'interno dell'AIC globale⁴⁷ di *Ribomustin*. L'utilizzo della data di rilascio dell'AIC a *Ribomustin* (2005) permetteva di considerare esaurito nel 2011 il periodo di protezione negli Stati membri che avevano optato per la salvaguardia dei dati di sei anni⁴⁸. In base alla relazione danese, il *Lääkealan turvallisuus- ja kehittämiskeskus* (autorità finlandese

può provare che il medicinale generico soddisfa i criteri pertinenti definiti nelle appropriate linee direttrici dettagliate».

⁴⁴ Art. 10, par. 2, lett. a., direttiva n. 2001/83/Ce, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 36, come modificata dalla direttiva n. 2004/27/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 36: «"medicinale di riferimento": un medicinale autorizzato a norma dell'articolo 6, ai sensi delle disposizioni dell'articolo 8».

⁴⁵ «In sostanza, la procedura abbreviata è utilizzabile qualora sia decorso il periodo di protezione dei dati del medicinale di riferimento. La disposizione dell'articolo 10 della direttiva n. 2001/83/Ce, laddove contempla un periodo di protezione dei dati, tutela i diritti del titolare dell'autorizzazione all'immissione in commercio iniziale rilasciata per il medicinale di riferimento di cui trattasi, i cui dati sono impiegati dal richiedente che intenda produrre o commercializzare l'equivalente generico» (conclusioni dell'Avvocato Generale Bobek presentate il 7 dicembre 2017 in causa n. C-557/16, *Astellas Pharma GmbH* con l'intervento di: *Helm AG, Lääkealan turvallisuus- ja kehittämiskeskus (FIMEA)*, *cit. supra*, nota 30, punto 18).

⁴⁶ La Danimarca, indicata anche più recentemente come Stato membro di riferimento nella procedura abbreviata di un secondo medicinale generico di bendamustina, ha agito nello stesso modo, cioè considerando *Levact* come il medicinale di riferimento e la data del rilascio dell'AIC del *Ribomustin* come decorrenza del periodo di protezione dei dati (Public Assessment Report, Scientific discussion, Bendamustine Hydrochloride Stada (Bendamustine hydrochloride), DK/H/2413/001/DC, Date: 06-07-2015).

⁴⁷ Art. 6, par. 1, direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *loc. cit.*, come modificata dalla direttiva n. 2004/27/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *loc. cit.*: «Quando per un medicinale è stata rilasciata una autorizzazione iniziale all'immissione in commercio ai sensi del primo comma, ogni ulteriore dosaggio, forma farmaceutica, via di somministrazione e presentazione, nonché le variazioni ed estensioni sono parimenti autorizzati ai sensi del primo comma o sono inclusi nell'autorizzazione all'immissione in commercio iniziale. Tutte le autorizzazioni all'immissione in commercio in questione sono considerate facenti parte della stessa autorizzazione all'immissione in commercio globale, in particolare ai fini dell'applicazione dell'articolo 10, paragrafo 1».

⁴⁸ «Il periodo di protezione dei dati ha attualmente una durata di otto anni (...). Tuttavia, come risulta dalla decisione di rinvio, in conformità del regime normativo previgente, la Finlandia ha optato per un periodo di protezione dei dati della durata di sei anni» (Conclusioni dell'Avvocato Generale Bobek presentate il 7 dicembre 2017 in causa n. C-557/16, *Astellas Pharma GmbH* con l'intervento di: *Helm AG, Lääkealan turvallisuus- ja kehittämiskeskus (FIMEA)*, *cit. supra*, nota 30, punto 19).

per i medicinali; FIMEA) rilasciava l'AIC per *Alkybend* (n. 31067) in accordo con la legge nazionale sui medicinali⁴⁹.

Astellas Pharma adiva l'*Helsingin hallinto-oikeus* (Tribunale amministrativo di Helsinki) contro la concessione dell'AIC per *Alkybend* in quanto, essendo *Levact* il medicinale di riferimento, il generico non poteva essere autorizzato prima del 15 luglio 2016. La Corte respingeva il ricorso accogliendo la tesi che l'AIC per il *Ribomustin* era applicabile anche al *Levact*⁵⁰. Di conseguenza, poiché il periodo di protezione dei dati di sei anni decorreva dal 19 luglio 2005, FIMEA aveva legittimamente rilasciato l'AIC il 28 marzo 2014.

Nel ricorso presentato al *Korkein hallinto-oikeus* (Corte suprema amministrativa finlandese), *Astellas Pharma* ribadiva che il periodo di protezione si sarebbe dovuto calcolare dal 2010 (AIC per *Levact*) in quanto l'autorizzazione *a posteriori* del 2005 per il *Ribomustin* era stata rilasciata secondo una procedura non conforme alla direttiva n. 2001/83/Ce⁵¹. In mancanza di un'AIC conforme alla normativa europea, *Ribomustin* non poteva essere considerato un medicinale di riferimento. Inoltre, l'autorizzazione *a posteriori* non riconosceva l'utilizzo nella terapia della LLC, indicazione accettata solo nel 2010 dopo l'approvazione dei risultati di ricerche più approfondite su *Levact*. Pertanto, la decisione del 28 marzo 2014 di concedere l'AIC per *Alkybend* era illegittima in quanto violava la protezione dei dati di *Levact*.

Nel corso del procedimento, FIMEA sosteneva la legittimità della propria decisione ribadendo che l'inizio del periodo doveva essere calcolato dalla data di rilascio dell'AIC per *Ribomustin* (2005) dal momento che principio attivo, forma farmaceutica, dosaggio e via di somministrazione di

⁴⁹ Lääkelaki, 10.4.1987/395 e le successive modifiche 23.4.2004/296 e 11.4.2005/853 (<http://www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/1987/19870395?search%5Btype%5D=pika&search%5Bpika%5D=1%C3%A4%C3%A4kelaki>).

⁵⁰ Helsingin hallinto-oikeus 22.1.2015 nro 15/0050/1.

⁵¹ I motivi secondo cui l'AIC di *Ribomustin* non sarebbe stata rilasciata in accordo con la direttiva n. 2001/83/Ce possono essere dedotti dal punto 8 della sentenza della Chancery Division of England and Wales High Court del 16 dicembre 2015, in *Accord Healthcare Ltd & Anor v Astellas Pharma GmbH & Anor*, cit. *supra*, nota 22, in cui il giudice ricorda che «Astellas puts forward two reasons why the action of BfArM in July 2005 did not amount to a marketing authorisation for Ribomustin in accordance with the Directive. The first is that the relevant decision of BfArM did not grant an authorisation "in accordance with the Directive" but, at most, granted an approval in accordance with a German ordinance which did not properly transpose into German law the provisions of the Directive. The arguments in relation to this first contention raise matters, principally if not exclusively, of European law. Astellas' second argument is very different. It relies on the fact that it brought an appeal against a part of the BfArM decision of July 2005. It says that the appeal had the effect of suspending the operation of that decision and the appeal was later settled, after Astellas had obtained a marketing authorisation for Levact, with the result that the July 2005 decision was effectively nullified with the result that Accord cannot rely upon it as an initial marketing authorisation».

Alkybend erano identici a quelli di tale medicinale il quale era stato il primo farmaco a base di bendamustina commercializzato in uno Stato membro.

Anche la società titolare dell'AIC per *Alkybend* appoggiava il rigetto del ricorso argomentando che l'AIC del 2005 per il *Ribomustin* era conforme alla direttiva n. 2001/83/Ce. Inoltre, il rilascio dell'AIC per *Alkybend* non poteva essere impugnato in Finlandia in quanto la normativa europea consente agli Stati membri interessati alla procedura decentrata di opporsi al rilascio dell'AIC solo in presenza di gravi rischi potenziali per la salute pubblica⁵².

La Corte finlandese, dopo aver deciso di non interrompere la vendita del medicinale generico sul mercato nazionale⁵³, ha sospeso il procedimento per acquisire in via pregiudiziale il parere della Corte di giustizia sull'interpretazione degli artt. 28, par. 5⁵⁴, e 29, par. 1, della direttiva n. 2001/83/Ce, come modificata dalla direttiva n. 2004/27/Ce.

Nello specifico il giudice del rinvio riteneva necessario recepire l'opinione dei giudici di Lussemburgo sulla possibilità dell'autorità competente di uno Stato membro di accertare la data di decorrenza del periodo di protezione dei dati in seguito al ricorso del titolare dell'AIC del medicinale di riferimento⁵⁵. Qualora non fosse consentita tale valutazione all'autorità nazionale, la Corte finlandese intendeva acquisire chiarimenti sugli strumenti posti a garanzia della tutela giurisdizionale effettiva del titolare della prima autorizzazione. In ultimo, la richiesta intendeva appurare la legittimità per un giudice nazionale di stabilire la conformità con la normativa Ue dell'AIC rilasciata in altri Stati membri.

⁵² Art. 29, par. 1, direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 36, p. 67 ss., come modificata dalla direttiva n. 2004/27/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 36: «Lo Stato membro che non possa approvare (...) la relazione di valutazione, il riassunto delle caratteristiche del prodotto, l'etichettatura e il foglietto illustrativo a causa di un rischio potenziale grave per la salute pubblica, fornisce una motivazione approfondita della propria posizione allo Stato membro di riferimento, agli altri Stati membri interessati e al richiedente. Gli elementi di dissenso sono immediatamente comunicati al gruppo di coordinamento».

⁵³ Helsingin hallinto-oikeus 22.1.2015 nro 15/0050/1, punto 11.

⁵⁴ Art. 28, par. 5, direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *loc. cit.*, p. 67 ss., come modificata dalla direttiva n. 2004/27/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *loc. cit.*: «Ogni Stato membro in cui è stata presentata una domanda a norma del paragrafo 1 adotta una decisione conforme alla relazione di valutazione, al riassunto delle caratteristiche del prodotto, all'etichettatura e al foglietto illustrativo approvati, entro 30 giorni dalla constatazione del consenso generale».

⁵⁵ Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Korkein hallinto-oikeus (Finlandia) il 4 novembre 2016 - Astellas Pharma GmbH (causa n. C-557/16), in *Gu-Ue* n. C 22 del 23 gennaio 2017, p. 11; conclusioni dell'Avvocato Generale Bobek presentate il 7 dicembre 2017 in causa n. C-557/16, *Astellas Pharma GmbH* con l'intervento di: *Helm AG, Lääkealan turvallisuus- ja kehittämiskeskus (FIMEA)*, *cit. supra*, nota 30, punto 14.

Oltre agli interrogativi sul riesame giudiziario delle decisioni assunte nell'ambito di una procedura decentrata, la complessità del caso impone di valutare anche la validità di un'autorizzazione ottenuta secondo un regime transitorio e, di conseguenza, se sia legittimo considerare *Ribomustin* «di riferimento». In pratica, la controversia nazionale deve appurare se il ricorso di *Astellas Pharma* del 2005 avesse avuto l'effetto di sospendere tutta la decisione del BfArM oppure solo il mancato riconoscimento dell'efficacia del medicinale nella cura di LLC. In altre parole, l'istanza al Tribunale amministrativo aveva restituito a *Ribomustin* lo stato di medicinale «fittizio» oppure era da considerarsi «fittizia» esclusivamente l'autorizzazione al suo utilizzo nella terapia di LLC?

La risposta a tale ultimo quesito non può essere rinvenuta nella sentenza della Corte di giustizia la quale, al pari delle conclusioni dell'Avvocato Generale «non prend[e] posizione sul medicinale che (...) avrebbe dovuto essere utilizzato come medicinale di riferimento, né sulla data di decorrenza del periodo di protezione dei dati applicabile o sulla relativa scadenza»⁵⁶. Tale precisazione è logica e corretta essendo «[l]a funzione del meccanismo del rinvio pregiudiziale [... quella] di fornire un'interpretazione uniforme del diritto dell'Unione e di accertare la validità degli atti delle istituzioni dell'Unione, non di risolvere singoli casi dinanzi ai giudici nazionali»⁵⁷.

2. Le procedure «orizzontali» per il rilascio dell'AIC

L'Avvocato Generale ha preferito non addentrarsi nella problematica specifica prima di svolgere un'approfondita analisi sull'evoluzione delle procedure per il rilascio dell'AIC all'interno dell'Unione europea ricordando l'esistenza di una procedura «di tipo "verticale" (ossia mediante procedure centralizzate a livello dell'Unione, in cui la decisione spetta alle istituzioni dell'Unione) e una di tipo "orizzontale" (ossia la procedura di mutuo riconoscimento e la procedura decentrata, in cui la decisione spetta alle autorità degli Stati membri)»⁵⁸.

Dal momento che la forma decentrata della procedura orizzontale è pertinente nel caso in specie, l'analisi si è incentrata in particolare su tale procedimento sottolineando che la modifica introdotta nella direttiva n.

⁵⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale Bobek presentate il 7 dicembre 2017 in causa n. C-557/16, *Astellas Pharma GmbH* con l'intervento di: *Helm AG, Lääkealan turvallisuus- ja kehittämiskeskus (FIMEA)*, cit. *supra*, nota 30, punto 21.

⁵⁷ *Ivi*, nota 41.

⁵⁸ *Ivi*, punto 24.

2001/83/Ce⁵⁹ dalla direttiva n. 2004/27/Ce⁶⁰ stabilisce una netta distinzione fra la situazione «precedente al 2004» e quella «successiva al 2004»⁶¹.

La condizione imprescindibile prima del 2004 era l'esistenza di un medicinale in possesso dell'AIC sul mercato di uno Stato membro. In tale situazione, il medicinale e lo Stato membro diventavano di riferimento ai fini del mutuo riconoscimento. Le autorità competenti degli altri Stati membri interessati avevano praticamente il dovere di accettare l'AIC rilasciata in precedenza dallo Stato membro di riferimento. Tale vincolo poteva essere messo in discussione esclusivamente nel caso in cui lo «Stato membro ritenesse che vi fossero fondati motivi di presumere che l'autorizzazione del medicinale interessato presenti un rischio per la sanità pubblica»⁶² come evidenziato dalla Corte nel caso *Synthon*⁶³.

La direttiva n. 2004/27/Ce ha modificato tale situazione aggiungendo la procedura decentrata (art. 28, par. 3) accanto alla procedura di mutuo riconoscimento. Per effetto di questo inserimento, la normativa «successiva al 2004» consente al richiedente di ottenere l'AIC in più di uno Stato membro anche nel caso in cui un medicinale non sia stato in precedenza autorizzato in nessun Paese Ue.

Allo scopo di ottenere l'AIC per *Alkybend*, *Helm AG* si è avvalsa di tale procedura decentrata. In questo caso, l'art. 28, par. 3, della direttiva «successiva al 2004» consente di scegliere come riferimento uno qualsiasi degli Stati membri in cui si intende acquisire l'AIC. Il Paese indicato dovrà preparare entro centoventi giorni una relazione di valutazione, una bozza del riassunto delle caratteristiche del prodotto, di etichettatura e di foglietto illustrativo. Tale documentazione verrà inviata al richiedente e agli Stati membri interessati i quali, entro novanta giorni dal ricevimento, devono esprimere il proprio parere informandone lo Stato membro di riferimento (art. 28, par. 4).

Nel caso di valutazione positiva, lo Stato di riferimento, preso atto dell'accordo unanime delle autorità competenti, pone termine alla proce-

⁵⁹ Direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 36.

⁶⁰ Direttiva n. 2004/27/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 36.

⁶¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Bobek presentate il 7 dicembre 2017 in causa n. C-557/16, *Astellas Pharma GmbH* con l'intervento di: *Helm AG, Lääkealan turvallisuus- ja kehittämiskeskus (FIMEA)*, *cit. supra*, nota 30, punto 26.

⁶² Art. 29, par. 1, direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *loc. cit.*

⁶³ Sentenza della Corte di giustizia del 16 ottobre 2008 in causa n. C-452/06, *The Queen, su istanza di Synthon BV c. Licensing Authority of the Department of Health*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 7681, EU:C: 2008:565, punti 25 ss.

dura. Ai sensi dell'art. 28, par. 5, della direttiva «successiva al 2004», ogni Stato membro interessato ha trenta giorni di tempo per concedere l'AIC valida sul proprio territorio. La normativa non prevede che detta autorizzazione sia rilasciata secondo un ordine prestabilito. «Può quindi anche accadere che l'autorizzazione all'immissione in commercio nello o negli Stati membri interessati sia rilasciata prima dell'autorizzazione all'immissione in commercio nello Stato membro di riferimento»⁶⁴. Questa osservazione spiega il motivo per cui *Levact* ha ottenuto l'AIC in Francia (Stato membro interessato) il 15 luglio 2010 e solo alcuni mesi più tardi (15 dicembre 2010) nella BRD (Stato membro di riferimento)⁶⁵.

Qualora anche uno solo degli Stati membri non approvi la documentazione intravedendo nel medicinale un «rischio potenziale grave per la salute pubblica»⁶⁶ si avvia l'*iter* previsto dall'art. 29 della direttiva «successiva al 2004». Il punto di contrasto è sottoposto in un primo momento al gruppo di coordinamento a cui il richiedente può presentare le proprie controdeduzioni (art. 29, par. 3). Se entro il termine di sessanta giorni non si raggiunge un accordo neppure in quest'organo, la questione è trasferita all'Agenzia europea per i medicinali (EMA) (art. 29, par. 4). Nell'attesa che tale Agenzia si pronunci, gli Stati membri che hanno approvato la documentazione possono, su istanza del richiedente, concedere al medicinale l'AIC nazionale (art. 29, par. 6) assumendo «una posizione autonoma nell'ambito della stessa» procedura di approvazione⁶⁷.

La Commissione aveva proposto di inserire nella normativa la possibilità di decentrare la procedura di autorizzazione avendo percepito che «[r]iesaminare una decisione scientifica è sempre più difficile che adottare in comune una prima decisione nel quadro di una procedura di cooperazione scientifica»⁶⁸. Questa motivazione è la testimonianza della volontà di

⁶⁴ Conclusioni dell'Avvocato Generale Bobek presentate il 7 dicembre 2017 in causa n. C-557/16, *Astellas Pharma GmbH* con l'intervento di: *Helm AG, Lääkealan turvallisuus- ja kehittämiskeskus (FIMEA)*, *cit. supra*, nota 30, punto 65.

⁶⁵ Chancery Division of England and Wales High Court, sentenza del 16 dicembre 2015, in *Accord Healthcare Ltd & Anor v Astellas Pharma GmbH & Anor*, *cit. supra*, nota 22, punto 45.

⁶⁶ Art. 29, par. 1, direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 36, come modificata dalla direttiva n. 2004/27/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 36.

⁶⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale Bobek presentate il 7 dicembre 2017 in causa n. C-557/16, *Astellas Pharma GmbH* con l'intervento di: *Helm AG, Lääkealan turvallisuus- ja kehittämiskeskus (FIMEA)*, *loc. cit.*, punto 68.

⁶⁸ Commissione delle Comunità Europee, Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce procedure comunitarie per l'autorizzazione, la sorveglianza e la farmacovigilanza dei medicinali a uso umano e veterinario, e l'agenzia europea di valutazione dei medicinali, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e

introdurre un'azione comune per il rilascio dell'AIC. Il conseguimento della decisione congiunta necessita l'accordo di tutte le autorità nazionali interessate sebbene l'atto amministrativo che formalizza tale consenso (il rilascio dell'AIC) sia di esclusiva pertinenza nazionale⁶⁹.

La procedura delineata impedisce di considerare che l'autorità di uno Stato membro interessato possieda il potere di individuare in modo autonomo il medicinale di riferimento e la data di inizio del periodo di protezione dei dati. Infatti, ogni Stato membro coinvolto nell'istruttoria ha la facoltà di non approvare la relazione di valutazione qualora ritenga che il fascicolo presentato non sia conforme alla normativa europea oppure giudichi non rispettate tutte le condizioni previste dall'art. 19 della direttiva «successiva al 2004»⁷⁰ tra le quali è compresa l'osservanza della scadenza del periodo di protezione dei dati del medicinale di riferimento stabilita dall'art. 10 della stessa direttiva. Queste premesse permettono alla Corte di affermare in modo categorico che «le autorità competenti di detti Stati membri non possono, dopo la constatazione di tale accordo, procedere di nuovo a una simile verifica»⁷¹.

In altre parole, l'approvazione dell'istruttoria rende corresponsabile ogni singola autorità competente sebbene, come già affermato, ognuna di esse sia formalmente indipendente nell'adozione dell'atto amministrativo che culmina nel rilascio dell'AIC nazionale. Tale premessa rende i termini dell'accordo vincolanti per gli Stati membri in quanto essi «non possono rifiutarsi di seguire o di discostarsi dai risultati»⁷² che sono stati conseguiti con il loro contributo e formalizzati con il loro consenso. Sotto il profilo logico, sarebbe incomprensibile l'atteggiamento dell'autorità di uno Stato membro la quale approvasse una decisione in sede Ue per sconfessarla successivamente in ambito nazionale. Dal punto di vista del diritto dell'Unione, un'interpretazione contraria potrebbe avere conseguenze impre-

del Consiglio che modifica la direttiva n. 201/82/Ce [*rectius*: 2001 *n.d.r.*] Recante un codice comunitario relativo ai medicinali veterinari, Com(2001)404 def., Bruxelles, 26 novembre 2001, p. 83, par. 2.

⁶⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Bobek presentate il 7 dicembre 2017 in causa n. C-557/16, *Astellas Pharma GmbH* con l'intervento di: *Helm AG, Lääkealan turvallisuus- ja kehittämiskeskus (FIMEA)*, *cit. supra*, nota 30, punto 52.

⁷⁰ Art. 19, par. 1, direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 36, come modificata dalla direttiva n. 2004/27/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 36.

⁷¹ Sentenza della Corte di giustizia del 14 marzo 2018 in causa n. C-557/16, *Astellas Pharma GmbH* con l'intervento di *Helm AG, Lääkealan turvallisuus- ja kehittämiskeskus (FIMEA)*, *cit. supra*, nota 30, punto 31.

⁷² Conclusioni dell'Avvocato Generale Bobek presentate il 7 dicembre 2017 in causa n. C-557/16, *Astellas Pharma GmbH* con l'intervento di: *Helm AG, Lääkealan turvallisuus- ja kehittämiskeskus (FIMEA)*, *loc. cit.*, punto 46.

vedibili sull'armonizzazione della normativa sui medicinali. Infatti, legittimare il ritiro dell'assenso da parte degli Stati membri comprometterebbe «il conseguimento dell'obiettivo della libera circolazione dei medicinali espresso al considerando 14⁷³» della direttiva n. 2001/83/Ce⁷⁴ oltre a svuotare di ogni significato la procedura decentrata. Non avrebbe ragione di esistere una procedura comune le cui conclusioni possono essere rigettate *in toto* o in parte da uno degli Stati membri che si era dichiarato favorevole in sede collegiale.

Nello stesso tempo, la «procedura [decentrata] difficilmente può essere equiparata a una qualsiasi forma di mutuo riconoscimento automatico e assoluto: l'adozione della decisione definitiva a livello nazionale dipende dal completamento di una fase intermedia, vale a dire l'approvazione dei documenti relativi al medicinale»⁷⁵.

Di conseguenza, «le autorità competenti di detti Stati membri non possono, dopo la constatazione di tale accordo, procedere di nuovo a una simile verifica»⁷⁶.

3. La nozione di «rischio potenziale grave per la salute pubblica»

Secondo l'Avvocato Generale, la risposta al quesito sulla possibilità che l'autorità competente di uno Stato membro interessato contesti la decisione congiunta riguardante il medicinale di riferimento e la data di inizio del periodo di protezione presuppone l'approfondimento del significato di «rischio potenziale grave per la salute pubblica»⁷⁷.

A questo scopo, l'analisi, pur riconoscendone il carattere non vincolante, si sofferma sulla casistica che emerge dagli orientamenti in materia elaborati dalla Commissione allo scopo di «definire in modo più preciso i

⁷³ Considerando n. 14 della direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 36: «La presente direttiva costituisce una tappa importante nella realizzazione della libera circolazione dei medicinali; tuttavia tenuto conto dell'esperienza acquisita, in particolare in seno al comitato per le specialità medicinali, potrebbero rivelarsi necessarie nuove misure per eliminare gli ostacoli alla libera circolazione ancora esistenti».

⁷⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 14 marzo 2018 in causa n. C-557/16, *Astellas Pharma GmbH* con l'intervento di *Helm AG, Lääkealan turvallisuus- ja kehittämiskeskus (FIMEA)*, *cit. supra*, nota 30, punto 26.

⁷⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale Bobek presentate il 7 dicembre 2017 in causa n. C-557/16, *Astellas Pharma GmbH* con l'intervento di: *Helm AG, Lääkealan turvallisuus- ja kehittämiskeskus (FIMEA)*, *cit. supra*, nota 30, punto 43.

⁷⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 14 marzo 2018 in causa n. C-557/16, *Astellas Pharma GmbH* con l'intervento di *Helm AG, Lääkealan turvallisuus- ja kehittämiskeskus (FIMEA)*, *loc. cit.*, punto 31.

⁷⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale Bobek presentate il 7 dicembre 2017 in causa n. C-557/16, *Astellas Pharma GmbH* con l'intervento di: *Helm AG, Lääkealan turvallisuus- ja kehittämiskeskus (FIMEA)*, *loc. cit.*, punto 71.

casi eccezionali in cui uno Stato membro nel corso di una procedura di mutuo riconoscimento (...) o di una procedura decentrata (...) può rifiutare di riconoscere un'autorizzazione all'immissione in commercio o una valutazione positiva a causa di un rischio potenziale grave per la salute pubblica»⁷⁸. Tali «orientamenti del 2006 sono lunghi dall'essere restrittivi»⁷⁹. Tuttavia, gli esempi sembrano non includere la scadenza del periodo di protezione dei dati. In effetti, la valutazione di tale termine potrebbe «rientrare fra le questioni riguardanti la corretta applicazione del diritto, gli incentivi appropriati per stimolare l'innovazione, oppure la tutela della proprietà»⁸⁰ sebbene sia indiscutibile che il legislatore ritenesse «opportuno agevolare l'accesso [dei medicinali generici] al mercato comunitario»⁸¹.

Tale interpretazione appare confermata dalla lettera dell'art. 10, par. 1, della direttiva «successiva al 2004» il quale, pur premurandosi di salvaguardare «il diritto sulla tutela della proprietà industriale e commerciale», ammette l'esaurimento di tale prerogativa qualora «il medicinale [per cui si richiede l'AIC sia ...] un medicinale generico di un medicinale di riferimento che è o è stato autorizzato (...) per almeno otto anni in uno Stato membro o nella Comunità»⁸². Una volta accertata l'esistenza di tale condizione, decade per il richiedente l'obbligo di «fornire i risultati delle prove precliniche e delle sperimentazioni cliniche»⁸³ considerando in queste condizioni prevalente «l'obiettivo di evitare la ripetizione delle prove sull'uomo o sull'animale senza un'imperiosa necessità»⁸⁴. In altre parole, la

⁷⁸ Orientamenti relativi alla definizione di rischio potenziale grave per la salute pubblica a norma dell'art. 29, par. 1 e 2 della direttiva n. 2001/83/Ce - marzo 2006, in *Gu-Ue* n. C 133 dell'8 giugno 2006, p. 5 ss. Nel documento, il «rischio potenziale grave per la salute pubblica» è definito come «una situazione in cui sussiste una notevole probabilità che un medicinale per uso umano, nell'ambito dell'impiego proposto, costituisca un grave pericolo per la salute pubblica» (*ivi*, p. 6).

⁷⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Bobek presentate il 7 dicembre 2017 in causa n. C-557/16, *Astellas Pharma GmbH* con l'intervento di: *Helm AG, Lääkealan turvallisuus- ja kehittämiskeskus (FIMEA)*, *loc. cit.*, punto 75.

⁸⁰ *Ivi*, punto 77.

⁸¹ *Considerando* n. 14 della direttiva n. 2004/27/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 36.

⁸² Art. 10, par. 1, direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 36, come modificata dalla direttiva n. 2004/27/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 36, p. 34 ss.

⁸³ Art. 10, par. 1, direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *loc. cit.*, come modificata dalla direttiva n. 2004/27/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *loc. cit.*

⁸⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 3 dicembre 1998 in causa n. C-368/96, *The Queen c. The Licensing Authority established by the Medicines Act 1968* (rappresentata dalla *The*

procedura decentrata realizza un compromesso tra «protezione dei dati e (...) esigenza di evitare le analisi non necessarie su esseri umani ed animali»⁸⁵ a cui «considerazioni di ordine pubblico si oppongono»⁸⁶ qualora la loro esecuzione non sia necessaria alla salvaguardia della salute pubblica.

Nella visione dell'Avvocato Generale, la procedura decentrata perde completamente il suo carattere mercantile. La disposizione si impossessa, al contrario, di un ruolo sostanziale in base al fatto incontestabile che l'impossibilità di accedere ai risultati scientifici rappresenta un «rischio potenziale grave per la salute pubblica»⁸⁷. Infatti, la mancanza di evidenze oggettive non consente di valutare se il rapporto rischi/benefici possa ritenersi favorevole e, quindi, permettere il rilascio dell'AIC⁸⁸. Il ragionamento si allontana dallo scopo compromissorio in precedenza attribuito alla disposizione ponendo in risalto le conseguenze pratiche della mancata presentazione dei dati. Tale interpretazione riprende nella sostanza l'affermazione della Corte di giustizia secondo la quale non è ammissibile che la «procedura abbreviata si traduca nel rendere meno rigorose le norme di sicurezza e di efficacia a cui devono ottemperare i medicinali»⁸⁹.

Medicines Control Agency), *ex parte Generics (UK) Ltd, The Wellcome Foundation Ltd e Glaxo Operations UK Ltd e altri*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 7967, EU:C:1998:583, punto 83. Dello stesso tenore le sentenze della Corte di giustizia del 29 aprile 2004, in causa n. C-106/01, *The Queen, su richiesta della Novartis Pharmaceuticals UK Ltd c. The Licensing Authority established by the Medicines Act 1968* (rappresentata da *The Medicines Control Agency*), in *Raccolta*, 2004, I, p. 4403, EU:C:2004:245, punto 46 («considerazioni di ordine pubblico si oppongono alla ripetizione delle prove, sull'uomo o sull'animale, non motivate da una necessità imperativa») e del 20 gennaio 2005, in causa n. C-74/03, *SmithKline Beecham plc c. Lægemiddelstyrelsen*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 595, EU:C:2005:39, punto 41 («all'obiettivo specifico perseguito con la procedura abbreviata, volto (...) ad evitare la ripetizione delle prove sull'uomo o sull'animale»).

⁸⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs presentate il 23 gennaio 2003 in causa n. 106/01, *The Queen, ex parte Novartis Pharmaceuticals UK Ltd c. The Licensing Authority established by the Medicines Act 1968* (rappresentata da *The Medicines Control Agency*), in *Raccolta*, 2004, I, p. 4403, EU:C:2003:49, punto 61.

⁸⁶ *Considerando* n. 10 della direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 36.

⁸⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale Bobek presentate il 7 dicembre 2017 in causa n. C-557/16, *Astellas Pharma GmbH* con l'intervento di: *Helm AG, Lääkealan turvallisuus- ja kehittämiskeskus (FIMEA)*, *cit. supra*, nota 30.

⁸⁸ «I criteri di qualità, sicurezza ed efficacia dovrebbero consentire di valutare il rapporto rischio/beneficio di tutti i medicinali sia in occasione dell'immissione in commercio sia in qualsiasi momento l'autorità competente lo reputi opportuno» (*considerando* n. 16 della direttiva n. 2004/27/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 30).

⁸⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 18 giugno 2009 in causa n. C-527/07, *The Queen, su istanza di Generics (UK) Ltd c. Licensing Authority*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 5259, EU:C:2009:379, punto 24. Dello stesso tenore le sentenze della Corte di giustizia del 3 dicembre 1998 in causa n. C-368/96, *The Queen c. The Licensing Authority established by the Medicines Act 1968* (rappresentata dalla *The Medicines Control Agency*), *ex parte Generics (UK) Ltd, The Wellcome Foundation Ltd e Glaxo Operations UK Ltd e altri*, *cit. supra*, nota 84, punto 22, e del 5 ottobre 1995 in causa n. C-440/93, *The Queen c. Licensing Authority of the*

Sotto questo profilo, appare incontestabile che l'accesso ai dati sia la fase iniziale di ogni processo valutativo il quale non può prescindere dall'analisi dei risultati delle prove farmacologiche, tossicologiche e cliniche. Pertanto, la procedura decentrata può avere inizio solo dopo che gli Stati membri interessati abbiano raggiunto l'accordo sulla scadenza del periodo di protezione dei dati. Dal momento che tale intesa avviene all'interno del processo di decisione congiunta, essa non può essere messa in discussione durante la fase nazionale di rilascio dell'AIC⁹⁰.

4. La tutela giurisdizionale effettiva del titolare dell'AIC del medicinale di riferimento

In base a quanto in precedenza discusso, l'autorità competente di uno Stato membro interessato al rilascio dell'AIC ad un medicinale generico nell'ambito di una procedura decentrata non ha il potere di stabilire unilateralmente il medicinale di riferimento e la scadenza del periodo di protezione dei dati in quanto tali valutazioni sono il frutto di una decisione comune assunta durante la fase istruttoria. Nello stesso tempo, l'autorità nazionale non è estranea alla determinazione dal momento che è corresponsabile di tutta la relazione di valutazione avendola approvata in sede collegiale. Tale situazione è stata efficacemente descritta dall'Avvocato Generale mediante una «metafora culinaria» nella quale si ricorda come «non si [... possa] certo affermare che le autorità degli Stati membri s[ia]no obbligate a servire un pranzo che è stato loro imposto»⁹¹.

Di conseguenza, appare evidente che l'AIC, sebbene sia un atto amministrativo nazionale, costituisca la conclusione di un processo che ha avuto l'avallo di tutti gli Stati membri coinvolti. In questa situazione non risulta percorribile l'idea di adire la giurisdizione di un solo Stato membro, anche se di riferimento, per la mancanza di competenza trans-frontaliera di eventuali sentenze di modifica o di annullamento di un'AIC⁹². In altre parole, la decisione del giudice nazionale è sicuramente vincolante per l'autorità

Department of Health e Norgine Ltd, ex parte: Scotia Pharmaceuticals Ltd., in *Raccolta*, 1995, I, p. 2851, EU:C: 1995:307, punto 17.

⁹⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Bobek presentate il 7 dicembre 2017 in causa n. C-557/16, *Astellas Pharma GmbH* con l'intervento di: *Helm AG, Lääkealan turvallisuus- ja kehittämiskeskus (FIMEA)*, *cit. supra*, nota 30, punto 80.

⁹¹ *Ivi*, punto 103. Al punto 49 delle stesse conclusioni, Bobek aveva già fatto una metafora culinaria ricordando che «[n]ell'ambito di una procedura decentrata, tutti gli Stati membri partecipano all'elaborazione delle rispettive decisioni *contemporaneamente* [enfasi nel testo]. Ricorrendo a una metafora, cucinare con amici non equivale a condividere un pasto già preparato».

⁹² *Ivi*, punto 83.

dello Stato membro, mentre la pronuncia non ha nessun effetto negli altri Stati membri.

Il ragionamento conduce a concludere che il controllo giurisdizionale interessi esclusivamente l'atto amministrativo nazionale, sebbene esso sia la conseguenza di una decisione comune. In questa situazione, ogni organo nazionale dovrà difendere la legittimità della propria decisione dinanzi ai tribunali nazionali.

L'interpretazione lascia, tuttavia, aperta l'ipotesi che le Corti dei diversi Stati membri interessati possano raggiungere conclusioni divergenti sulla scadenza del periodo di protezione dei dati⁹³. Tale eventualità potrà non essere gradita, ma deve essere accettata, almeno fino a quando il legislatore non istituirà un organo di appello centrale, essendo la possibilità di esiti contrastanti una conseguenza della procedura decentrata⁹⁴. Nonostante questo inconveniente, il concetto stesso di giustizia rende inattaccabile l'affermazione che «la necessità di un regime uniforme non costituisce una ragione valida per creare lacune nella tutela giurisdizionale»⁹⁵ soprattutto in una situazione in cui l'utilizzo dei dati non è subordinato al consenso del loro titolare.

L'effetto di sentenze contraddittorie potrebbe essere mitigato dall'applicazione dell'art. 122, prima frase, della direttiva n. 2001/83/Ce secondo la quale «[g]li Stati membri prendono le opportune disposizioni affinché le autorità competenti interessate si comunichino reciprocamente le informazioni appropriate per garantire l'osservanza delle condizioni previste per l'autorizzazione di fabbricazione o per l'autorizzazione all'immissione in commercio». Si tratta in pratica della trasposizione a livello nazionale della direttiva sui medicinali e dell'obbligo di leale cooperazione che l'art. 4, par. 3, TUE prescrive in generale. Entrambi gli strumenti giuridici impongono, quindi, di informare le autorità competenti degli altri Stati membri delle decisioni delle Corti nazionali in modo che tali autorità possano, nel caso, rivalutare la loro decisione iniziale e, quindi, il rilascio dell'AIC nazionale⁹⁶.

La pertinenza nazionale sull'AIC potrebbe anche desumersi attraverso un'interpretazione ampia dell'art. 24, punto 4, del Regolamento (Ce) n. 1215/2012⁹⁷ il quale stabilisce la competenza esclusiva «in materia (...) di

⁹³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Bobek presentate il 7 dicembre 2017 in causa n. C-557/16, *Astellas Pharma GmbH* con l'intervento di: *Helm AG, Lääkealan turvallisuus- ja kehittämiskeskus (FIMEA)*, cit. *supra*, nota 30, punto 104.

⁹⁴ *Ivi*, punto 105.

⁹⁵ *Ivi*, punto 106.

⁹⁶ *Ivi*, punto 107.

⁹⁷ Regolamento (Ue) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *Gu-Ue* n L 351 del 20 dicembre 2012, p. 1 ss.

validità di brevetti (...) e di altri diritti analoghi per i quali è prescritto il deposito ovvero la registrazione, a prescindere dal fatto che la questione sia sollevata mediante azione o eccezione [del]le autorità giurisdizionali dello Stato membro nel cui territorio il deposito o la registrazione sono stati richiesti, sono stati effettuati o sono da considerarsi effettuati a norma di un atto normativo dell'Unione». L'estensione di questa norma appare giustificabile dal momento che l'AIC di un medicinale innovatore può configurarsi come un diritto che concede lo sfruttamento esclusivo di un'opera dell'ingegno umano.

Dal momento che ogni AIC può essere impugnata davanti alla giurisdizione nazionale, appare evidente che i giudici di uno Stato membro interessato non possano stabilire la legittimità dell'AIC del medicinale di riferimento rilasciata in un secondo Stato membro⁹⁸. Alla medesima conclusione si giunge parafrasando una sentenza della Corte sulla validità dei brevetti. Appare, infatti, incontrovertibile che «decisioni nelle quali giudici diversi da quelli dello Stato di rilascio di un'[AIC ...] statuissero in via incidentale sulla validità di tale [... AIC] moltiplicherebbe il rischio di pronunce contrastanti»⁹⁹.

5. Conclusioni

La Corte aveva riconosciuto già alcuni anni orsono il diritto di ricorrere contro la scelta del medicinale di riferimento in una procedura abbreviata attivata per il rilascio dell'AIC ad un farmaco generico¹⁰⁰. Il diritto alla tutela giurisdizionale del titolare dell'AIC era stato individuato nell'art. 10 della direttiva n. 2001/83/Ce in combinato disposto con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali¹⁰¹. La decisione era stata motivata dal fatto che una conclusione di segno opposto avrebbe privato il periodo di protezione di ogni valore pratico contrastando, in questo modo, l'obiettivo di promuovere l'innovazione¹⁰². Tuttavia, la Corte non aveva dibattuto il pro-

⁹⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale Bobek presentate il 7 dicembre 2017 in causa n. C-557/16, *Astellas Pharma GmbH* con l'intervento di: *Helm AG, Lääkealan turvallisuus- ja kehittämiskeskus (FIMEA)*, loc. cit., punto 110.

⁹⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 2012 in causa n. C-616/10, *Solvay SA c. Honeywell Fluorine Products Europe BV e altri*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, luglio 2012, EU:C: 2012:445, punto 46.

¹⁰⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 23 ottobre 2014 in causa n. C-104/13, *Olainfarm AS c. Latvijas Republikas Veselības ministrija e Zāļu valsts aģentūra*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, ottobre 2014, EU:C: 2014:2316, punti 34 ss.

¹⁰¹ *Ivi*, punto 39.

¹⁰² Conclusioni dell'Avvocato Generale Nils Wahl presentate il 20 maggio 2014 in causa n. C-104/13, *Olainfarm AS co. Latvijas Republikas Veselības ministrija e Zāļu valsts aģentūra*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, maggio 2014, EU:C:2014:342, punto 49.

blema della competenza giurisdizionale in quanto la controversia in esame riguardava il rilascio dell'AIC da parte di un unico Stato membro.

La sentenza qui analizzata, invece, allarga la portata della precedente pronuncia in quanto attribuisce la competenza alle singole Corti nazionali nel momento in cui si tratta di stabilire la conformità alla normativa Ue della decisione congiunta mediante la quale è stato individuato il periodo di protezione dei dati nell'ambito di una procedura decentrata. I giudici di Lussemburgo sono consapevoli che tale soluzione può essere foriera di sentenze divergenti nei singoli Stati membri dal momento che l'esperienza insegna che valutazioni contrastanti sui medicinali non sono motivo di sorpresa. Infatti, la Corte aveva già riconosciuto la possibilità di differenze nell'applicazione della normativa sui medicinali in mancanza della completa armonizzazione della normativa in oggetto¹⁰³.

Il realismo di tale visione traspare anche da un'interrogazione del Parlamento europeo in cui si evidenziava che «decisioni diverse a livello nazionale riguardo alla classificazione di un prodotto come prodotto medicinale o dispositivo medico (...) possono minacciare sia il corso regolare del mercato sia, potenzialmente, la sicurezza dei pazienti»¹⁰⁴. La Commissione aveva imputato, almeno in parte, questa situazione a interpretazioni non uniformi degli enti regolatori¹⁰⁵.

I fatti della controversia qui esaminata consentono inoltre di ricordare anche una seconda questione già risolta dalla Corte in una precedente pronuncia e, per questo motivo, non inserita tra le questioni pregiudiziali sebbene evidenziata nel procedimento nazionale. Il ricorso metteva in evidenza come l'autorizzazione *a posteriori* di *Ribustamin* non riconoscesse l'utilizzo nella terapia della LLC il quale era stato concesso solo a partire dal 2010 grazie alle ricerche che avevano portato all'AIC per *Levact*. Questa circostanza, tuttavia, non può influire sulla valutazione del medicinale di riferimento. I giudici di Lussemburgo hanno da tempo sancito che il periodo di protezione di tutti i dati, compresi i risultati presentati da meno di

¹⁰³ Sentenza della Corte di giustizia del 3 ottobre 2013 in causa n. C-109/12, *Laboratoires Lyocentre c. Lääkealan turvallisuus- ja kehittämiskeskus e Sosiaali- ja terveysalan lupa- ja valvontavirasto*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, ottobre 2013, EU:C:2013:626, punto 45, con commento di F. FORNI, *Lactobacilli in capsule di gelatina: medicinali o dispositivi medici? La risposta è nazionale*, in questa *Rivista*, 2014, p. 553 ss.

¹⁰⁴ Interrogazione scritta n. 2170/09 di A. Doyle alla Commissione del 31 marzo 2009 avente per oggetto: «Proposta di rifusione del quadro di riferimento sui dispositivi medici (MedDev)», in *Gu-Ue* n. C 189 del 13 luglio 2010, p. 248 (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=WQ&reference=E-2009-2170&language=IT>).

¹⁰⁵ *Considerando* n. 3 della Raccomandazione n. 2013/473/Ce della Commissione del 24 settembre 2013 relativa alle verifiche e alle valutazioni effettuate dagli organismi notificati nel settore dei dispositivi medici, in *Gu-Ue* n. L 253 del 25 settembre 2013, p. 27.

sei o dieci anni allo scopo di estendere le indicazioni terapeutiche, inizia dalla data di concessione dell'AIC originale¹⁰⁶.

In ultimo, è interessante osservare come la soluzione prospettata dalla Corte sembra sia già assimilata dalla giurisprudenza degli Stati membri e, forse, implicitamente anche dal ricorrente.

Infatti, nel dicembre 2015, il giudice del Regno Unito nel caso *Accord v. Astellas* aveva affermato che il modo usuale per contestare il rilascio dell'AIC era il controllo giurisdizionale dello Stato membro¹⁰⁷. Infatti, la Corte del Regno Unito non aveva accolto l'invito di *Astellas* di rivolgersi alla giustizia Ue ricordando come la ditta tedesca avesse avanzato questioni legate alla legge tedesca, non al diritto dell'Ue, a sostegno della nullità *ab initio* della decisione con la quale fu concessa l'AIC per *Ribomustin* nel luglio 2005¹⁰⁸.

Nello stesso senso sembra essersi pronunciato il Tribunale amministrativo superiore della nord Renania/Vestfalia (*Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen*) il quale, stabilendo nell'agosto 2016 la propria competenza ad accertare la conformità di *Ribomustin* come medicinale di riferimento, ha sancito che l'inizio del periodo di protezione dei dati non è legato alla data di commercializzazione nell'Unione, essendo sufficiente la presenza del medicinale sul mercato nazionale¹⁰⁹. La pronuncia dei giudici tedeschi sembrerebbe fornire un'interpretazione ampia di «medicinale autorizzato in uno Stato membro» previsto dall'art. 10, par. 1, della direttiva n. 2001/83/Ce¹¹⁰ in quanto potrebbe indicare che la scadenza della salvaguardia dei dati non è legata alla conformità dell'autorizzazione nazionale con la normativa europea. La dottrina sembra condividere tale tesi giurisprudenziale dal momento che un commentatore ha osservato che la *Nachzulassung* non costituisce una nuova AIC, ma semplicemente il prolungamento della precedente autorizzazione nazionale¹¹¹.

¹⁰⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 3 dicembre 1998 in causa n. C-368/96, *The Queen c. The Licensing Authority established by the Medicines Act 1968 (rappresentata dalla The Medicines Control Agency), ex parte Generics (UK) Ltd, The Wellcome Foundation Ltd e Glaxo Operations UK Ltd e altri*, cit. *supra*, nota 84, punto 44.

¹⁰⁷ Chancery Division of England and Wales High Court, sentenza del 16 dicembre 2015, in *Accord Healthcare Ltd & Anor v Astellas Pharma GmbH & Anor*, cit. *supra*, nota 22, punto 10.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ Oberverwaltungsgericht (OVG) Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 02.08.2016, Az.: 13 B 390/16. Si veda anche *Generische Zulassung Bendamustin-haltiger Arzneimittel*, in *Arzneimittel & Recht*, 2016, p. 239 ss.

¹¹⁰ Art. 10, par. 1, direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, cit. *supra*, nota 36, come modificata dalla direttiva n. 2004/27/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, cit. *supra*, nota 36.

¹¹¹ A. ZAHL, *International Pharmaceutical Law and Practice*, ISBN: 978-1-5791-1472-5 (eBook), LexisNexis, 2012.

Questa osservazione pone un'ultima domanda: la «*unendliche Geschichte der Nachzulassung*» si arricchirà in futuro del parere della Corte di giustizia sullo *status* dell'autorizzazione *a posteriori*, ponendo un sigillo europeo sulla questione se essa costituisca una «nuova» AIC o il semplice «prolungamento» della precedente autorizzazione nazionale?

Federico Forni*

SINTESI

La direttiva n. 2001/83/Ce prevede una procedura decentrata che consente agli Stati membri di adottare una valutazione collegiale sul medicinale prima della concessione delle autorizzazioni all'immissione in commercio (AIC) nei singoli Paesi Ue. La sentenza della Corte di giustizia in causa n. C-557/16, *Astellas Pharma*, ha chiarito che, nell'ambito di tale procedura, le autorità di uno Stato membro interessato al rilascio dell'AIC ad un medicinale generico non hanno il potere di determinare unilateralmente il periodo di protezione dei dati al momento dell'adozione della decisione nazionale. I giudici di Lussemburgo hanno inoltre chiarito che, nonostante ogni AIC possa essere impugnata davanti alle corti nazionali, i giudici di uno Stato membro non possono pronunciarsi sulla legittimità dell'AIC di un medicinale di riferimento rilasciata in un altro Stato membro.

ABSTRACT

Directive No 2001/83/Ce provides for a decentralized procedure which allows Member States to take a common decision on the evaluation of a medicinal product before granting the marketing authorization (MA) in the single EU countries. The judgment of the Court of Justice in case No C-557/16, Astellas Pharma, clarified that, in the context of the decentralized procedure, the authorities of a Member State interested in granting a MA of a generic medicine cannot unilaterally establish the period of data protection when adopting the national decision. Moreover, the Luxembourg judges affirmed that, even if a MA can be challenged in front of the national courts, the judges of a Member States cannot rule over the legality of a MA of a reference product granted in another EU country.

* Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Bologna; Giurista / Autorità europea per la sicurezza alimentare - Parma

**LIBERALIZZAZIONE DEL MERCATO MARITTIMO:
ANCORA UNA VOLTA ALL'ESAME DELLA CORTE
DI GIUSTIZIA IL CASO DEGLI AIUTI DI STATO
ALLA TIRRENIA**

**Corte di giustizia
Sentenza del 23 gennaio 2019 in causa n. C-387/17***

Traghetti del Mediterraneo *ter*

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Aiuti di Stato - Delimitazione della nozione di aiuti esistenti - Applicabilità della nozione di aiuto esistente ad un settore parzialmente aperto alla concorrenza - Regolamento (Ce) n. 659/1999 - Art. 1, lett. b., iv. e v. - Azione di risarcimento danni proposta avverso lo Stato membro da un concorrente della società beneficiaria - Effettività delle tutele concesse al soggetto danneggiato.

Sovvenzioni concesse a un'impresa prima della data di liberalizzazione del mercato interessato, come quelle di cui trattasi nel procedimento principale, non possono essere qualificate come aiuti esistenti per il solo fatto che, al momento della loro concessione, tale mercato non era formalmente liberalizzato, sempre che tali sovvenzioni fossero idonee ad incidere sugli scambi tra Stati membri e falsassero o minacciassero di falsare la concorrenza, elementi che spetta al giudice del rinvio verificare.

L'art. 1, lett. b., iv., del Regolamento (Ce) n. 659/1999 del Consiglio, del 22 marzo 1999, recante modalità di applicazione dell'articolo [108 TFUE], dev'essere interpretato nel senso che esso non è applicabile a una

* In *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, gennaio 2019, EU:C:2019:51. In argomento v. *infra*, p. 77 ss., il commento di ROSARIO FEDERICO.

situazione come quella di cui trattasi nel procedimento principale. Dato che le sovvenzioni oggetto del procedimento principale sono state concesse in violazione dell'obbligo di previa notifica stabilito dall'art. 93 del Trattato CEE, gli enti statali non possono avvalersi del principio della tutela del legittimo affidamento. In una situazione come quella di cui trattasi nel procedimento principale, in cui un'azione di risarcimento danni contro lo Stato membro è proposta da un concorrente della società beneficiaria, il principio della certezza del diritto non consente d'imporre al ricorrente, mediante un'applicazione per analogia, un termine di prescrizione come quello stabilito all'art. 15, par. 1, di detto Regolamento.

TRAGHETTI DEL MEDITERRANEO TER: LE CATEGORIE DEGLI AIUTI DI STATO ALLA PROVA DEL PRIVATE ENFORCEMENT

Sommario: *Premessa - 1. La "saga" Traghetti del Mediterraneo - 2. Aiuti nuovi, aiuti esistenti e l'ambigua definizione del Regolamento (Ce) n. 659/1999 - 3. Un'occasione persa: rimane incerta l'applicazione ratione temporis del Regolamento (Ce) n. 659/1999 a fatti precedenti la sua entrata in vigore - 4. L'autonomia delle categorie di aiuti nuovi ed esistenti di fronte ai giudici nazionali - 5. Conclusioni.*

Premessa

Il 23 gennaio 2019 la Corte di giustizia – pronunciandosi sulle questioni pregiudiziali sollevate dalla Suprema Corte di cassazione all'interno del procedimento che oppone il Fallimento Traghetti del Mediterraneo ("FTDM") alla Presidenza del Consiglio dei Ministri¹ – ha analizzato le categorie *aiuti nuovi* ed *aiuti esistenti* in relazione al *private enforcement* della normativa sugli aiuti di Stato, riconoscendone l'autonomia concettuale rispetto alle tipizzazioni previste nel Regolamento c.d. "procedura"², relativo al *public enforcement* della Commissione europea.

Nonostante la distinzione basata sul carattere *nuovo* o *esistente* di una misura rivesta fondamentale importanza ai fini dell'applicazione degli artt. 107 ss. TFUE, tale dicotomia è resa ambigua da una definizione legislativa

¹ Ordinanza interlocutoria della Corte di cassazione, sez. III civile, del 22 giugno 2017 n. 15539, disposta all'interno del procedimento R.G. n. 24259/2015.

² Regolamento (Ce) n. 659/1999 del Consiglio del 22 marzo 1999 recante modalità di applicazione dell'art. 93 del Trattato CE, in *Guce* n. L 83 del 27 marzo 1999, p. 1, sostituito dal Regolamento (Ue) n. 2015/1589 del Consiglio del 13 luglio 2015 recante modalità di applicazione dell'art. 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in *Gu-Ue* n. L 248 del 24 settembre 2015, p. 9, attualmente in vigore, che riproduce testualmente le categorie di «aiuti esistenti» previste nel Regolamento abrogato.

imperfetta e foriera di incertezze, introdotta dal citato Regolamento. La rilevanza della pronuncia in commento risiede dunque nella individuazione del quadro definitorio valevole nei procedimenti di fronte ai giudici nazionali, tenuto distinto e reso parzialmente autonomo rispetto a quanto previsto per la procedura di indagine della Commissione. L'interpretazione offerta dai giudici di Lussemburgo, per quanto utile per la risoluzione del caso proposto dal giudice *a quo*, non è tuttavia risolutiva. Non vengono infatti affrontate tutte le questioni dedotte nell'ordinanza di rinvio; inoltre, la stessa soluzione nel merito adottata che, come detto, sancisce la parziale autonomia tra *private* e *public enforcement* per quanto concerne l'impianto definitorio, non è priva di incognite: l'utilizzo di categorie diverse nei procedimenti di indagine della Commissione e davanti alle corti nazionali rischia di accrescere l'incertezza applicativa della disciplina in esame. Per superare definitivamente la problematica pare allora necessaria una modifica normativa delle disposizioni controverse.

Il presente contributo offre innanzitutto un breve riepilogo dei fatti relativi alla pronuncia *Traghetti del Mediterraneo ter*³ e, più in generale, alla "saga giurisprudenziale" in cui tale procedimento si colloca. A ciò seguirà l'esame delle nozioni di *aiuti nuovi* ed *aiuti esistenti*, categorie inizialmente sviluppatesi tramite la giurisprudenza delle Corti europee e poi oggetto di codificazione nel Regolamento (Ce) n. 659/1999. Successivamente, verranno esaminate le questioni poste dalla Corte di cassazione ai sensi dell'art. 267 TFUE e la risposta offerta dalla Corte di giustizia a tali quesiti. Infine, saranno svolte alcune brevi considerazioni conclusive.

1. La "saga" Traghetti del Mediterraneo

La pronuncia in commento arricchisce l'articolato dialogo iniziato nel 2006 tra giudici italiani e Corte di giustizia dell'Unione europea nell'ambito del procedimento intentato dal FTDM contro lo Stato italiano per il risarcimento del danno derivante da violazione del diritto comunitario. Detto procedimento costituisce peraltro lo sviluppo della vicenda giudiziaria che precedentemente oppose lo stesso FTDM alla società concorrente Tirrenia e che può essere riassunta nei termini che seguono.

Nel 1981 il curatore del FTDM convenne in giudizio davanti al Tribunale di Napoli la società Tirrenia per ottenere il risarcimento del danno cagionato da una politica di prezzi bassi, asseritamente resa possibile dalla

³ Sentenza della Corte di giustizia del 23 gennaio 2019 in causa n. C-387/17, *Presidenza del Consiglio dei Ministri c. Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, gennaio, 2019, EU:C:2019:51.

concessione di sovvenzioni da parte dello Stato italiano negli anni 1976-1980. In particolare, il FTDM accusò la società convenuta di aver abusato della propria posizione dominante ai sensi dell'art. 86 TCEE [divenuto art. 82 TCE ed attuale art. 102 TFUE] nonché di aver posto in essere atti di concorrenza sleale in violazione dell'art. 2598 c.c. La domanda attorea fu respinta da entrambi i giudici del merito e dalla Corte di cassazione, che ritenne superfluo operare il rinvio pregiudiziale in merito alla compatibilità con il diritto europeo della legge italiana con la quale erano state concesse le sovvenzioni in esame⁴.

Nel 2002, in seguito all'esito negativo del procedimento intentato contro la società Tirrenia, il FTDM convenne in giudizio lo Stato italiano, chiedendone la condanna al risarcimento dei danni per le violazioni commesse come Stato-legislatore, Stato-amministrazione e Stato-giudice⁵. In primo grado furono operati ben due rinvii pregiudiziali, il primo e più noto, concernente la compatibilità della disciplina italiana sulla responsabilità civile dei magistrati⁶ con l'ordinamento europeo, il secondo, relativo alla qualificazione come aiuti di Stato delle sovvenzioni concesse dallo Stato italiano alla luce dei criteri sanciti nel caso *Altmark*⁷. Nel primo di tali

⁴ L. n. 684 del 20 dicembre 1974 sulla ristrutturazione dei servizi marittimi di preminente interesse nazionale, in *Guri* n. 336 del 24 dicembre 1974. V. per un approfondimento sulla disciplina italiana in tema di servizio pubblico di trasporto marittimo, S. GOBBATO, *Tirrenia di Navigazione and others*, in *European State aid law Quarterly*, 2009, 4, p. 577.

⁵ A fronte di una tipizzazione formalmente unitaria dei presupposti sostanziali che determinano la responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto comunitario – e segnatamente il concetto di *violazione sufficientemente qualificata* – le prerogative costituzionali dell'organo statale responsabile della violazione modulano i presupposti e la natura della responsabilità, sicché è opportuno distinguere tra legislatore, giudice ed amministrazione. V. In generale sulla responsabilità civile nel diritto europeo A. BIONDI - M. FAIRLEY, *Damages and Liability actions in EU Law*, in R. SCHÜTZE e T. TRIDIMAS (a cura di), *Oxford Principles of European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, p. 1040.

⁶ L. n. 117 del 13 aprile 1988 in tema di risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati, in *Guri* n. 88 del 15 aprile 1988. Tale legge è stata modificata ad opera della l. n. 18 del 27 febbraio 2015, in *Guri* n. 52 del 4 marzo 2015, in ottemperanza alle indicazioni fornite dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, v. *infra*, nota 8.

⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 24 luglio 2003 in causa n. C-280/00, *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 7747, EU:C:2003:415, par. 95 «(...) Incombe al giudice a quo verificare il ricorrere delle seguenti condizioni: - in primo luogo, l'impresa beneficiaria sia stata effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi siano stati definiti in modo chiaro; - in secondo luogo, i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione siano stati previamente definiti in modo obiettivo e trasparente; - in terzo luogo, la compensazione non ecceda quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento; - in quarto luogo, quando la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico non venga effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico, il livello della necessaria compensazione sia stato determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi di trasporto al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio

rinvii la Corte di giustizia rilevò l'incompatibilità con l'ordinamento europeo dei criteri allora vigenti per il risarcimento del danno in caso di errore giudiziario⁸ e nel secondo accertò la sussistenza di un «vantaggio» accordato alla società Tirrenia dal momento che nessuno dei criteri *Altmark* era stato rispettato, rimettendo al giudice *a quo* la valutazione dell'impatto che tali sovvenzioni avevano prodotto su concorrenza e flussi commerciali tra Stati membri⁹. Alla luce di tali pronunce il tribunale di Genova condannò lo Stato italiano per il mancato rinvio pregiudiziale operato dalla Corte di cassazione nel procedimento *FTDM* contro *Tirrenia*.

La Corte d'appello riformò la sentenza, riconoscendo unicamente la responsabilità dello Stato-legislatore per aver concesso tramite la citata legge n. 684/74 aiuti di Stato in violazione dei Trattati¹⁰. In particolare, il collegio ritenne soddisfatte tutte le condizioni della «nozione di aiuto», anche quelle non analizzate dalla Corte di giustizia nella sentenza *Traghetti del Mediterraneo bis* citata. Il collegio fondò il proprio giudizio sulle risul-

pubblico richieste, avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi, tenendo conto degli introiti ad essi attinenti nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento». Sul caso v., *ex multis*, M. MEROLA - C. MEDINA, *De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark: continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics*, *CDE*, 2003, p. 639; D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 662; E. SZYSZCZAK, *Altmark assessed*, in E. SZYSZCZAK (a cura di), *Research handbook on European State Aid Law*, Cheltenham, Elgar, 2011, p. 293.

⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 13 giugno 2006 in causa n. C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo I*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 5177, EU:C:2006:391, annotata in questa *Rivista*, 2006, p. 741. Sul caso v. E. SCODITTI, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, in *Foro it.*, 2006, IV, c. 418. V. anche la sentenza della Corte di giustizia del 24 novembre 2011 in causa n. C-379/10, *Commissione europea c. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 2011, I, p.180, EU:C:2011:775, con commento di G. DI FEDERICO, *Responsabilità civile dei magistrati e diritto dell'Unione europea*, in *Percorsi Costituzionali*, 2012, p. 301 e l'editoriale di C. CASTRONOVO, *La commedia degli errori nella responsabilità dello Stato italiano per violazione del diritto europeo ad opera del potere giudiziario*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2012, IV, p. 945.

⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 10 giugno 2010 in causa n. C-140/09, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo bis*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 5243, EU:C:2010:335, punti 44 ss. con commento di S. LEMBO e M. STASI, *The application of the Altmark test to State Financing of public services in the maritime transport sector*, in *European State aid law Quarterly*, 2010, IV, p. 853.

¹⁰ La responsabilità dello Stato-legislatore viene qualificata dalla giurisprudenza della Corte di cassazione – Cass. SS. UU. n. 9147 del 17 aprile 2009 e successivamente Cass. Sez. III, n. 10813 del 17 maggio 2011 – come responsabilità indennitaria per fatto lecito ex artt. 1173 e 1218 c.c. in relazione alla tardiva trasposizione delle direttive comunitarie nell'ordinamento italiano. L'inapplicabilità dell'art. 2043 c.c. si fonda, secondo quanto sancito ai par. 3.1 ss. della citata Cass. n. 10813/2011, sull'irrelevanza dell'elemento soggettivo ai fini della configurazione della responsabilità dello Stato per il diritto comunitario. Pare allora ragionevole estendere tale qualificazione al danno derivante dalla dazione di aiuti di Stato in violazione dei Trattati tramite atti legislativi dal momento che anche in tal caso lo stato soggettivo di dolo o colpa imputabile allo Stato è irrilevante ai fini della nascita dell'obbligo risarcitorio. V. in generale, E. SCODITTI, *La violazione comunitaria dello Stato fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Foro it.*, 2010, I, c. 174.

tanze della decisione della Commissione del 2001 relativa al regime delle concessioni di trasporto pubblico marittimo italiano¹¹, che aveva analizzato tale mercato a partire dagli anni Novanta, e ritenne che le sovvenzioni in parola fossero idonee a falsare la concorrenza ed i traffici commerciali intracomunitari già nel 1976 nonostante l'assenza di una formale liberalizzazione del mercato¹².

Nel giudizio attualmente pendente di fronte alla Corte di cassazione il principale motivo di ricorso proposto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri è basato sulla presunta violazione di legge in cui sarebbe incorsa la Corte d'appello nell'applicazione dell'art. 1 del Regolamento (Ce) n. 659/1999, contenente le definizioni di *aiuti nuovi* ed *aiuti esistenti*. In primo luogo, lo Stato italiano sostiene che, essendo stati concessi prima della liberalizzazione del settore del trasporto marittimo del 1999, gli aiuti di Stato in oggetto dovrebbero essere qualificati come *aiuti esistenti* ai sensi dell'art. 1, lett. *b.*, *v.*, del Regolamento; in secondo luogo, viene rilevato come il lungo tempo trascorso senza atti interruttivi della prescrizione da parte della Commissione comporterebbe in ogni caso la qualifica dei medesimi come *aiuti esistenti* ai sensi dell'art. 1, lett. *b.*, *v.*, del Regolamento e precluderebbe il risarcimento del danno alla luce dei principi del legittimo affidamento e della certezza del diritto. Tali rilievi sono confluiti nel rinvio pregiudiziale che ha dato origine alla pronuncia in commento.

2. Aiuti nuovi, aiuti esistenti e l'ambigua definizione del Regolamento (Ce) n. 659/1999

Prima di procedere all'analisi della risposta offerta dalla Corte di giustizia, occorre esaminare brevemente le categorie giuridiche coinvolte nella decisione in commento, illustrandone i profili di complessità. La distinzione *aiuti nuovi* - *aiuti esistenti* riveste cruciale importanza nella disciplina degli aiuti di Stato, sia per quanto concerne la procedura di *public enforcement* della Commissione europea sia rispetto alle azioni esperibili di fronte ai giudici nazionali. Con riferimento alla Commissione europea, l'art. 108 TFUE distingue nettamente l'incidenza dei poteri dell'Istituzio-

¹¹ Decisione della Commissione del 21 giugno 2001, n. 2001/851/Ce, relativa agli aiuti di Stato corrisposti dall'Italia alla compagnia marittima Tirrenia di Navigazione, in *Guce* n. L 318 del 4 dicembre 2001, p. 9.

¹² La liberalizzazione del settore è intervenuta solo a partire dal 1999 tramite il Regolamento (Cee) n. 3577/1992 del Consiglio del 7 dicembre 1992 concernente l'applicazione del principio della libera prestazione dei servizi ai trasporti marittimi fra Stati membri, in *Guce* n. L 364 del 12 dicembre 1992, p. 7.

ne sulla base della dicotomia summenzionata: la Commissione può ordinare autoritativamente il recupero dell'aiuto solo in caso di aiuti *nuovi illegittimi* e giudicati *incompatibili* con il mercato interno (comma secondo e terzo); per gli *aiuti esistenti* è prevista la diversa procedura di *esame permanente* (comma primo)¹³.

Per quanto concerne i giudici nazionali, questi hanno il compito di tutelare i concorrenti danneggiati dalla dazione di *aiuti nuovi illegittimi*¹⁴, ossia attuati in violazione dell'obbligo di notifica contenuto al citato terzo comma dell'art. 108 TFUE, disposizione dotata di effetto diretto, come sancito a partire dalla sentenza *Costa c. Enel*¹⁵. Accanto ad azioni inibitorie e di condanna alla restituzione nei confronti dei beneficiari, ai concorrenti danneggiati da tali *aiuti nuovi illegittimi* spetta l'azione di risarcimento del danno contro lo Stato membro¹⁶.

Gli *aiuti esistenti*, al contrario, non hanno autonoma rilevanza come fonte di responsabilità per il diritto comunitario: le sovvenzioni possono determinare la responsabilità del beneficiario ai sensi della normativa nazionale sulla concorrenza sleale solo qualora vengano utilizzate per attuare politiche di prezzi aggressive¹⁷.

Nonostante la fondamentale rilevanza della distinzione in commento, il diritto primario si limita a menzionare le categorie di *aiuti nuovi* e *aiuti esistenti* all'art. 108 TFUE in relazione ai poteri di intervento della Commissione; inizialmente è stata pertanto unicamente la giurisprudenza delle Corti europee a tipizzarne le ipotesi applicative. Furono qualificati come *esistenti*: gli aiuti di Stato già in vigore prima dell'entrata in vigore dei

¹³ Per un approfondimento, v. K. BACON, *European Union Law of State aid*, Oxford, Oxford University Press, 2017, capitolo 18.

¹⁴ Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali, in *Gu-Ue* n. C 85 del 9 aprile 2009, p. 1, par. 25. V. sul punto, *European State aid law Quarterly*, 2017, fascicolo III, p. 335, interamente dedicato al ruolo dei giudici nazionali nell'applicazione della disciplina sugli aiuti di Stato.

¹⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 1964 in causa n. 6/64, *Flaminio Costa c. Enel*, in *Raccolta*, 1964, p. 1135, EU:C:1964:66. Nella sentenza, è rinvenibile un *obiter dictum* in relazione all'art. 93 TCEE [108 TFUE] secondo cui «(...) Gli Stati hanno (...) assunto, verso la Comunità, un impegno che li vincola in quanto Stati, ma non crea per i singoli direttamente dei diritti soggettivi, eccezion fatta per l'ultima frase del paragrafo 3 (...)».

¹⁶ Comunicazione in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali, *cit. supra*, nota 14, par. 43 ss.

¹⁷ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 1996 in causa n. C-39/94, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) e altri*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 3547, EU:C:1996:285, punto 75 e conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs del 14 dicembre 1995 nella causa n. C-39/94, *SFEI e altri*, EU:C:1995:445, punto 84. Sul caso, v. A. ADOTTI, *Il ruolo del giudice nazionale nell'applicazione dell'art. 93.3 del Trattato CE in materia di aiuti statali alle imprese con riferimento alla recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in questa *Rivista*, 1996, p. 721.

Trattati istitutivi¹⁸; gli aiuti di Stato che, benché istituiti successivamente ai Trattati, avessero ottenuto l'autorizzazione della Commissione o del Consiglio e fossero stati coerentemente attuati¹⁹; gli aiuti di Stato che "si suppongono" autorizzati ai sensi della sentenza *Lorenz*²⁰ ossia misure diligentemente notificate dallo Stato alla Commissione, rispetto alle quali quest'ultima non abbia aperto la procedura di indagine entro due mesi. Tali fattispecie, individuate in via giurisprudenziale, corrispondono evidentemente ad una accezione restrittiva e tendenzialmente oggettiva della nozione di *aiuto esistente*.

La tipizzazione normativa è avvenuta con il citato Regolamento (Ce) n. 659/1999 che, tuttavia, accanto alla codificazione della pregressa giurisprudenza²¹, ha individuato due ulteriori ipotesi di *aiuti esistenti*: la prima, relativa alle misure di aiuto per le quali siano decorsi i termini di prescrizione dell'azione di recupero spettante alla Commissione ai sensi dell'art. 15 del medesimo Regolamento²²; la seconda, riguardante «le misure che al momento della loro attuazione non costituivano aiuti, ma lo sono diventati successivamente a causa dell'evoluzione del Mercato comune e senza aver subito modifiche da parte dello Stato membro. Qualora alcune misure diventino aiuti in seguito alla liberalizzazione di un'attività da parte del diritto comunitario, dette misure non sono considerate aiuti esistenti dopo la data fissata per la liberalizzazione»²³. Così, relativamente a questa seconda ipotesi, potrebbe accadere che gli operatori attivi in un mercato locale e chiuso alla concorrenza ricevano sovvenzioni e che tale mercato si apra successivamente alla concorrenza con gli operatori di altri Stati membri, rendendo così le sovvenzioni previamente concesse rilevanti ai sensi dell'art. 107 TFUE. La disposizione in parola sembra suggerire che se l'evoluzione del mercato avviene spontaneamente, le misure divengono *aiuti esistenti*, mentre, in caso di liberalizzazione realizzata *de iure* a livello comunitario, tali misure divengono *ex nunc aiuti nuovi*.

La codificazione all'interno del Regolamento (Ce) n. 659/1999 di categorie diverse ed eterogenee rispetto alla pregressa giurisprudenza pone rilevanti problemi ermeneutici, due dei quali sono oggetto del rinvio pre-

¹⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 15 marzo 1994 in causa n. C-387/92, *Banco Exterior de España, S.A. c. Ayuntamiento de Valencia*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 877, EU:C:1994:100, punti 18-22.

¹⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 9 agosto 1994 in causa n. C-44/93, *Namur - Les assurances du crédit SA c. Office National du Ducroire e Stato belga*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 3829, EU:C:1994:311, punto 13, massimata in questa *Rivista*, 1995, p. 327.

²⁰ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 dicembre 1973 in causa n. 120/73, *Lorenz GmbH c. Bundesrepublik Deutschland e a.*, in *Raccolta*, 1973, p. 1471, EU:C:1973:152, punto 4.

²¹ Regolamento (Ce) n. 659/1999, *cit. supra*, nota 2, art. 1, lett. b., i.-iii.

²² *Ivi*, art. 1, lett. b., iv.

²³ *Ivi*, art. 1, lett. b., v.

giudiziale operato dalla Corte di cassazione. Innanzitutto, alcune disposizioni del Regolamento si pongono in contrasto con quanto statuito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di liberalizzazioni del mercato (prima questione pregiudiziale). Inoltre, nonostante la Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali faccia espressamente rinvio alle definizioni contenute all'art. 1, lett. *b.*, del citato Regolamento (Ce) n. 659/1999²⁴, l'applicazione delle ipotesi "innovative" di *aiuti esistenti* appare problematica nei procedimenti di fronte ai giudici nazionali (seconda questione pregiudiziale).

3. Un'occasione persa: rimane incerta l'applicazione *ratione temporis* del Regolamento (Ce) n. 659/1999 a fatti precedenti la sua entrata in vigore

La prima questione pregiudiziale posta alla Corte di giustizia riguarda il contrasto tra la giurisprudenza *Alzetta*²⁵ e la definizione di *aiuti esistenti* contenuta all'art. 1, lett. *b.*, *v.* del Regolamento (Ce) n. 659/1999. Ai sensi della citata sentenza, «(...) un regime di aiuti istituito in un mercato inizialmente chiuso alla concorrenza deve essere considerato, al momento della liberalizzazione di tale mercato, come un regime di aiuti esistenti, nei limiti in cui esso non rientrava, al momento della sua istituzione, nel campo di applicazione dell'articolo 92 [107], paragrafo 1 del Trattato (...)»²⁶ mentre l'art. 1, lett. *b.*, *v.* del Regolamento qualifica come *aiuti esistenti* le misure che «al momento della loro attuazione non costituivano aiuti, ma lo sono diventati successivamente a causa dell'evoluzione del Mercato comune e senza aver subito modifiche da parte dello Stato membro. Qualora alcune misure diventino aiuti in seguito alla liberalizzazione di una attività da parte del diritto comunitario, dette misure non sono considerate aiuti esistenti dopo la data fissata per la liberalizzazione».

Il contrasto tra la giurisprudenza della Corte ed il Regolamento citato è evidente e ben noto in dottrina²⁷: se, ai sensi della sentenza *Alzetta*, la li-

²⁴ Nota del testo n. 29 alla Comunicazione in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali, *cit. supra*, nota 14.

²⁵ Sentenza del Tribunale di primo grado del 15 giugno 2000 in cause riunite n. T-298/97, n. T-312/97, n. T-313/97, n. T-315/97, da n. T-600/97 a n. 607/97, n. T-1/98, da n. T-3/98 a n. T-6/98 e n. T-23/98, *Alzetta e a. c. Commissione*, in *Raccolta*, 2000 II, p. 2319, EU:T:2000:151.

²⁶ *Ivi*, punto 143.

²⁷ *Ex multis*, G. CONTE, *The EC rules Concerning Existing aid: Substantial and procedural aspects*, in *EC State Aid Law – Le droit des aides d'Etat dans la CE*, 2008, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, p. 293 ss.

beralizzazione determina lo *status* di *aiuti esistenti* per le misure statali già in vigore al momento della liberalizzazione, il Regolamento (Ce) n. 659/1999 sembra invece prevedere *ex nunc* lo *status* di *aiuti di nuovi* per tali misure, con conseguente obbligo di notifica. Tale antinomia potrebbe essere superata valorizzando il contesto fattuale in cui la pronuncia citata si colloca: benché questa sia successiva all'entrata in vigore del Regolamento "procedura", le sovvenzioni in esame erano state concesse precedentemente. Trattandosi di definizioni a carattere "innovativo" rispetto alla pregressa giurisprudenza, il Tribunale avrebbe ritenuto inapplicabile il principio *tempus regit actum* che altrimenti, come noto, governa l'applicabilità delle norme procedurali, evidentemente sul presupposto che le nuove tipizzazioni avessero natura sostanziale²⁸.

A prescindere dalla bontà della ricostruzione interpretativa testé prospettata, occorre evidenziare che il rinvio pregiudiziale operato dalla Corte di cassazione pare fondarsi su di un erroneo presupposto, per cui né la giurisprudenza *Alzetta*, né la definizione contenuta nel Regolamento appaiono in realtà rilevanti nel caso di specie, come evidenziato dall'Avvocato Generale Wahl nelle proprie conclusioni²⁹. La disposizione e la giurisprudenza invocate riguardano infatti le conseguenze di una liberalizzazione attuata nel mercato interno, che, aprendo alla concorrenza settori prima esclusi, renda rilevanti ai sensi dell'art. 107 TFUE misure previamente escluse dal suo ambito di applicazione. Il caso di specie, al contrario, concerne fatti di molto antecedenti alla liberalizzazione, circostanza che già la Corte d'appello aveva ritenuto essere ininfluenza rispetto alla idoneità delle sovvenzioni ad incidere su concorrenza e scambi tra Stati membri. In altri termini, il giudice *a quo* interroga la Corte di giustizia sulla situazione giuridica successiva alla liberalizzazione del trasporto marittimo intervenuta nel 1999 mentre i fatti di causa si collocano negli anni 1976-1980.

L'erronea premessa del giudice del rinvio – rilevata anche dall'Avvocato Generale al punto 60 delle proprie conclusioni – è evidenziata al punto 53 dell'ordinanza di rinvio dove viene proposto un *test* in tre fasi per analizzare gli aiuti di Stato di fronte ai giudici nazionali, che imporrebbe di valutare: «(...) a) se il provvedimento controverso costituisca un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 87 [107], par. 1, del Trattato (ossia se esso procuri

²⁸ Tale interpretazione sembrerebbe avvalorata dalla sentenza della Corte di giustizia del 29 aprile 2004 in causa n. C-298/00 P, *Repubblica italiana c. Commissione*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 4087, EU:C:2004:240, resa in grado di appello rispetto alla citata sentenza *Alzetta* del Tribunale. Al punto 89 della motivazione, la Corte di giustizia, pur analizzando sotto un diverso profilo la categoria degli *aiuti esistenti*, afferma espressamente l'inapplicabilità del Regolamento (Ce) n. 659/1999 a fatti antecedenti la sua entrata in vigore.

²⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Wahl dell'11 settembre 2018 in causa n. C-387/17, *Presidenza del Consiglio dei Ministri c. Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, EU:C:2018:712, punto 76.

al suo beneficiario o ai suoi beneficiari un vantaggio mediante risorse pubbliche); b) se il detto aiuto di Stato rientri nella categoria degli aiuti vietati dall'art. 87 [107], par. 1, del Trattato (cioè, se esso sia idoneo a falsare la concorrenza e se possa incidere sugli scambi fra gli Stati membri); c) se, infine, il detto aiuto rientri nella procedura di controllo di cui all'art. 88 [108], par. 3, del Trattato e, quindi, se si tratti di nuovo aiuto (che è assoggettato a tale procedura) e non di un aiuto esistente (che vi si sottrae)». Contrariamente a quanto prospettato nell'ordinanza di rinvio, la qualificazione di una misura come aiuto di Stato richiede che siano soddisfatti tutti i presupposti contenuti al primo paragrafo dell'art. 107 TFUE ed è dunque erroneo ritenere sufficiente che la misura «procuri al suo beneficiario o ai suoi beneficiari un vantaggio mediante risorse pubbliche»: una misura statale è un aiuto di Stato solo se, oltre ad avere un'origine statale e conferire un vantaggio selettivo, è idonea ad incidere su concorrenza e flussi commerciali tra Stati membri. In mancanza di tali presupposti, non può parlarsi di un aiuto di Stato, come invece sembra implicare il *test* utilizzato nell'ordinanza di rinvio al punto *a*.

La domanda pregiudiziale proposta dal giudice *a quo*, dunque, nonostante sia formalmente diretta a comporre il contrasto tra la giurisprudenza *Alzetta* e le definizioni contenute nel Regolamento (Ce) n. 659/1999, sembra in realtà avere ad oggetto i criteri di analisi della nozione di aiuto di Stato, previsti al primo paragrafo dell'art. 107 TFUE. In particolare, il rinvio pregiudiziale sollevato dalla Corte di cassazione pare diretto ad accertare se la Corte d'appello abbia correttamente analizzato gli effetti sul mercato delle sovvenzioni in esame negli anni 1976-1980, ritenendo irrilevante il fatto che la liberalizzazione fosse intervenuta solo successivamente. La Corte di giustizia implicitamente rileva l'erroneo presupposto del rinvio pregiudiziale e reinterpreta la domanda del giudice *a quo*, affermando che «le sovvenzioni concesse a un'impresa prima della liberalizzazione del mercato come quelle di cui trattasi nel procedimento principale, non possono essere qualificate come aiuti esistenti per il solo fatto che, al momento della loro concessione, tale mercato non era formalmente liberalizzato sempre che tali sovvenzioni fossero idonee ad incidere sugli scambi tra Stati membri e falsassero o minacciassero di falsare la concorrenza, ciò che spetta al giudice del rinvio verificare»³⁰. In tal modo la Corte di giustizia conferma il giudizio formulato dalla Corte d'appello e suggerisce alla Cassazione di tralasciare le considerazioni legate alla successiva liberalizzazione, invitandola ad adottare un'analisi sostanziale e non formale della nozione di aiuto di Stato: laddove la misura fosse nei fatti già idonea a pro-

³⁰ Sentenza *Traghetti del Mediterraneo* *ter, cit. supra*, nota 3, punto 45.

durre effetti oltre i confini nazionali prima della liberalizzazione ed indipendentemente da essa la categoria di *aiuti esistenti* non può venire in rilievo.

L'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia, benché indubbiamente più utile per il giudice *a quo* rispetto a quella richiesta, lascia tuttavia irrisolta la questione relativa al contrasto tra la giurisprudenza *Alzetta* e la definizione contenuta nel Regolamento (Ce) n. 659/1999, riportata anche nel vigente Regolamento (Ue) n. 2015/1589; più in generale, rimane dubbia l'applicabilità delle definizioni "innovative" contenute nel Regolamento a fatti anteriori alla sua entrata in vigore. La sentenza, accanto alla statuizione relativa all'irrilevanza dell'intervenuta liberalizzazione, avrebbe ben potuto affrontare in termini più ampi ed espliciti il tema dell'applicazione *ratione temporis* del Regolamento a fatti pregressi, seguendo peraltro la linea argomentativa proposta dall'Avvocato Generale³¹. Se la Corte avesse espressamente limitato l'applicabilità del Regolamento "procedura" ai soli fatti successivi alla sua entrata in vigore avrebbe potuto guidare il giudice *a quo* verso la corretta risoluzione del caso di specie ed al contempo risolvere il perdurante conflitto tra giurisprudenza *Alzetta* e Regolamento, affermando in modo inequivoco l'irretroattività del Regolamento nella parte in cui ha introdotto fattispecie di *aiuti esistenti* prima non previste.

4. L'autonomia delle categorie di aiuti nuovi ed esistenti di fronte ai giudici nazionali

La risposta offerta alla seconda questione pregiudiziale sancisce, seppure implicitamente, l'autonomia concettuale dell'impianto definitorio valevole nei procedimenti di fronte ai giudici nazionali rispetto a quanto previsto nel Regolamento "procedura". La domanda formulata dal giudice del rinvio riguarda, in particolare, l'applicabilità al caso in esame della definizione di *aiuti esistenti* contenuta all'art. 1, lett. *b.*, *iv.* del citato Regolamento (Ce) n. 659/1999 nonché della rilevanza dei principi di legittimo affidamento e della certezza del diritto. I tre profili evocati, benché sostanzialmente eterogenei, mirano ad accertare se la mancata attivazione della procedura di indagine da parte della Commissione in relazione alle sovvenzioni controverse possa ripercuotersi anche nei procedimenti per il risarcimento del danno intentati dai privati contro lo Stato membro.

L'art. 1, lett. *b.*, *iv.* del Regolamento, come sopra evidenziato, qualifica come *aiuti esistenti* le misure rispetto alle quali, ai sensi dell'art. 15 del medesimo Regolamento, sia maturata la prescrizione del potere della

³¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Wahl dell'11 settembre 2018, *cit. supra*, nota 29, punto 54.

Commissione di ordinare il recupero dell'aiuto illegalmente concesso. Trascorsi dieci anni dall'implementazione della misura senza atti interruttivi della prescrizione, il regime vigente per gli aiuti non recuperati è dunque assimilato a quello degli *aiuti esistenti*. Tramite il rinvio pregiudiziale la Cassazione intende sapere se l'intervenuta prescrizione dell'azione di recupero della Commissione possa operare come sanatoria *ex tunc* anche nei confronti dei concorrenti lesi dall'illegittimo comportamento statale.

La questione interpretativa proposta dal giudice *a quo* trova evidentemente causa nell'ambiguità definitoria del Regolamento cui sopra si è fatto cenno nonché nel richiamo che la citata *Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato di fronte ai giudici nazionali* fa alle definizioni contenute nel Regolamento citato³². A ben vedere, tuttavia, gli stessi principi che informano il *private enforcement* in materia di aiuti di Stato e gli esiti paradossali ed iniqui che l'applicazione delle definizioni contenute nel Regolamento avrebbe prodotto nel caso di specie hanno reso obbligata la scelta – nel senso dell'inapplicabilità – operata dalla Corte di giustizia.

Occorre infatti ribadire – come fatto dalla Corte e dall'Avvocato Generale – i principi che informano il ruolo dei giudici nazionali nell'ambito del *private enforcement* della disciplina degli aiuti di Stato: ad essi spetta il compito di tutelare in modo efficace e celere i concorrenti dai danni derivanti dalla dazione di aiuti illegittimi, senza dover attendere i risultati della complessa valutazione sulla compatibilità della misura, demandata esclusivamente alla Commissione europea³³. Il ruolo di quest'ultima e dei giudici nazionali si pone dunque su piani diversi ed autonomi, per quanto complementari³⁴. L'autonomia tra le due procedure è tale per cui, come affermato nella sentenza *Transalpine Ölleitung*³⁵, la dazione di aiuto illegale – ossia concesso in assenza di notifica – obbliga comunque lo Stato al risarcimento del danno cagionato ai concorrenti, anche se tale aiuto sia stato

³² V. *supra*, nota 24.

³³ Sentenza della Corte di giustizia del 21 novembre 1991 in causa n. C-354/90, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon c. Repubblica francese*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 5505, EU:C:1991:440, punto 14, in questa *Rivista*, 1995, p. 69, con commento di A. ADOTTI, *Il valore procedurale dell'art. 93.3 del Trattato Ce in materia di aiuti statali alle imprese nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, 1995, p. 7.

³⁴ V. sul punto, *Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali*, *cit. supra*, nota 14, punto 19 ss. e giurisprudenza *ivi* citata.

³⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2006 in causa n. C-368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich GmbH e a. c. Finanzlandesdirektion für Tirol e a.*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 9957, EU:C:2006:644, punto 54 ss.; v. sul caso K. RETTER - H. BIELESZ, *Review of judgement in Transalpine Ölleitung in Österreich GmbH and Other, Case C-368/04*, in *European State aid law Quarterly*, 1, 2007, p. 129.

poi dichiarato compatibile con il mercato interno a seguito dell'apertura dell'indagine formale da parte della Commissione.

Alla luce di tali premesse, la Corte afferma che la definizione contenuta all'art. 1, *b.*, *iv.* del Regolamento (Ce) n. 659/99 va limitata alla procedura seguita dalla Commissione ed il mancato esercizio dell'attività di indagine non può operare con effetto sanante e retroattivo anche nelle azioni per il risarcimento del danno intentate dai privati contro lo Stato. Ciò avrebbe infatti il paradossale effetto di privare di effetto utile l'obbligo di notifica di cui al terzo comma dell'art. 108 TFUE e di pregiudicare ingiustamente i privati, incolpevoli rispetto all'inerzia della Commissione³⁶.

Benché la decisione della Corte appaia coerente con i principi vigenti in tema di *private enforcement*, e più in generale giustificata alla luce del principio di effettività della tutela concessa ai soggetti danneggiati, occorre sottolineare come essa determini la presenza di due nozioni di *aiuti esistenti*, una per il *public* e l'altra per il *private enforcement*, destinate a svilupparsi autonomamente nella successiva giurisprudenza delle corti europee e nazionali. Appare allora evidente il pericolo che ciò pone per la coerenza applicativa della nozione di aiuto di Stato, che secondo risalente e consolidata giurisprudenza ha natura oggettiva³⁷. Alla luce di ciò ci si domanda se non sarebbe più semplice – e corretto da un punto di vista sistematico – adottare una definizione legislativa di *aiuti esistenti* "minima" valevole per entrambe le procedure. A ciò dovrebbe accompagnarsi, parimenti *de iure condendo*, la ricollocazione della disciplina dei poteri della Commissione in una sede autonoma rispetto all'impianto definitorio, che potrebbe così identificare la nozione di aiuto in modo univoco e quindi veramente oggettivo.

Esaminata la prima parte della seconda questione pregiudiziale, la Corte si concentra sui principi di legittimo affidamento e della certezza del diritto, concludendo per l'irrelevanza degli stessi. Tali profili vengono esaminati molto velocemente e risulta arduo comprendere in che senso questi siano stati invocati come limite al risarcimento del danno nel caso di specie. A tal proposito lo stesso Avvocato Generale rileva ironicamente «l'audace inventiva» delle autorità italiane dimostrata nel procedimento per sottrarsi al pagamento del risarcimento dovuto³⁸. Quanto al legittimo affidamento, la Corte ricorda come, in base alla propria consolidata giuri-

³⁶ Sentenza *Traghetti del Mediterraneo* *ter*, *cit. supra*, nota 3, punti 61-67.

³⁷ *Ex multis*, sentenza della Corte di giustizia del 2 luglio 1974 in causa n. 173/73, *Italia c. Commissione*, in *Raccolta*, 1974, p. 709, EU:C:1974:71, punti 26-27; sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2008 in causa n. C-487/06 P, *British Aggregates Association c. Commissione delle Comunità europee e Regno Unito*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 10515, EU:C:2008:757, punti 87 ss.

³⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale Wahl, *cit. supra*, nota 29, punti 2 e 33.

sprudenza, il soggetto che abbia compiuto atti in violazione della legge non possa giovare di tale principio, che serve anzi proprio a tutelare i privati da comportamenti statali lesivi di prerogative ormai acquisite. Ciò è vero, a maggior ragione, nell'ipotesi nella quale esso sia invocato per paralizzare la pretesa della parte lesa dal comportamento statale asseritamente illegittimo³⁹.

Per quanto concerne il principio di certezza del diritto, invece, occorre rammentare che le azioni per il risarcimento del danno in materia di aiuti di Stato sono una *species* all'interno della più ampia categoria della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, istituito creato a partire dalla sentenza *Francovich*⁴⁰. Come noto, tali azioni sono proposte di fronte alle corti nazionali e regolate in conformità al principio di *autonomia procedurale* per cui, benché i presupposti sostanziali della responsabilità siano dettati dal diritto europeo – la nota nozione di *violazione sufficientemente caratterizzata* sancita nel caso *Brasserie du Pêcheur*⁴¹ – la procedura applicabile è quella prevista a livello nazionale, limitatamente censurabile avuti riguardo ai profili di effettività ed equivalenza.

Alla luce di ciò, la Corte afferma che il principio di certezza del diritto nei procedimenti di fronte ai giudici nazionali deve essere valutato alla luce degli istituti previsti dal diritto interno e segnatamente in base alla disciplina della prescrizione. Troverà dunque applicazione il termine di prescrizione previsto nell'ordinamento italiano⁴², non censurabile né rispetto

³⁹ Sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, cit. *supra*, nota 3, punti 68-70.

⁴⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 19 novembre 1991 in cause riunite da n. C-6/90 a n. C-9/90, *Andrea Francovich c. Repubblica italiana.*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 5357, EU:C:1995:372, punto 31 ss., in questa *Rivista*, 1992, p. 81, con nota di F. CAPELLI, Un «pungolo» per i paesi inadempienti, 1992, p. 91 s. V. sul caso A. CAIOLA, *Una sentenza controversa in tema di rapporti fra diritto interno ed ordinamento comunitario con riferimento ai diritti fondamentali*, in questa *Rivista*, 1992, p. 119; M. CARTABIA, *Omissioni del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni. (A proposito della sentenza "Francovich" della Corte di giustizia delle Comunità europee)*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 505; i contributi di D. RUIZ-JARABO COLOMER, A. BIONDI - J. BAQUERO CRUZ E R. VAN DEN BERGH, in M. POIARES MADURO - L. AZOULAI (a cura di), *The Past and Future of EU Law: the Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart Publishing, 2010, p. 405.

⁴¹ Sentenza della Corte di giustizia del 5 marzo 1996 in cause riunite da n. C-46/93 a n. C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e altri*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1029, ECLI:EU:C:1996:79, punto 51, massimata in questa *Rivista*, 1997, p. 51 con commento di F. CAPELLI, *L'obbligo degli Stati a risarcire i danni per violazione delle norme comunitarie*, p. 52. V. sul caso, L. TRIFONE, *La responsabilità degli Stati in diritto comunitario: le sentenze nelle cause "Brasserie du Pêcheur", "Factortame III" e "Hedley Lomas"*, in questa *Rivista*, 1997, p. 63; G. CATALANO, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario: atto secondo*, in *Foro it.*, 1996, IV, c. 321.

⁴² Tale termine, come noto, è determinato dalla natura della responsabilità contrattuale o extracontrattuale dedotta in giudizio. Perciò, se verrà data continuità all'orientamento più sopra menzionato – v. *supra*, nota 10 – la prescrizione avrà una durata decennale ai sensi dell'art. 2946 c.c.; viceversa, nel caso in cui la responsabilità fosse ritenuta extracontrattuale al senso dell'art. 2043 c.c., la prescrizione maturerà dopo soli cinque anni ai sensi dell'art. 2947 c.c.

al principio di effettività, né rispetto a quello di equivalenza. Infine, la Corte rileva come il principio di certezza del diritto sarebbe violato proprio da una applicazione analogica del termine fissato all'art. 15 del Regolamento (Ce) n. 659/1999 nei procedimenti di *private enforcement*⁴³.

In conclusione, la risposta alla seconda questione pregiudiziale posta dal giudice *a quo* permette alla Corte di evidenziare come la differente funzione svolta dai giudici nazionali e dalla Commissione europea – rispettivamente preposti alla tutela dei singoli e del mercato interno – non possa che tradursi anche sull'impianto definitorio e procedurale, impedendo l'automatica applicazione delle disposizioni dell'art. 1 del Regolamento (Ce) n. 659/1999 nei procedimenti nazionali, che rimangono soggetti alle regole di procedura domestiche.

5. Conclusioni

La sentenza *Traghetti del Mediterraneo ter* incide profondamente sull'impianto definitorio della disciplina degli aiuti di Stato, parzialmente rimediando alla criticabile tipizzazione attuata nel Regolamento (Ce) n. 659/1999. Benché ciò non sia stato sancito in termini generali, pare potersi affermare che le definizioni di aiuti *esistenti* a carattere "innovativo" contenute nel Regolamento hanno effetto limitatamente al ruolo di *public enforcement* della Commissione europea.

La questione della corretta delimitazione della nozione di *aiuti esistenti* rappresenta una problematica irrisolta. Rimane, in particolare, controverso se le misure nazionali già in vigore che acquistano natura di aiuti di Stato solo a seguito di una liberalizzazione operata *de iure* dal diritto comunitario vadano qualificate come *aiuti esistenti* (in base alla giurisprudenza *Alzetta*) oppure come *aiuti nuovi* soggetti all'obbligo di notifica (in base all'art. 1, lett. b., v.) del Regolamento (Ce) n. 659/1999). Inoltre, la scelta della Corte di sancire l'autonomia delle nozioni valevoli nel *public* e nel *private enforcement* del controllo sugli aiuti di Stato, per quanto necessitata sulla base dei principi vigenti, non è priva di conseguenze per quanto concerne coerenza applicativa e certezza del diritto. Alla luce di ciò pare auspicabile una riforma del Regolamento "procedura", che preveda un impianto definitorio realmente oggettivo ed utilizzabile in entrambi i procedimenti.

Rosario Federico*

⁴³ Sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, cit. *supra*, nota 3, punti 71-74.

* Dottorando di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università di Bologna - Alma Mater Studiorum

SINTESI

La Corte di giustizia ha analizzato le categorie «*aiuti nuovi*» ed «*aiuti esistenti*» in relazione al *private enforcement* della normativa sugli aiuti di Stato, riconoscendone l'autonomia concettuale rispetto alle tipizzazioni previste nel Regolamento c.d. «procedura», relativo al *public enforcement* della Commissione europea. Benché tale decisione appaia coerente con i principi vigenti in tema di *private enforcement*, e più in generale giustificata alla luce del principio di effettività della tutela concessa ai soggetti danneggiati, occorre sottolineare come essa determini la presenza di due nozioni di *aiuti esistenti*, una per il *public* e l'altra per il *private enforcement*, destinate a svilupparsi autonomamente nella successiva giurisprudenza delle corti europee e nazionali. Appare allora evidente il pericolo che ciò pone per la coerenza applicativa della nozione di aiuto di Stato, che secondo risalente e consolidata giurisprudenza, ha natura oggettiva. Alla luce di ciò ci si domanda se non sarebbe più semplice – e corretto da un punto di vista sistematico – adottare una definizione legislativa di *aiuti esistenti* "minima" valevole per entrambe le procedure. A ciò dovrebbe accompagnarsi, parimenti *de iure condendo*, la ricollocazione della disciplina dei poteri della Commissione in una sede autonoma rispetto all'impianto definitorio, che potrebbe così identificare la nozione di aiuto in modo univoco e quindi veramente oggettivo.

ABSTRACT

The Court of Justice of the European Union examined the categories of «new aid» and «existing aid» in relation to the private enforcement of State aid control and established their autonomy from the definitions contained in the «procedural» Regulation, which defines the powers of the Commission in the public enforcement of State aid rules. Although the ruling under examination is coherent with the established principles of State aid control private enforcement, and more generally with the principle of effective legal protection, it determines the presence of two distinct notions of «existing aid», one for the public and the other for the private enforcement of State aid rules. The two notions will develop separately in the future case law of European and national courts, giving rise to possible inconsistencies in the interpretation of the «notion of aid». In light of this, it is argued that it would be easier – and systemically more correct – to amend the Regulation and adopt a «minimal» definition of «existing aid», applicable to both procedures. Moreover, the proposed legal adjustment should be paired with the addition of autonomous provisions to regulate the powers of the Commission in the public enforcement procedure. In this way, the definitional framework could identify the "notion of aid" unambiguously, and thus objectively.

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

DIRITTO ALLE PRESTAZIONI FAMILIARI PER I FIGLI RESIDENTI IN UNO STATO MEMBRO DIVERSO DA QUELLO IN CUI IL GENITORE RISIEDA E NEL QUALE HA CESSATO DI SVOLGERE UN'ATTIVITÀ LAVORATIVA SUBORDINATA

Corte di giustizia

Sentenza del 7 febbraio 2019 in causa n. C-322/17

Eugen Bogatu c. Minister for Social Protection

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Previdenza sociale - Art. 67 Regolamento (Ce) n. 883/2004 - Domanda di prestazioni familiari presentata da una persona che ha cessato di esercitare un'attività professionale subordinata nello Stato membro competente ma che continua a risiedervi - Diritto a prestazioni familiari per i familiari residenti in un altro Stato membro - Requisiti di ammissibilità - Status di lavoratore subordinato non richiesto.

Il Regolamento (Ce) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, e in particolare il suo art. 67, letto in combinato disposto con l'art. 11, par. 2, dello stesso, dev'essere interpretato nel senso che, in una situazione come quella di cui trattasi nel procedimento principale, l'ammissibilità di una persona a prestazioni familiari nello Stato membro competente

* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

*non richiede che tale persona eserciti un'attività professionale subordinata in tale Stato membro né che quest'ultimo le versi una prestazione in denaro a motivo o in conseguenza di tale attività*¹.

¹ La questione pregiudiziale sollevata dalla High Court irlandese sull'interpretazione del Regolamento (Ce) n. 883/2004 sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale (in *Gu- Ue* n. L 166 del 2004, p. 1) è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, il signor Eugen Bogatu e, dall'altro lato, il Ministro della Protezione sociale irlandese per aver quest'ultimo rifiutato di versare al ricorrente le prestazioni familiari per un determinato periodo di tempo. Nel corso degli anni 2003 e 2009 il signor Bogatu, cittadino rumeno, ha esercitato un'attività professionale subordinata in Irlanda e ha percepito, in seguito alla cessazione del rapporto di lavoro nel 2009 una prestazione di disoccupazione a carattere contributivo, per il biennio 2009-2010, a carattere non contributivo per gli anni 2010-2013 e, infine, un'indennità di malattia per il biennio 2013-2015. La domanda di prestazioni familiari (per i figli residenti in Romania) non è stata accolta per il periodo 2010-2013 sulla base del fatto che, per tale periodo, il richiedente non svolgeva un'attività professionale in Irlanda o non vi percepiva una prestazione a carattere contributivo.

L'Alta Corte irlandese alla quale il ricorrente si è rivolto ha chiesto alla Corte di giustizia di chiarire se per usufruire delle prestazioni familiari nello Stato membro competente sia necessario che il soggetto eserciti un'attività professionale subordinata in tale Stato membro o che quest'ultimo gli versi una prestazione in denaro connessa a tale attività.

In considerazione della situazione del ricorrente, la Corte ha precisato come l'art. 67 del Regolamento (Ce) n. 883/2004 preveda che una persona abbia diritto alle prestazioni familiari ai sensi della legislazione dello Stato membro competente, anche per i familiari che risiedono in un altro Stato membro. A parere della Corte, per usufruire del diritto di cui si discute, non viene richiesto che il soggetto disponga dello *status* di lavoratore subordinato e, pertanto, non viene richiesto che una determinata persona eserciti un'attività professionale subordinata nello Stato membro competente per poter beneficiare in tale Stato delle prestazioni familiari.

LA CORTE DI GIUSTIZIA HA ANNULLATO LA SENTENZA DEL TRIBUNALE CHE AVEVA RIFIUTATO LA REGISTRAZIONE DELL'INIZIATIVA DEI CITTADINI EUROPEI (ICE) VOLTA A MIGLIORARE LA SITUAZIONE DELLE REGIONI A MINORANZA NAZIONALE

Corte di giustizia

Sentenza del 7 marzo 2019 in causa n. C-420/16 P

Balázs-Árpád Izsák, residente in Târgu Mureș (Romania), Attila Dabis, residente in Budapest (Ungheria) c. Commissione europea

Art. 56 Statuto della Corte di giustizia - Impugnazione - Diritto delle istituzioni - Iniziativa dei cittadini europei (ICE) - «Cohesion policy for the equality of the regions and sustainability of the regional cultures» -

«Politica di coesione per l'uguaglianza delle regioni e la preservazione delle culture regionali» - Registrazione della proposta di iniziativa dei cittadini - Facile accesso all'ICE - Condizione di registrazione ex art. 4, par. 2, lett. B., del Regolamento (Ue) n. 211/2011 - Condizione che la proposta non esuli manifestamente dalla competenza della Commissione europea a presentare una proposta di atto legislativo ai fini dell'applicazione dei trattati - Regioni a minoranza nazionale - Situazione di svantaggio - Onere della prova - Coesione economica, sociale e territoriale - Art. 174 TFUE - Domanda di registrazione - Rifiuto della Commissione - Errore di diritto - Annullamento.

(...) quando è investita di una domanda di registrazione di una proposta di ICE (Iniziativa dei Cittadini Europei), la Commissione non è chiamata a verificare, in tale fase, se la prova di tutti gli elementi di fatto invocati sia fornita né se la motivazione sottesa alla proposta e alle misure proposte sia sufficiente. Essa deve limitarsi a esaminare, ai fini della valutazione dell'osservanza della condizione di registrazione di cui all'art. 4, par. 2, lett. b), del Regolamento n. 211/2011, se, da un punto di vista oggettivo, siffatte misure, previste in astratto, possano essere adottate sul fondamento dei Trattati¹.

Ne consegue che, avendo considerato che i ricorrenti erano tenuti a dimostrare la sussistenza, nel caso di specie, delle condizioni per l'adozione dell'atto proposto sul fondamento degli artt. 174, 176, 177 e 178 TFUE, il Tribunale, come rilevato, in sostanza, dall'Avvocato Generale ai paragrafi da 35 a 38 e da 57 a 61 delle sue conclusioni, ha interpretato erroneamente la condizione di registrazione di cui all'art. 4, par. 2, lett. b., del Regolamento n. 211/2011 e la ripartizione dei compiti tra gli organizzatori di un'ICE e la Commissione nell'ambito della corrispondente procedura di registrazione².

La sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 10 maggio 2016, Izsák e Dabis c. Commissione (n. T-529/13, EU:T:2016:282), è annullata³.

La decisione C (2013) 4975 final della Commissione, del 25 luglio 2013, relativa alla domanda di registrazione dell'iniziativa dei cittadini europei «Politica di coesione per l'uguaglianza delle regioni e la preservazione delle culture regionali», è annullata⁴.

¹⁻⁴ Come è noto, l'istituto dell'iniziativa dei cittadini europei (ICE) è riconosciuta nell'art. 11, par. 4, TUE ed è disciplinata dettagliatamente nel Regolamento (Ue) n. 211/2011 (in *Gu-Ue* n. L 65 del 2011, p. 1) successivamente modificato e integrato da Regolamenti di esecuzione e delegati, cfr. sull'argomento, A. SANTINI, *Il regolamento sull'iniziativa dei cittadini: verso l'attuazione di uno strumento di democrazia partecipativa dei cittadini*, in N. PARISI, (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p. 659 e A. SANTINI, *L'iniziativa dei cittadini europei. Quale contributo alla legittimità*

democratica dell'Unione?, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019). Il Regolamento prevede che ogni cittadino ha il diritto di partecipare alla vita democratica dell'Unione mediante l'iniziativa dei cittadini europei. Tale procedura offre la possibilità ai cittadini di rivolgersi direttamente alla Commissione sottoponendole una richiesta e invitandola a presentare una proposta di un atto legislativo dell'Unione, ai fini dell'applicazione dei Trattati. Le procedure e le condizioni necessarie per l'iniziativa dei cittadini devono essere chiare, comprensibili, di facile applicazione e proporzionate alla natura dell'iniziativa, in modo da incoraggiare la partecipazione dei cittadini e rendere l'Unione più accessibile. È obbligatorio registrare tali iniziative in un sito internet messo a disposizione dalla Commissione prima di raccogliere le firme necessarie.

Nella causa in esame, i signori Balázs-Árpád Izsák e Attila Dabis hanno chiesto l'annullamento della sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 10 maggio 2016, *Izsák e Dabis c. Commissione* (in causa n. T-529/13, EU:T:2016:282), con la quale quest'ultimo aveva respinto il loro ricorso inteso all'annullamento della decisione C (2013) 4975 final della Commissione del 25 luglio 2013, relativa alla domanda di registrazione dell'iniziativa dei cittadini europei «Politica di coesione per l'uguaglianza delle regioni e la preservazione delle culture regionali», presentata alla Commissione europea il 18 giugno 2013.

L'iniziativa presentata si basava sul fatto che la politica di coesione disciplinata dagli articoli da 174 a 178 TFUE avrebbe dovuto contribuire alla salvaguardia delle specifiche caratteristiche etniche, culturali, religiose o linguistiche delle regioni a minoranza nazionale, minacciate dall'integrazione economica europea, nonché alla correzione di svantaggi e discriminazioni incidenti sullo sviluppo economico di tali regioni. Con l'atto proposto si chiedeva di concedere alle regioni a minoranza nazionale una possibilità di accesso ai fondi, alle risorse e ai programmi della politica di coesione dell'Unione pari a quella delle altre regioni.

Dunque, la questione centrale sollevata da tale impugnazione ha riguardato l'interpretazione del motivo in base al quale il Tribunale ha confermato la decisione della Commissione di rifiutare la registrazione della proposta ICE, perché esulava «manifestamente dalla competenza della Commissione di presentare una proposta di atto legislativo dell'Unione ai fini dell'applicazione dei trattati», ai sensi dell'art. 4, par. 2, lett. b., del Regolamento (Ue) n. 211/2011.

Con la propria decisione la Commissione ha rifiutato di registrare la proposta ICE e i ricorrenti hanno, perciò, adito il Tribunale dell'Unione europea che ha respinto il ricorso (cfr. sentenza del 10 maggio 2016 in causa n. T-529/13) motivando sul fatto che i ricorrenti non avevano dimostrato l'esistenza di un'effettiva minaccia e di uno svantaggio per le regioni a minoranza nazionale.

I ricorrenti hanno, in sostanza, contestato alla Commissione di aver erroneamente considerato che gli articoli da 174 a 178 concernenti la politica di coesione dell'Unione non potessero costituire una base giuridica per l'adozione dell'atto proposto.

La Corte, in fase di appello, ha sottolineato come la decisione relativa alla registrazione di una proposta ICE, ai sensi dell'art. 4 del Regolamento, debba essere adottata in conformità al principio di buona amministrazione (cfr. sentenza del 12 settembre 2017 in causa n. C-589/15 P, *Anagnostakis c. Commissione*, EU:C:2017:663) e come debba essere assicurato un facile accesso all'ICE da parte dei cittadini europei.

Il Tribunale, nella propria sentenza, aveva rilevato che i ricorrenti non avevano sufficientemente motivato le loro affermazioni. A parere della Corte di giustizia, il Tribunale sarebbe invece incorso in un errore di diritto in quanto la Commissione, quando viene investita di una domanda di registrazione di una proposta ICE, non deve verificare se sia fornita la prova di tutti gli elementi di fatto e neppure la sufficienza delle motivazioni sottese alla proposta presentata. La Commissione deve soltanto verificare se da un punto di vista oggettivo le misure proposte possono essere adottate sul fondamento dei trattati. Ne consegue, perciò, che il Tribunale ha interpretato erroneamente la condizione di registrazione di cui all'art. 4, par. 2, lett. b. del Regolamento (Ue) n. 211/2011 (nello stesso senso le conclusioni dell'Avvocato Generale Mengozzi): la sentenza del Tribunale, unitamente alla decisione impugnata sono state, pertanto, annullate.

Infine, la Corte ha concluso precisando che il Tribunale ha ben interpretato la nozione di «regione interessata» ai sensi dell'art. 174 TFUE in quanto le caratteristiche etniche, culturali, religiose o linguistiche delle regioni a minoranza nazionale non costituiscono sempre, per lo sviluppo economico, uno svantaggio rispetto alle regioni circostanti.

LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA SULLA PERDITA DELLA CITTADINANZA DELL'UNIONE EUROPEA

Corte di giustizia

Sentenza del 12 marzo 2019 in causa n. C-221/17

M.G. Tjebbes, G.J.M. Koopman, E. Saleh Abady, L. Duboux c. Minister van Buitenlandse Zaken

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Cittadinanza dell'Unione europea - Art. 20 TFUE - Artt. 7 e 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - Cittadinanze di uno Stato membro e di uno Stato terzo - Perdita *ipso iure* della cittadinanza di uno Stato membro e della cittadinanza dell'Unione - Conseguenze - Verifica da parte degli organi giurisdizionali - Rispetto del principio di proporzionalità sulle conseguenze di tale perdita ai sensi del diritto dell'Unione.

L'art. 20 TFUE, letto alla luce degli artt. 7 e 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa di uno Stato membro, come quella di cui al procedimento principale, che prevede, a determinate condizioni, la perdita ipso iure della cittadinanza di tale Stato membro comportando, nel caso di persone che non sono in possesso anche della cittadinanza di un altro Stato membro, la perdita del loro status di cittadino dell'Unione europea e dei diritti ad esso correlati, a condizione che le autorità nazionali competenti, inclusi, se del caso, gli organi giurisdizionali nazionali, possano esaminare, in via incidentale, le conseguenze di tale perdita della cittadinanza e, eventualmente, far riacquistare ex tunc la cittadinanza agli interessati, in occasione della domanda, da parte dei medesimi, di un documento di viaggio o di qualsiasi altro documento comprovante la loro cittadinanza. Nell'ambito di siffatto esame, tali autorità e organi giurisdizionali devono verificare se la perdita della cittadinanza dello Stato membro interessato, che comporta quella dello status di cittadino dell'Unione, rispetti il principio di proporzionalità con riferimento alle conseguenze che essa determina sulla situazione di ogni interessato e, se del caso, dei suoi familiari, sotto il profilo del diritto dell'Unione¹.

¹ La questione pregiudiziale, proposta dal Consiglio di Stato olandese sull'interpretazione degli artt. 20 e 21 TFUE nonché dell'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (v. il testo consolidato in *Gu-Ue* n. C 202 del 7 giugno 2016, p. 389 ss.) è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, le ricorrenti, le signore Tjebbes, Koopman, Saleh Abady e Duboux e, dall'altro lato, il Mini-

stro degli Affari esteri dei Paesi Bassi per il rifiuto di quest'ultimo di esaminare le loro domande per il rilascio di un passaporto nazionale.

La legge sulla cittadinanza olandese prevede che un maggiorenne perda la cittadinanza olandese se possiede anche una cittadinanza straniera e, durante la sua maggiore età, ha avuto la propria residenza principale fuori dai Paesi Bassi e dai territori a cui è applicabile il TUE per un periodo ininterrotto di dieci anni. La normativa prevede, altresì, che un minore perda la cittadinanza olandese se il padre o la madre perdono la cittadinanza olandese. Infine, la medesima normativa prevede che il termine di dieci anni si interrompa se l'interessato ha avuto la sua residenza principale nei Paesi Bassi, o nell'UE per un periodo di almeno un anno. Si ha l'interruzione del termine anche se l'interessato richiede il rilascio di una dichiarazione sul possesso della cittadinanza olandese oppure di un documento di viaggio (passaporto) o di una carta d'identità dei Paesi Bassi, ai sensi della legge olandese sui passaporti. Dal giorno del rilascio di uno di questi documenti inizia a decorrere un nuovo termine di dieci anni.

Il giudice del rinvio si è interrogato sul margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati membri nel fissare le cause di perdita della cittadinanza sottolineando come la Corte abbia già esaminato tale questione – seppure in un contesto giuridico e fattuale diverso – nella sentenza del 2 marzo 2010 in causa n. C-135/08, *Rottmann*, EU:C:2010:104, annotata in questa *Rivista*, 2010, p. 2910.

La Corte di giustizia, investita della questione, ha dovuto chiarire se gli artt. 20 TFUE e 21 TFUE e 7 della Carta dei diritti fondamentali, contrastino con la normativa olandese che prevede la perdita *ipso iure* della cittadinanza di tale Stato membro la quale comporta, nei confronti di persone che non possiedono anche la cittadinanza di un altro Stato membro, la perdita del loro *status* di cittadino dell'Unione e dei diritti ad esso connessi.

L'art. 20 TFUE conferisce a chiunque possieda la cittadinanza di uno Stato membro lo *status* di cittadino dell'Unione, il quale è destinato ad essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri (cfr. sul ricongiungimento familiare in Belgio, sentenza dell'8 maggio 2018 in causa n. C-82/16, *K.A. e a.*, EU:C:2018:308).

Di conseguenza, la situazione di cittadini dell'Unione che, come le ricorrenti nel procedimento principale, possiedono la cittadinanza di un solo Stato membro e che, con la perdita di tale cittadinanza, si ritrovano senza lo *status* conferito dall'art. 20 TFUE e i diritti a esso correlati ricade, per sua natura e per le conseguenze che produce, nella sfera del diritto dell'Unione. Pertanto, gli Stati membri devono, nell'esercizio della loro competenza in materia di cittadinanza, rispettare il diritto dell'Unione (cfr. sentenza del 2 marzo 2010 in causa n. C-135/08, *Rottmann*, *cit.*).

La Corte di giustizia ha richiamato le argomentazioni svolte dall'Avvocato Generale nelle proprie conclusioni precisando che, nell'esercizio della propria competenza nel definire i modi di acquisto e di perdita della cittadinanza, è legittimo che uno Stato membro consideri la cittadinanza come espressione di un legame effettivo tra se stesso e i propri cittadini e far derivare, di conseguenza, all'assenza o alla cessazione di un siffatto legame effettivo la perdita della sua cittadinanza.

A parere della Corte, un criterio come quello di cui all'art. 15, par. 1, lett. c., della legge sulla cittadinanza, basato sulla residenza abituale dei cittadini olandesi per un periodo ininterrotto di dieci anni al di fuori di tale Stato membro e dei territori a cui è applicabile il Trattato UE, riflette l'assenza di tale legame effettivo.

La legittimità, in via di principio, della perdita della cittadinanza di uno Stato membro in siffatte situazioni è, inoltre, supportata dalle disposizioni dell'art. 6 e dell'art. 7, par. 3 a 6, della Convenzione delle NU sulla riduzione dei casi di apolidia (adottata il 30 agosto 1961), che prevedono, in situazioni simili, che un individuo possa perdere la cittadinanza di uno Stato contraente, purché non diventi apolide. Tale legittimità è ulteriormente rafforzata dal fatto che, come rileva il giudice del rinvio, se la persona interessata chiede, entro il periodo di dieci anni di cui all'art. 15, par. 1, lett. c., della legge sulla cittadinanza, il rilascio di una dichiarazione sul possesso della cittadinanza dei Paesi Bassi, di un documento di viaggio o di una carta d'identità dei Paesi Bassi, ai sensi della legge sui passaporti, il legislatore dei Paesi Bassi considera che tale persona intenda così mantenere un legame effettivo con il proprio Paese.

Ne consegue, a parere della Corte di giustizia, che nonostante la normativa olandese sia conforme al diritto dell'UE, le autorità nazionali competenti e gli organi giurisdizionali na-

zionali devono verificare se la perdita della cittadinanza dello Stato membro interessato, qualora comporti la perdita dello *status* di cittadino dell'Unione e dei diritti che ne discendono, rispetti il principio di proporzionalità per quanto riguarda le conseguenze che essa determina sulla situazione dell'interessato e/o dei familiari e, se del caso, far riacquistare *ex tunc* la cittadinanza all'interessato.

**PER ESSERE ESONERATO DALLA COMPENSAZIONE
PECUNIARIA IN CASO DI RITARDO PROLUNGATO
IL VETTORE AEREO DEVE PROVARE DI AVERE FATTO
TUTTO IL POSSIBILE PER LIMITARE I DANNI**

I

Corte di giustizia

Sentenza del 4 aprile 2019 nella causa n. C-501/17

Germanwings GmbH c. Wolfgang Pauels

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Trasporto aereo - Art. 5, par. 3, del Regolamento (Ce) n. 261/2004 - Compensazione pecuniaria ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato - Clausole di esonero dall'obbligo di compensazione - Circostanze eccezionali - Danneggiamento di uno pneumatico di un aeromobile per la presenza di un oggetto estraneo sulla pista di atterraggio - Obbligo per il vettore aereo di limitare i danni per essere esonerato dal pagamento della compensazione pecuniaria.

L'art. 5, par. 3, del Regolamento (Ce) n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 febbraio 2004 che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il Regolamento (Cee) n. 295/91, in combinato disposto con il considerando 14 dello stesso Regolamento, deve essere interpretato nel senso che il danneggiamento di uno pneumatico di un aeromobile dovuto a un oggetto estraneo, quale un residuo, presente sulla pista di un aeroporto rientra nella nozione di «circostanza eccezionale», ai sensi di tale disposizione¹.

Tuttavia, per essere esonerato dall'obbligo di compensazione pecuniaria ai passeggeri previsto dall'art. 7 del Regolamento n. 261/2004, il vettore aereo il cui volo abbia subito un ritardo prolungato a causa di una siffatta «circostanza eccezionale» è tenuto a dimostrare di essersi avvalso di tutti i mezzi di cui disponeva, in termini di personale, di materiale e di risorse finanziarie, al fine di evitare che la sostituzione dello pneumatico danneggiato da un oggetto estraneo, quale un residuo, presente sulla pista di un aeroporto comportasse il suddetto ritardo prolungato del volo in questione².

II

Corte di giustizia

Sentenza del 10 luglio 2019 in causa n. C-163/18

HQ, IP, legalmente rappresentato da HQ, JO c. Aegean Airlines SA

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Trasporto aereo - Regolamento (Ce) n. 261/2004 - Regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato - Cancellazione del volo - Assistenza - Diritto al rimborso del biglietto aereo - Soggetto tenuto al rimborso - Viaggio «tutto compreso» - Direttiva n. 90/314/Cee - Fallimento dell'organizzatore di viaggi - Garanzia di un elevato livello di protezione dei passeggeri.

L'art. 8, par. 2, del Regolamento (Ce) n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 febbraio 2004, che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il Regolamento (Cee) n. 295/91, deve essere interpretato nel senso che un passeggero che ha il diritto, a titolo della direttiva n. 90/314/Cee del Consiglio, del 13 giugno 1990, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti «tutto compreso», di rivolgersi al suo organizzatore di viaggi per ottenere il rimborso del suo biglietto aereo, non ha più la possibilità, di conseguenza, di chiedere il rimborso di tale biglietto al vettore aereo sulla base di detto Regolamento, neanche qualora l'organizzatore di viaggi non sia economicamente in grado di effettuare il rimborso del biglietto e non abbia adottato alcuna misura per garantirlo³.

III

Corte di giustizia

Sentenza dell'11 luglio 2019 in causa n. C-502/18

CS e altri c. České aerolinie a.s.

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Trasporto aereo - Regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato - Art. 5, par. 1, lett. c., e art. 7, par. 1, Regolamento (Ce) n. 261/2004 - Soggetto su cui grava l'obbligo di compensazione pecuniaria - Volo in coincidenza - Volo composto da due voli operati da vettori aerei differenti - Unica prenotazione - Ritardo prolungato subito in occasione del secondo volo, avente punto di partenza e punto di arrivo al di fuori dell'Unione europea - Secondo volo operato da un vettore stabilito in un Paese terzo - Definizione di vettore aereo operativo.

L'art. 5, par. 1, lett. c., e l'art. 7, par. 1, del Regolamento (Ce) n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 febbraio 2004, che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il Regolamento (Cee) n. 295/91, in combinato disposto con l'art. 3, par. 5, del Regolamento n. 261/2004, devono essere interpretati nel senso che, nel caso di un volo in coincidenza, composto da due voli e oggetto di un'unica prenotazione, con partenza da un aeroporto situato nel territorio di uno Stato membro e a destinazione di un aeroporto situato in un Paese terzo passando per l'aeroporto di un altro Paese terzo, un passeggero vittima di un ritardo alla destinazione finale di non meno di tre ore a causa del secondo volo, assicurato, nell'ambito di un accordo di code-sharing, da un vettore aereo stabilito in un Paese terzo, può proporre domanda di compensazione pecuniaria a titolo di detto Regolamento nei confronti del vettore aereo comunitario che ha effettuato il primo volo⁴.

¹⁴ Ancora una volta la Corte di giustizia, nella causa n. C-501/17, si è trovata a precisare la nozione di «circostanze eccezionali» in materia di compensazione ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione o di ritardo prolungato del volo ai sensi del Regolamento (Ce) n. 261/2004 (in *Guce* n. L 46 del 2004, p. 1). Nel caso di specie, infatti, si è trattato di stabilire se il danneggiamento di uno pneumatico di un aeromobile dovuto a una vite presente sulla pista di decollo o di atterraggio del volo interessato potesse essere considerata una circostanza eccezionale.

Il rinvio pregiudiziale è stato proposto dal Landgericht Köln (Tribunale del Land, Colonia, Germania) nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, il

signor Wolfgang Pauels e, dall'altro lato, la compagnia aerea Germanwings GmbH, per il rifiuto di quest'ultima di riconoscere la compensazione pecuniaria al ricorrente per il ritardo del proprio volo.

La Corte di giustizia, investita della questione, ha precisato che in caso di cancellazione del volo o di ritardo prolungato, vale a dire un ritardo di durata pari o superiore a tre ore, il legislatore dell'Unione ha voluto modificare gli obblighi dei vettori aerei previsti dall'art. 5, par. 1, del Regolamento n. 261/2004 (cfr. sentenza del 4 maggio 2017 in causa n. C-315/15, *Pešková e Peška*, EU:C:2017:342). Il vettore aereo, infatti, è sollevato dall'obbligo di indennizzo se può dimostrare che la cancellazione o il ritardo del volo di durata pari o superiore a tre ore all'arrivo sono dovuti a «circostanze eccezionali» che non si sarebbero potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure possibili e se può dimostrare di aver adottato le misure adeguate alla situazione avvalendosi di tutti i mezzi di cui disponeva, in termini di personale, di materiale e di risorse finanziarie, al fine di evitare, che detta situazione comportasse la cancellazione o il ritardo prolungato del volo interessato.

La Corte di giustizia ha, dunque, precisato che possono essere considerate «circostanze eccezionali», ai sensi dell'art. 5, par. 3, del Regolamento n. 261/2004, gli eventi che, per la loro natura o per la loro origine, non siano inerenti al normale esercizio dell'attività del vettore aereo in questione e sfuggano all'effettivo controllo di quest'ultimo (cfr., in tal senso, sentenze del 22 dicembre 2008 in causa n. C-549/07, *Wallentin-Hermann*, EU:C:2008:771, annotata in questa *Rivista*, 2008, p. 791, nonché del 4 maggio 2017 in causa n. C-315/15, *Pešková e Peška*, EU:C:2017:342), e tali due condizioni siano cumulative (cfr. sentenza del 17 aprile 2018 in cause riunite n. C-195/17, da n. C-197/17 a n. C-203/17, n. C-226/17, n. C-228/17, n. C-254/17, n. C-274/17, n. C-275/17, da n. C-278/17 a n. C-286/17 e da n. C-290/17 a n. C-292/17, *Krüsemann e a.*, EU:C:2018:258, annotata in questa *Rivista*, 2018, p. 101).

Sulla qualificazione dell'evento, nel caso di specie, la Corte ha richiamato la propria giurisprudenza sull'argomento precisando che l'imprevedibile difettosità di taluni pezzi di un aeromobile costituisce un evento per sua natura legato al sistema di funzionamento di quest'ultimo (cfr., in tal senso, sentenze del 17 settembre 2015 in causa n. C-257/14, *van der Lans*, EU:C:2015:618, annotata in questa *Rivista*, 2015, p. 426, nonché del 4 maggio 2017, *Pešková e Peška*, *cit.*) e le compagnie aeree sono tenute a sottoporre i propri aeromobili a controlli di sicurezza continui.

La Corte ha precisato che il guasto di uno pneumatico causato esclusivamente dalla collisione con un oggetto estraneo presente sulla pista dell'aeroporto (come pure il danneggiamento di un aeromobile provocato dalla collisione tra quest'ultimo e un volatile, sentenza *Pešková e Peška*, *cit.*) si sottrae all'effettivo controllo del vettore aereo. Tale difettosità deve essere, dunque, qualificata come «circostanza eccezionale», ai sensi dell'art. 5, par. 3, del Regolamento n. 261/2004.

A parere della Corte di giustizia, affinché il vettore aereo possa essere esonerato dall'obbligo di compensazione pecuniaria ai passeggeri in presenza di un ritardo prolungato causato da una circostanza eccezionale deve provare di aver impiegato tutti i mezzi di cui disponeva (per esempio personale, risorse finanziarie, *etc.*), per evitare che la sostituzione dello pneumatico danneggiato da un corpo estraneo, presente sulla pista di un aeroporto, comportasse il ritardo prolungato del volo in questione.

In altre due pronunce, la Corte di giustizia ha interpretato ancora il Regolamento n. 261/2004. Nella causa n. C-163/18 la questione pregiudiziale è stata proposta nell'ambito di una controversia insorta tra alcuni passeggeri e un vettore aereo, l'Aegean Airlines SA, in merito al rimborso del prezzo di biglietti aerei richiesto dagli interessati in seguito alla cancellazione di un volo rientrante nel viaggio «tutto compreso» che essi avevano acquistato presso un'agenzia di viaggi con sede nei Paesi Bassi. Non avendo potuto ottenere il rimborso dall'organizzatore del viaggio, a causa del fallimento dello stesso, i ricorrenti avevano rivolto la loro richiesta di risarcimento al vettore aereo responsabile del volo cancellato.

La Corte di giustizia ha precisato che la semplice esistenza di un diritto al rimborso, riconosciuto ai sensi della direttiva n. 90/314/Cee (in *Guce* n. L 158 del 1990, p. 59), è sufficiente per escludere che un passeggero, il cui volo faccia parte di un viaggio «tutto compreso», possa chiedere il rimborso del suo biglietto aereo, in forza del Regolamento n. 261/2004, al vettore aereo operativo.

Ne risulta, a parere della Corte, che i diritti al rimborso riconosciuti dal Regolamento n.

261/2004 e dalla direttiva n. 90/314/Cee non sono cumulabili. Riconoscendo il cumulo, infatti, verrebbe posto il vettore aereo in una situazione svantaggiosa che lo vedrebbe assumersi la responsabilità dell'organizzatore di viaggi. Tale conclusione, a parere della Corte, trova applicazione anche nell'ipotesi in cui l'agenzia di viaggi sia fallita e non abbia adottato garanzie sufficienti per garantire il rimborso del viaggio (cfr. sentenza del 15 giugno 1999 in causa n. C-140/97, *Rechberger e a.*, EU:C:1999:306, in questa *Rivista*, 1999, p. 737, con commento di M. FRAGOLA, *Il caso Rechberger tra problemi di trasposizione della direttiva sui viaggi «tutto compreso» e responsabilità dello Stato*, 1999, p. 751, nonché ordinanza del 16 gennaio 2014 in causa n. C-430/13, *Baradics e a.*, EU:C:2014:32, sentenza del 25 novembre 2010 in causa n. C-429/09, *Fuß*, EU:C:2010:717).

Con la sentenza pronunciata nella causa n. C-502/18 la Corte ha affrontato la questione dei ritardi nell'ambito della prenotazione unica di un volo su più tratte. Alcuni passeggeri che avevano prenotato con il vettore aereo České aerolinie un volo da Praga a Bangkok via Abu Dhabi, sulla seconda tratta operata da un vettore non comunitario i passeggeri hanno avuto un ritardo superiore alle tre ore con diritto alla compensazione pecuniaria, come previsto dal Regolamento n. 261/2004.

Il giudice del rinvio, adito dai ricorrenti si è rivolto alla Corte di giustizia per chiarire se la České aerolinie avesse potuto essere considerata responsabile del ritardo operato da un altro vettore aereo. La conclusione a cui è giunta la Corte di giustizia è stata che un volo caratterizzato da una o più coincidenze, ma oggetto di un'unica prenotazione, deve essere considerato in modo unitario ai fini del diritto alla compensazione pecuniaria riconosciuta ai passeggeri, anche se una tratta è stata operata da un vettore di un Paese terzo e la destinazione è fuori dall'Unione. Il responsabile sarà dunque, a parere della Corte, il vettore aereo operativo che, nel caso di specie, è la České aerolinie avendo questa concluso un contratto di trasporto con i tre passeggeri, che avrà comunque diritto di regresso nei confronti del secondo vettore aereo per ottenere il risarcimento danni.

**È CONTRARIA AL DIRITTO DELL'UNIONE LA NORMATIVA
GRECA CHE VIETA AD UN MONACO IN POSSESSO
DELLA QUALIFICA DI AVVOCATO DI ISCRIVERSI
ALL'ALBO FORENSE UTILIZZANDO IL TITOLO
CONSEGUITO IN ALTRO STATO MEMBRO**

Corte di giustizia

Sentenza del 7 maggio 2019 in causa n. C-431/17

Monachos Eirinaios, kata kosmon Antonios Giakoumakis tou Emmanouil
c. Dikigorikos Syllogos Athinon

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Art. 3, par. 2, della direttiva n. 98/5/Ce - Accesso alla professione di avvocato - Monaco greco che ha acquisito la qualifica professionale di avvocato in uno Stato membro diverso dallo Stato membro ospitante - Condizione per l'iscri-

zione presso l'autorità competente dello Stato membro ospitante - Certificato di iscrizione presso l'autorità competente dello Stato membro di origine - Iscrizione negata - Norme professionali e deontologiche - Incompatibilità dello status di monaco con l'esercizio della professione di avvocato prevista dalla normativa greca - Sussistenza del contrasto.

L'art. 3, par. 2, della direttiva n. 98/5/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 febbraio 1998 volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata la qualifica, dev'essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, la quale vieta a un avvocato avente lo status di monaco, iscritto come avvocato presso l'autorità competente dello Stato membro di origine, di iscriversi presso l'autorità competente dello Stato membro ospitante al fine di esercitare ivi la sua professione utilizzando il suo titolo professionale di origine, a causa dell'incompatibilità tra lo status di monaco e l'esercizio della professione forense, che detta normativa prevede¹.

¹ Con la sentenza, sopra massimata, la Corte di giustizia si è pronunciata sull'incompatibilità tra lo status di monaco e l'esercizio della professione forense. Con la questione pregiudiziale il Symvoulio tis Epikrateias (Consiglio di Stato greco) ha chiesto se sia compatibile con la direttiva n. 98/5/Ce (in *Guce* n. L 77 del 1998, p. 36) il fatto che l'autorità competente abbia rifiutato l'iscrizione del monaco, Monachos Eirinaios, come avvocato esercente la propria attività con il titolo professionale di origine per il motivo che i monaci non possono essere iscritti negli albi degli ordini degli avvocati. Ciò ha posto la questione di come armonizzare le disposizioni della direttiva n. 98/5/Ce relative all'iscrizione degli avvocati che esercitano la professione con il titolo professionale di origine, le quali istituiscono obblighi imperativi, con quelle concernenti le norme professionali e deontologiche applicabili agli avvocati, lasciando agli Stati membri un ampio margine di discrezionalità.

La normativa greca, in particolare l'art. 6 del Kodikas dikigoron (codice forense; legge n. 4194/2013, FEK A' 208), relativo alle condizioni per diventare avvocato, prevede che l'avvocato non possa rivestire lo status di monaco.

Il monaco Ireneo, ricorrente nel procedimento principale, è un monaco del monastero greco di Petra che ha chiesto all'Ordine degli Avvocati di Atene di essere iscritto nel registro speciale del foro di Atene in qualità di avvocato avendo acquisito questo titolo professionale a Cipro, quindi in un altro Stato membro. L'Ordine degli Avvocati respingeva la domanda in base alle disposizioni nazionali relative all'incompatibilità tra l'esercizio della professione di avvocato e lo status di monaco, ritenendo che suddette disposizioni trovino applicazione anche agli avvocati che desiderino esercitare in Grecia con il loro titolo professionale di origine.

Il monaco impugnava, così, la decisione di diniego dinanzi al giudice del rinvio per chiedere alla Corte di giustizia se l'art. 3, par. 2, della direttiva n. 98/5/Ce contrasti con la normativa greca che vieta a un avvocato, monaco, iscritto come avvocato presso l'autorità competente dello Stato membro di origine, di iscriversi presso l'autorità competente dello Stato membro ospitante al fine di esercitare ivi la sua professione utilizzando il proprio titolo originario.

La Corte di giustizia ha precisato che l'art. 1, par. 1, della direttiva n. 98/5/Ce ha lo scopo di facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello nel quale è stata acquisita la qualifica professionale istituendo una procedura di reciproco riconoscimento dei titoli professionali degli avvocati emigranti, i quali

desiderino esercitare la professione utilizzando il titolo ottenuto nello Stato membro di origine (cfr. sentenza del 17 luglio 2014 in cause riunite n. C-58/13 e n. C-59/13, *Torresi*, EU:C:2014:2088, annotata in questa *Rivista*, 2014, p. 420).

L'iscrizione presso l'autorità dello Stato membro ospitante è subordinata alla presentazione, presso tale autorità di un certificato di iscrizione presso l'autorità dello Stato membro d'origine.

L'avvocato che eserciti la professione nello Stato membro ospitante è assoggettato alle norme professionali e deontologiche di quest'ultimo. Tali norme, infatti, non sono soggette ad armonizzazione, a differenza di quelle per l'iscrizione all'albo, e possono differenziarsi da quelle in vigore presso lo Stato membro d'origine (cfr. art. 6, par. 1, direttiva; sull'applicazione delle sanzioni in caso di inosservanza di norme deontologiche cfr. sentenza del 2 dicembre 2010 in causa n. C-225/09, *Jakubowska*, EU:C:2010:729, in questa *Rivista*, 2011, p. 679 con commento di A. MARI, *La vicenda degli avvocati/dipendenti pubblici part-time: tre Corti a confronto nello "spazio giuridico europeo"*, 2011, p. 735. Tuttavia, alle norme previste dalla direttiva comunitaria non possono essere aggiunte condizioni supplementari relative al rispetto degli obblighi professionali e deontologici. Il monaco greco, infatti, secondo l'autorità competente dello Stato membro ospitante, non soddisfaceva le garanzie richieste ai fini dell'esercizio della professione forense. La Corte di giustizia ha precisato che anche le norme professionali e deontologiche devono essere conformi al diritto dell'Unione e devono rispettare il principio di proporzionalità e spetta al Consiglio di Stato greco effettuare le opportune verifiche. A parere della Corte, non consentire l'iscrizione ad un soggetto/avvocato in possesso dello *status* religioso equivale ad aggiungere ulteriori condizioni oltre a quelle previste nell'art. 3, par. 2, della direttiva e contrasta, pertanto, con il diritto dell'Unione.

È CONTRARIA AL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA LA NORMATIVA DI UNA FEDERAZIONE SPORTIVA CHE ESCLUDE LA PARTECIPAZIONE AI CAMPIONATI ITALIANI DI UN CITTADINO EUROPEO

Corte di giustizia

Sentenza del 13 giugno 2019 in causa n. C-22/18

TopFit eV, Daniele Biffi c. Deutscher Leichtathletikverband eV

**Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Cittadinanza dell'UE -
Artt. 18, 21 e 165 TFUE - Regolamento di una federazione sportiva -
Partecipazione al campionato nazionale - Atleta dilettante avente la
cittadinanza di un altro Stato membro - Disparità di trattamento in
ragione della cittadinanza - Restrizione alla libera circolazione - Ri-
spetto del principio di proporzionalità - Norma che revoca al cittadino
dell'UE stabilitosi in uno Stato membro il diritto di partecipare ai
campionati nazionali di atletica leggera amatoriale nella classe di età**

over 35 in condizioni di parità con i cittadini di tale Stato membro - Sistema di partecipazione «senza valutazione», che preclude agli stranieri di ogni classe di età di essere ammessi alla classifica.

Gli artt. 18, 21 e 165 TFUE devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una normativa di una federazione sportiva nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, in forza della quale un cittadino dell'Unione europea, cittadino di un altro Stato membro, che risieda da molti anni nel territorio dello Stato membro in cui tale federazione è stabilita e nel quale pratica la corsa a livello amatoriale nella categoria senior, non può partecipare ai campionati nazionali in tali discipline allo stesso titolo dei cittadini nazionali o può parteciparvi solo «come esterno» o «senza valutazione», senza aver accesso alla finale e senza poter ottenere il titolo di campione nazionale, a meno che detta normativa sia giustificata da considerazioni oggettive e proporzionate all'obiettivo legittimamente perseguito, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare¹.

¹ La questione pregiudiziale sull'interpretazione degli artt. 18, 21 e 165 TFUE è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, la TopFit eV e l'atleta Biffi e, dall'altro lato, la Federazione nazionale tedesca di atletica leggera (di seguito denominata: Federazione), in merito alle condizioni di partecipazione di cittadini di altri Stati membri ai campionati nazionali di sport dilettantistico per la categoria *senior*. Il regolamento (modificato) dell'associazione tedesca di atletica leggera, resistente nel procedimento principale ha limitato ai cittadini tedeschi il diritto di partecipare alle gare per il titolo di «campione nazionale» in tutte le classi di età. In base alla nuova norma, gli atleti nella posizione del signor Biffi possono partecipare ai campionati nazionali, ma soltanto «senza valutazione». Ciò preclude a tali soggetti l'assegnazione di una posizione nelle gare individuali (ad esempio, prima, seconda o terza) o del titolo di «campione nazionale». Non preclude, invece, la partecipazione ad altre gare organizzate dal DLV, come quelle che si tengono a livello regionale.

Il signor Biffi, cittadino italiano residente in Germania, veniva, dunque, in virtù della normativa suddetta, escluso dalla partecipazione ai campionati nazionali unicamente per la cittadinanza e contro tale decisione di rigetto i ricorrenti si rivolgevano al Tribunale circoscrizionale di Darmstadt per ottenere la partecipazione ai campionati tedeschi di atletica leggera. Il giudice del rinvio si è, perciò, rivolto alla Corte di giustizia per chiarire se la condizione della cittadinanza costituisca una discriminazione illegittima, contraria alle norme del Trattato sull'Ue.

La Corte di giustizia aveva precisato nella sentenza del 20 settembre 2001 in causa n. C-184/99, *Grzelczyk*, EU:C:2001:458, in *Raccolta*, 2001, I, p. 6193, annotata in questa *Rivista*, 2001, p. 696), che essere cittadino dell'Unione significa poter ottenere lo stesso trattamento giuridico riservato ai cittadini degli altri Stati membri.

Il signor Biffi ha esercitato il proprio diritto alla libera circolazione previsto all'art. 21 TFUE e ad esso trova applicazione pure l'art. 18 TFUE, che sancisce il principio di non discriminazione in base alla cittadinanza (cfr. sentenza del 13 novembre 2018 in causa n. C-247/17, *Raugevicius*, EU:C:2018:898). A parere della Corte, tale disposizione si applica ad un cittadino dell'Unione che risiede in uno Stato membro diverso da quello del quale ha la cittadinanza e nel quale intende prendere parte a competizioni sportive come dilettante (cfr. sentenza del 7 marzo 1996 in causa n. C-334/94, *Commissione c. Francia*, EU:C:1996:90 che statuisce come l'accesso alle attività ricreative costituisca un corollario della libertà di circolazione). La Corte ha precisato, altresì, come i diritti conferiti dall'art.

21 TFUE tendano a favorire l'integrazione del cittadino comunitario nella società dello Stato membro ospitante (sentenza del 14 novembre 2017 in causa n. C-165/16, *Lounes*, EU:C:2017:862) e di come lo sport costituisca un fattore di integrazione nello Stato membro ospitante (sulla rilevanza sociale dello sport, cfr. sentenze del 15 dicembre 1995 in causa n. C-415/93, *Bosman*, EU:C:1995:463, in questa *Rivista*, 1996, p. 311, con commento di I. TELCHINI, Il caso *Bosman*: diritto comunitario e attività calcistica, 1996, p. 323 ss., e del 13 aprile 2000 in causa n. C-176/96, *Lehtonen e Castors Braine*, EU:C:2000:201). Il signor Biffi, a parere della Corte, può far vale le proprie ragioni invocando gli artt. 18 e 21 del TFUE.

La Corte di giustizia ha precisato in sentenza che anche le normative private devono rispettare il divieto di discriminazione in base alla cittadinanza e che, se così non fosse, verrebbe ad essere compromessa la libera circolazione delle persone e la libera prestazione dei servizi (cfr. sentenze del 12 dicembre 1974 in causa n. 36/74, *Walrave e Koch*, EU:C:1974:140; del 15 dicembre 1995, in causa n. C-415/93, *Bosman*, *cit.*; del 18 dicembre 2007, in causa n. C-341/05, *Laval un Partneri*, EU:C:2007:809, nonché del 16 marzo 2010 in causa n. C-325/08, *Olympique Lyonnais*, EU:C:2010:143).

Infine, la Corte di giustizia ha rilevato come una restrizione alla libertà di circolazione possa essere giustificata se basata su considerazioni oggettive e se proporzionata all'obiettivo perseguito dalla normativa di riferimento (cfr., in tal senso, sentenza del 13 novembre 2018 in causa n. C-247/17, *Raugevicius*, EU:C:2018:898). Nel caso di specie, la Corte di giustizia ha ritenuto di concludere nel senso che, anche se le federazioni sportive godono di autonomia nel dettare le loro normative, tale autonomia non può limitare le libertà fondamentali garantite dal Trattato fino a giustificare l'esclusione di un cittadino straniero ai campionati nazionali perché, così, non sarebbe rispettato il principio di proporzionalità (cfr. sentenza dell'11 aprile 2000 in cause riunite n. C-51/96 e n. C-191/97, *Deliège*, EU:C:2000:199 e del 13 aprile 2000, *Lehtonen e Castors Braine*, *cit.*).

IL SISTEMA OBBLIGATORIO DELLE TARIFFE PROFESSIONALI MANTENUTE DALLA GERMANIA È INCOMPATIBILE CON IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Corte di giustizia

Sentenza del 4 luglio 2019 in causa n. C-377/17

Commissione europea c. Repubblica federale di Germania, sostenuta da Ungheria

Art. 258 TFUE - Ricorso per inadempimento - Servizi nel mercato interno - Art. 15 della direttiva n. 2006/123/Ce - Art. 49 TFUE - Libertà di stabilimento - Onorari degli architetti e degli ingegneri per le prestazioni di progettazione - Tariffe minime e massime - Motivi imperativi di interesse generale - Situazioni puramente interne - Garanzia di un livello elevato di prestazioni - Rispetto dei requisiti non discriminatori.

La Repubblica federale di Germania, avendo mantenuto tariffe obbligatorie per i servizi di progettazione degli architetti e degli ingegneri, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'art. 15, par. 1, par. 2, lett. g., e par. 3, della direttiva n. 2006/123/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno¹.

¹ Il ricorso per inadempimento proposto dalla Commissione nei confronti della Repubblica federale di Germania, concernente le tariffe minime e massime per i servizi forniti in Germania da architetti e ingegneri, ha consentito alla Corte di giustizia di precisare la misura in cui l'art. 15, par. 2, della direttiva n. 2006/123/Ce (in *Guce* n. L 376 del 2006, p. 36) armonizzi talune restrizioni alla libertà di stabilimento e di pronunciarsi, altresì, sul principio di proporzionalità di cui all'art. 15, par. 3, della direttiva.

Gli onorari di architetti e di ingegneri sono disciplinati dalla Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (Regolamento sugli onorari di architetti e ingegneri) del 10 luglio 2013 (*BGBI*. I, p. 2276; in prosieguo: il Regolamento) e si basano sulla convenzione scritta che le parti stipulano nel contratto, all'atto del conferimento dell'incarico nell'ambito degli importi minimi e massimi.

Nel proprio ricorso, la Commissione ha sostenuto, in primo luogo, che il Regolamento comportasse una restrizione alla libertà di stabilimento garantita dall'art. 49 TFUE e dalla direttiva n. 2006/123/Ce. Essa ha ritenuto, altresì, che tale normativa – che istituisce un sistema di tariffe minime e massime per le prestazioni degli architetti e degli ingegneri – ostacoli l'ingresso sul mercato tedesco di nuovi fornitori provenienti da altri Stati membri limitando le possibilità per questi ultimi, per i quali è più difficile crearsi una clientela sul mercato tedesco, di offrire prestazioni equivalenti a quelle offerte dai fornitori già stabiliti in Germania a prezzi inferiori a quelli previsti dalla tariffa obbligatoria o prestazioni superiori a prezzi che superano le tariffe massime previste.

La Commissione ha ritenuto che la quantità dell'offerta di servizi da parte di architetti e ingegneri in Germania non determini una restrizione alla libertà di stabilimento in quanto l'art. 15 della direttiva n. 2006/123/Ce non fa riferimento alla situazione del mercato e anche la Corte, nella sentenza del 5 dicembre 2006, *Cipolla e a.* (in cause riunite n. C-94/04 e n. C-202/04, EU:C:2006:758, in questa *Rivista*, 2006, 693, con commento di P. QUAIA, *Avvocati: qualità o prezzo? In margine alla sentenza della Corte di giustizia in cause riunite n. C-94/04 e n. C-202/04*, 2006, p. 701 ss.), ha considerato che la fissazione di onorari minimi per gli avvocati costituisca una restrizione alla libera prestazione dei servizi, dal momento che il mercato era caratterizzato dalla presenza di un numero estremamente elevato di avvocati.

La giurisprudenza comunitaria ha sempre ritenuto la piena compatibilità delle tariffe forensi con il diritto comunitario della concorrenza (cfr. sentenze *Arduino* in causa n. C-35/99, EU:C:2002:97, annotata in questa *Rivista*, 2002, p. 95; *Cipolla, cit.*) motivandola con ragioni di interesse pubblico come la tutela dei consumatori e la buona amministrazione della giustizia e la tutela dell'interesse di evitare una concorrenza al ribasso a discapito della qualità della prestazione.

La Repubblica federale di Germania ha contestato gli addebiti sostenendo, in *primis*, che il Regolamento non limitava la libertà di stabilimento e, in secondo luogo, che la restrizione sarebbe stata giustificata da motivi imperativi di interesse generale e che le disposizioni tedesche contestate, disciplinando solamente situazioni puramente interne, non avrebbero dovuto, di conseguenza, essere valutate alla luce della direttiva n. 2006/123/Ce e dell'art. 49 TFUE.

Gli obiettivi relativi alla qualità dei lavori e alla tutela dei consumatori sono stati riconosciuti dalla Corte come motivi imperativi di interesse generale (cfr., in tal senso, sentenze del 3 ottobre 2000 in causa n. C-58/98, *Corsten*, EU:C:2000:527; dell'8 settembre 2010 in cause riunite n. C-316/07, da n. C-358/07 a n. C-360/07, n. C-409/07 e n. C-410/07, *Stoß e a.*, EU:C:2010:504, nonché del 15 ottobre 2015 in causa n. C-168/14, *Grupo Itevelesa e a.*, EU:C:2015:685).

Sull'idoneità del Regolamento a raggiungere gli obiettivi perseguiti, la Repubblica federale di Germania ha sostenuto che, a causa del legame esistente tra il prezzo di un servizio e la sua qualità, la fissazione delle tariffe minime è idonea a conseguire l'obiettivo consistente nel garantire un elevato livello qualitativo delle prestazioni fornite.

Sul punto, la Corte ha dichiarato che non si può escludere *a priori* che la fissazione di una tariffa minima consenta di evitare che i prestatori non siano costretti, in un contesto come quello di un mercato caratterizzato dalla presenza di un numero consistente di professionisti, a svolgere una concorrenza che possa condurre al ribasso delle offerte, con il rischio di un peggioramento della qualità dei servizi forniti (cfr., in tal senso, sentenza del 5 dicembre 2006, *Cipolla e a., cit.*).

Nel caso di specie, è pacifico che un numero molto elevato di operatori è attivo sul mercato delle prestazioni di progettazione nel settore edilizio in Germania.

A parere della Corte di giustizia, la Repubblica federale di Germania ha sufficientemente dimostrato che, alla luce delle caratteristiche del mercato e dei servizi di cui trattasi, può esistere un rischio che i prestatori di progettazione nel settore della costruzione che operano in tale Stato membro svolgano una concorrenza che può tradursi nell'offerta di prestazioni al ribasso e arrivare fino all'eliminazione degli operatori che offrono prestazioni di qualità.

In un siffatto contesto, l'imposizione di tariffe minime può essere idonea a contribuire a limitare tale rischio, impedendo che le prestazioni siano offerte a prezzi insufficienti per garantire, a lungo termine, la qualità delle stesse.

L'esistenza di tariffe minime per le prestazioni di progettazione può essere idonea, in considerazione delle caratteristiche del mercato tedesco, a contribuire a garantire un elevato livello di qualità delle prestazioni di progettazione e, di conseguenza, a realizzare gli obiettivi perseguiti dalla Repubblica federale di Germania.

Tuttavia, la Corte ha precisato che una normativa nazionale potrebbe garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito solo se risponde realmente all'intento di raggiungerlo in modo coerente e sistematico (cfr., in tal senso, sentenze del 10 marzo 2009 in causa n. C-169/07, *Hartlauer*, EU:C:2009:141, annotata in questa *Rivista*, 2009, p. 247, e del 15 ottobre 2015 in causa n. C-168/14, *Grupo Itevelesa e a.*, EU:C:2015:685, nonché ordinanza del 30 giugno 2016 in causa n. C-634/15, *Sokoll-Seebacher e Naderhirm*, EU:C:2016:510).

Secondo la Corte, la Repubblica federale di Germania non è riuscita a dimostrare che le tariffe minime previste dal Regolamento sono idonee a garantire il conseguimento dell'obiettivo consistente nel garantire un elevato livello di qualità delle prestazioni di progettazione e ad assicurare la tutela dei consumatori.

Al contrario, per quanto riguarda le tariffe massime, queste sono di natura tale – come sostiene la Repubblica federale di Germania – da contribuire alla tutela dei consumatori aumentando la trasparenza delle tariffe praticate dai prestatori e impedendo a questi ultimi di praticare onorari eccessivi.

Tuttavia, come rilevato dall'Avvocato Generale nelle sue conclusioni, la Repubblica federale di Germania non ha dimostrato le ragioni per cui il fatto di mettere a disposizione dei clienti un orientamento in materia di prezzi per le diverse categorie di prestazioni contemplate dal Regolamento suggerito dalla Commissione come misura meno restrittiva, non sarebbe sufficiente a conseguire l'obiettivo, sopra indicato, in modo adeguato. Ne consegue che il requisito consistente nella fissazione di tariffe minime non può essere considerato proporzionato a tale obiettivo.

LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA SUL TRATTAMENTO DELLE DOMANDE DI PROTEZIONE INTERNAZIONALE

Corte di giustizia

Sentenza del 25 luglio 2018 in causa n. C-585/16

Serin Alheto c. Zamestnik-predsdatel na Darzhavna agentsia za bezhantsite

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Politica comune in materia di asilo e di protezione sussidiaria - Norme sull'attribuzione a cittadini di Paesi terzi o apolidi della qualifica di beneficiario di protezione internazionale - Art. 12 della direttiva n. 2011/95/UE - Esclusione dallo status di rifugiato nell'UE - Persone registrate presso l'Agenzia delle Nazioni Unite per il soccorso e l'occupazione dei profughi palestinesi nel Vicino Oriente (UNRWA) - Esistenza di un «paese di primo asilo», per un rifugiato palestinese, nella zona operativa dell'UNRWA - Procedure comuni - Riconoscimento dello status di protezione internazionale - Art. 46 della direttiva n. 2013/32/UE - Diritto a un ricorso effettivo - Esame completo ed *ex nunc* - Portata dei poteri del giudice di primo grado - Esame da parte del giudice delle esigenze di protezione internazionale - Esame dei motivi d'inammissibilità.

L'art. 12, par. 1, lett. a., della direttiva n. 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta, in combinato disposto con l'art. 10, par. 2, della direttiva n. 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale, deve essere interpretato nel senso che il trattamento di una domanda di protezione internazionale presentata da una persona registrata presso l'Agenzia delle Nazioni Unite per il soccorso e l'occupazione dei profughi palestinesi nel Vicino Oriente (UNRWA) richiede che si accerti se tale persona benefici di una protezione o di un'assistenza effettiva da parte di tale organismo, sempreché tale domanda non sia stata preliminarmente respinta sulla base di un motivo d'inammissibilità o sulla base di una causa di esclusione diversa da quella prevista all'art. 12, par. 1, lett. a., primo periodo, della direttiva 2011/95¹.

L'art. 12, par. 1, lett. a., secondo periodo, della direttiva n. 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004 recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, e l'art. 12, par. 1, lett. a., secondo periodo, della direttiva n. 2011/95 devono essere interpretati nel senso che:

- ostano a una normativa nazionale che non prevede o che recepisce in modo non corretto la causa di cessazione dell'applicazione della causa di esclusione dallo status di rifugiato in essi contenuta;

- hanno efficacia diretta, e

- possono essere applicati anche qualora il richiedente protezione internazionale non li abbia espressamente invocati².

L'art. 46, par. 3, della direttiva n. 2013/32, in combinato disposto con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretato nel senso che il giudice di uno Stato membro investito in primo grado di un'impugnazione contro una decisione relativa a una domanda di protezione internazionale è tenuto a esaminare sia gli elementi di fatto e di diritto, quali l'applicabilità dell'art. 12, par. 1, lett. a., della direttiva n. 2011/95 alla situazione del richiedente, di cui l'organo che ha adottato tale decisione ha tenuto o avrebbe potuto tener conto, sia quelli intervenuti dopo l'adozione della medesima decisione³.

L'art. 46, par. 3, della direttiva n. 2013/32, in combinato disposto con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, deve essere interpretato nel senso che l'esigenza di un esame completo ed ex nunc tanto degli elementi di fatto quanto di quelli di diritto può vertere anche sui motivi d'inammissibilità della domanda di protezione internazionale di cui all'art. 33, par. 2, di tale direttiva, laddove il diritto nazionale lo consenta, e che, nel caso in cui il giudice investito dell'impugnazione intenda esaminare un motivo d'inammissibilità che non è stato esaminato dall'autorità accertante, il medesimo deve procedere all'audizione del richiedente al fine di consentirgli di esporre di persona, in una lingua che conosce, il suo punto di vista sull'applicabilità di tale motivo alla sua situazione particolare⁴.

L'art. 35, 1° comma, lett. b., della direttiva n. 2013/32 deve essere interpretato nel senso che una persona registrata presso l'Agenzia delle Nazioni Unite per il soccorso e l'occupazione dei profughi palestinesi nel Vicino Oriente (UNRWA), se beneficia di protezione o di assistenza effettiva di tale organismo in un Paese terzo non corrispondente al territorio nel quale la stessa risiede abitualmente, ma facente parte della zona operativa del suddetto organismo, deve essere considerata sufficientemente protetta in tale Paese terzo, ai sensi di tale disposizione, qualora quest'ultimo:

- si impegni a riammettere l'interessato dopo che questi ha lasciato il suo territorio per chiedere protezione internazionale nell'Unione europea, e

- riconosca tale protezione o assistenza dell'UNRWA e aderisca al principio di non respingimento, consentendo in tal modo all'interessato di soggiornare nel suo territorio in sicurezza, in condizioni di vita dignitose e finché i rischi cui è esposto nel territorio della residenza abituale lo rendono necessario⁵.

L'art. 46, par. 3, della direttiva n. 2013/32, in combinato disposto con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, deve essere interpretato nel senso che esso non stabilisce norme procedurali comuni per quanto riguarda la competenza ad adottare una nuova decisione relativa a una domanda di protezione internazionale dopo l'annullamento, da parte del giudice investito dell'impugnazione, della decisione iniziale adottata in merito a tale domanda. Tuttavia, la necessità di assicurare un effetto utile all'art. 46, par. 3, di tale direttiva e di garantire un ricorso effettivo a norma dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali impone che, in caso di rinvio del fascicolo all'organo quasi giurisdizionale o amministrativo di cui all'art. 2, lett. f., di detta direttiva, sia adottata entro un breve termine una nuova decisione che sia conforme alla valutazione contenuta nella sentenza che ha disposto l'annullamento⁶.

¹⁻⁶ La questione pregiudiziale *Gu-Ue* delle direttive n. 2011/95 (in *Gu-Ue* n. L 337 del 2011, p. 9) e n. 2013/32/UE (in *Gu-Ue* n. L 180 del 2013, p. 60) è stata sollevata dal Tribunale amministrativo di Sofia (Bulgaria) nell'ambito di un procedimento di annullamento iniziato dalla signora Alheto, apolide di origine palestinese, avverso il provvedimento amministrativo con il quale le autorità bulgare avevano respinto la sua domanda di protezione internazionale nell'UE.

La ricorrente nel procedimento principale, la signora Alheto, è un'apolide di origine palestinese, originaria della città di Gaza, in Palestina (è, altresì, in possesso di un documento rilasciato dall'UNWRA - *United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East* che attesta il suo *status* di rifugiato politico palestinese) ed è in possesso di un passaporto rilasciato dall'autorità palestinese. Nel corso dell'anno 2014 la signora Alheto è entrata in Bulgaria e, successivamente, vi ha depositato una domanda di protezione internazionale dichiarando, altresì, di essere in possesso di un documento rilasciato dall'UNWRA che le conferisce la qualità di rifugiato palestinese. A sostegno di tale domanda, la ricorrente sosteneva che un ritorno nella Striscia di Gaza l'avrebbe esposta a una minaccia grave alla sua vita, in considerazione dell'alto rischio di torture e persecuzioni.

La domanda veniva rigettata e la signora Alheto presentava un ricorso dinanzi al tribunale amministrativo di Sofia il quale, rivolgendosi alla Corte di giustizia, ha chiesto di chiarire i criteri in base ai quali la ricorrente avrebbe potuto beneficiare dello *status* di rifugiato secondo le norme dell'Unione.

In *primis*, la Corte di giustizia ha precisato che il trattamento di una domanda di protezione internazionale presentata da una persona registrata presso l'UNRWA richiede che si accerti se tale persona benefici di una protezione o di un'assistenza effettiva da parte di tale organismo, sempreché tale domanda non sia stata preliminarmente respinta perché inammissibile o sulla base di una causa di esclusione contenuta nella direttiva n. 2011/95/UE. In proposito, la Corte ha precisato che le persone registrate presso l'UNRWA sono, di norma, ai sensi dell'art. 12, par. 1, lett. a., primo periodo, della direttiva 2011/95/UE, (art. 1, sezione D, 1° comma, della Convenzione di Ginevra) escluse dallo *status* di rifugiato nell'Unione. Troverà applicazione la direttiva qualora il palestinese sia costretto, per circostanze indipendenti dalla sua volontà, a lasciare la zona operativa dell'UNRWA e questa non sia più in grado di dargli protezione, senza dover provare il suo timore fondato di essere perseguitato (cfr. sentenza del 19 dicembre 2012 in causa n. C-364/11, *Abed El Karem El Kott e a.*, EU:C:2012:826).

Come è noto, inoltre, la direttiva n. 2013/32/UE disciplina le procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale e, ai sensi dell'art. 46, par. 3, gli Stati membri sono tenuti ad adattare la normativa nazionale in modo tale che il trattamento dei ricorsi presentati preveda un esame, da parte del giudice, di tutti gli elementi di fatto e di diritto che gli consentano di procedere a una valutazione aggiornata

del caso di specie (per esempio, audizione del ricorrente: cfr. sentenza del 26 luglio 2017 in causa n. C-348/16, *Sacko*, EU:C:2017:591). Ciò significa che sussiste l'obbligo per il giudice di procedere a una valutazione che tenga conto di eventuali nuovi elementi intervenuti dopo l'adozione della decisione oggetto dell'impugnazione.

Proprio per garantire l'effettività del ricorso di cui all'art. 46 par. 3, della direttiva n. 2013/32/UE e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, *cit.*, ogni Stato membro vincolato dalla direttiva deve adattare il suo diritto nazionale di modo che, in seguito all'annullamento della decisione iniziale e in caso di rinvio del fascicolo all'organo amministrativo e giurisdizionale, sia adottata entro un breve termine una nuova decisione, conforme alla valutazione contenuta nella sentenza che ha disposto l'annullamento.

Ne consegue che la cittadina palestinese, finché potrà beneficiare della protezione e dell'assistenza dell'UNRWA, non potrà ottenere asilo nell'Ue. Anche le autorità amministrative e giurisdizionali investite della questione dovranno effettuare, *in primis*, tale valutazione. La ricorrente non potrà neppure godere della protezione sussidiaria nell'UE qualora il proprio Paese – nel caso in cui sia provato lo stato di insicurezza – fornisca adeguate garanzie di vita dignitosa.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

REATI DI FRODE FISCALE IN DANNO DELL'UNIONE E PRESCRIZIONE: CORTE COSTITUZIONALE E CORTE DI GIUSTIZIA A CONFRONTO

Corte costituzionale
Sentenza n. 115 del 10 aprile-31 maggio 2018*

Presidente e Redattore, Giorgio Lattanzi

Art. 137 Costituzione - Giudizio incidentale di legittimità costituzionale - Preteso contrasto della legge 2 agosto 2008, n. 130, art. 2 (Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007) con gli artt. 3, 11, 24, 25, secondo comma, 27, terzo comma, e 101, secondo comma, della Costituzione - Reati in materia di IVA - Frode in danno degli interessi finanziari dell'Unione europea - Artt. 160, terzo comma, e 161, secondo comma, cod. pen. in combinato disposto - Atti interruttivi del corso della prescrizione - Limiti all'aumento del termine - Principio di determinatezza della legge penale - Infondatezza.

* Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.cortecostituzionale.it. In argomento v. *infra*, p. 123 ss., il commento di VITO RUBINO.

Non sono fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130 (Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007), in riferimento agli artt. 3, 11, 24, 25, secondo comma, 27, terzo comma, e 101, secondo comma, della Costituzione, nella parte in cui, imponendo di applicare l'art. 325 TFUE, come interpretato dalla sentenza della Grande sezione della Corte di giustizia 8 settembre 2015, in causa n. C-105/14, Taricco, comporta che in taluni casi venga omessa l'applicazione degli artt. 160, terzo comma, e 161, secondo comma, del codice penale, nei confronti dei reati in materia di imposta sul valore aggiunto (IVA) che costituiscono frode in danno degli interessi finanziari dell'Unione. Il combinato disposto degli artt. 160, terzo comma, e 161, secondo comma, cod. pen. pone un limite all'aumento del termine di prescrizione in seguito a un atto interruttivo. Questo limite però non opera per i delitti elencati dall'art. 51, commi 3 - bis e 3-quater, del codice di procedura penale.

La sentenza resa in causa Taricco dalla Corte di giustizia ha stabilito che il giudice nazionale deve disapplicare, alle condizioni che poi si vedranno, gli artt. 160, terzo comma, e 161, secondo comma, cod. pen., omettendo di dichiarare prescritti i reati e procedendo nel giudizio penale, in due casi: innanzitutto, secondo una regola che è stata tratta dall'art. 325, par. 1, TFUE, quando questo regime giuridico della prescrizione impedisce di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di gravi casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione; in secondo luogo, in base a una regola desunta dall'art. 325, par. 2, TFUE (cosiddetto principio di assimilazione), quando il termine di prescrizione, per effetto delle norme indicate, risulta più breve di quello fissato dalla legge nazionale per casi analoghi di frode in danno dello Stato membro.

Un istituto che incide sulla punibilità della persona, riconnettendo al decorso del tempo l'effetto di impedire l'applicazione della pena, nel nostro ordinamento giuridico rientra nell'alveo costituzionale del principio di legalità penale sostanziale enunciato dall'art. 25, secondo comma, Cost. con formula di particolare ampiezza.

La prescrizione pertanto deve essere considerata un istituto sostanziale, che il legislatore può modulare attraverso un ragionevole bilanciamento tra il diritto all'oblio e l'interesse a perseguire i reati fino a quando l'allarme sociale indotto dal reato non sia venuto meno (potendosene anche escludere l'applicazione per delitti di estrema gravità), ma sempre nel rispetto di tale premessa costituzionale inderogabile (ex plurimis, senten-

ze n. 143 del 2014, n. 236 del 2011, n. 294 del 2010 e n. 393 del 2006; ordinanze n. 34 del 2009, n. 317 del 2000 e n. 288 del 1999).

Il principio di determinatezza ha una duplice direzione, perché non si limita a garantire, nei riguardi del giudice, la conformità alla legge dell'attività giurisdizionale mediante la produzione di regole adeguatamente definite per essere applicate, ma assicura a chiunque «una percezione sufficientemente chiara ed immediata» dei possibili profili di illiceità penale della propria condotta.

L'inapplicabilità della "regola Taricco", secondo quanto riconosciuto dalla sentenza M.A. S., ha la propria fonte non solo nella Costituzione repubblicana, ma nello stesso diritto dell'Unione, sicché ha trovato conferma l'ipotesi tracciata da questa Corte con l'ordinanza n. 24 del 2017, ovvero che non vi sia alcuna ragione di contrasto. Ciò comporta la non fondatezza di tutte le questioni sollevate, perché, a prescindere dagli ulteriori profili di illegittimità costituzionale dedotti, la violazione del principio di determinatezza in materia penale sbarra la strada senza eccezioni all'ingresso della "regola Taricco" nel nostro ordinamento.

**Comunicato del 31 maggio 2018
a cura dell'Ufficio Stampa della Corte costituzionale****

**FRODI UE E PRESCRIZIONE: LA "REGOLA TARICCO"
È INCOMPATIBILE CON IL PRINCIPIO DI DETERMINATEZZA
DELLA NORMA PENALE. UNA VICENDA EMBLEMATICA
DI DIALOGO TRA CORTI**

La vicenda Taricco è un significativo esempio di "dialogo tra Corti", dialogo che spesso si auspica, ma con qualche dubbio che possa effettivamente svolgersi. Sul caso Taricco però, attraverso i provvedimenti della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte costituzionale italiana, si è svolto effettivamente un dialogo e l'esito è stato proficuo. Come emerge dalla motivazione della sentenza della Consulta, depositata oggi*** in cancelleria con il numero 115 (relatore il presidente Giorgio Lattanzi).

** Il testo del comunicato è reperibile sul sito internet https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20180606165307.pdf.

*** Leggasi 31 maggio 2018 [n.d.r.].

La prima sentenza Taricco

La sentenza 8 settembre 2015 della Grande sezione della Corte di giustizia Ue resa nella causa Taricco aveva stabilito che il giudice italiano dovesse disapplicare gli artt. 160, terzo comma, e 161, secondo comma, del Codice penale, omettendo di dichiarare prescritti i reati di frode in danno dell'Unione europea e procedendo nel giudizio penale, in due casi: innanzitutto, secondo una regola che è stata tratta dall'art. 325, par. 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), quando queste disposizioni, determinando la prescrizione, impediscono di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di gravi casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione; in secondo luogo, in base a una regola desunta dall'art. 325, par. 2, TFUE (cosiddetto principio di assimilazione), quando il termine di prescrizione, per effetto delle norme indicate, risulta più breve di quello fissato dalla legge nazionale per casi analoghi di frode in danno dello Stato membro.

Le Corti italiane

La Corte di cassazione e la Corte d'appello di Milano però hanno ritenuto che le regole enunciate dalla sentenza Taricco fossero in contrasto con alcuni principi supremi dell'ordine costituzionale italiano, e in particolare con gli artt. 3, 11, 24, 25, secondo comma, 27, terzo comma, e 101, secondo comma, della Costituzione e, rimettendo alla Corte costituzionale gli atti di due processi che stavano trattando, hanno sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130, sulla ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona, nella parte in cui, imponendo di applicare l'art. 325 TFUE, come interpretato dalla sentenza Taricco, comporta che in taluni casi vengano disapplicati gli artt. 160, terzo comma, e 161, secondo comma, del Codice penale nei confronti di reati in materia di imposta sul valore aggiunto (IVA) che costituiscono frode in danno degli interessi finanziari dell'Unione.

La Corte di cassazione, dopo aver ricordato che nell'ordinamento italiano l'istituto della prescrizione appartiene alla legalità penale sostanziale, ha sottolineato la violazione dell'art. 25, secondo comma, della Costituzione per i profili della riserva di legge in materia penale, posto che il regime della prescrizione cesserebbe di essere legale, della determinatezza, a causa della genericità dei concetti di «grave frode» e di «numero considerevole di casi», intorno ai quali ruota la "regola Taricco", e del divieto di retroattività, considerato che i fatti addebitati agli imputati sono anteriori all'8 settembre 2015, data di pubblicazione della sentenza Taricco.

Inoltre, sarebbe leso l'art. 101, secondo comma, della Costituzione, perché verrebbe demandata al giudice un'attività implicante una «valutazione di natura politico-criminale», che spetterebbe invece al legislatore.

La Consulta rinvia alla Corte Ue

La Corte costituzionale, a sua volta, con l'ordinanza n. 24 del 2017, anziché decidere le questioni che le erano state rimesse, ha disposto un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per l'interpretazione relativa al significato da attribuire all'art. 325 TFUE e alla sentenza Taricco.

Secondo la Corte costituzionale, l'eventuale applicazione della "regola Taricco" nel nostro ordinamento violerebbe gli artt. 25, secondo comma, e 101, secondo comma, della Costituzione e non potrebbe perciò essere consentita neppure alla luce del primato del diritto dell'Unione. Tuttavia è sembrato alla Corte che la stessa sentenza Taricco tendesse ad escludere questa applicazione ogni qual volta risultasse in conflitto con l'identità costituzionale dello Stato membro, implicando una violazione del principio di legalità penale.

Di ciò è stata chiesta conferma alla Corte di giustizia.

La nuova pronuncia della Corte Ue

La Grande sezione della Corte di giustizia, con sentenza 5 dicembre 2017, in causa n. C-42/17, M.A. S. e M. B., comprendendo il dubbio prospettato dalla Corte costituzionale ha riconosciuto che l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare, sulla base della "regola Taricco", la normativa interna in materia di prescrizione, viene meno quando ciò comporta una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene, a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile o dell'applicazione retroattiva di una normativa che prevede un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato.

La nuova pronuncia della Corte di giustizia opera su due piani connessi.

In primo luogo chiarisce che, in virtù del divieto di retroattività *in malam partem* della legge penale, la "regola Taricco" non può essere applicata ai fatti commessi anteriormente alla data di pubblicazione della sentenza che l'ha dichiarata, ovvero anteriormente all'8 settembre 2015. Si tratta di un divieto che discende immediatamente dal diritto dell'Unione e non richiede alcuna ulteriore verifica da parte delle autorità giudiziarie nazionali.

In secondo luogo demanda a queste ultime il compito di saggiare la compatibilità della "regola Taricco" con il principio di determinatezza in materia penale, che è sia principio supremo dell'ordine costituzionale italiano sia cardine del diritto dell'Unione, in base all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE).

Parola finale alla Consulta: la "regola Taricco" contrasta col principio di determinatezza in materia penale

Alla luce del chiarimento interpretativo offerto dalla sentenza M.A.S., la Corte costituzionale ha ritenuto che tutte le questioni sollevate dai giudici rimet-

tenti fossero non fondate, perché la "regola Taricco" doveva ritenersi inapplicabile nei rispettivi giudizi.

In entrambi i giudizi infatti si procedeva per fatti avvenuti prima dell'8 settembre 2015, sicché l'applicabilità degli artt. 160, terzo comma, e 161, secondo comma, del Codice penale e la conseguente prescrizione dei reati oggetto dei procedimenti *a quibus* erano riconosciute dalla stessa sentenza M.A.S., che aveva escluso gli effetti della "regola Taricco" rispetto ai reati commessi prima di quella data.

Comunque, secondo la Corte costituzionale, indipendentemente dalla collocazione dei fatti, prima o dopo l'8 settembre 2015, i giudici rimettenti non avrebbero potuto applicare la "regola Taricco", perché in contrasto con il principio di determinatezza in materia penale, consacrato dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione.

Infatti, un istituto come la prescrizione, che incide sulla punibilità della persona riconnettendo al decorso del tempo l'effetto di impedire l'applicazione della pena, nell'ordinamento giuridico italiano rientra nell'alveo costituzionale del principio di legalità penale sostanziale enunciato dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione con formula di particolare ampiezza, ed è parso evidente il *deficit* di determinatezza che caratterizza sia l'art. 325, par. 1 e 2, TFUE (per la parte da cui si evince la "regola Taricco") sia la "regola Taricco" in sé.

Quest'ultima, per la porzione che discende dal par. 1 dell'art. 325 TFUE, è stata ritenuta irrimediabilmente indeterminata nella definizione del «numero considerevole di casi» in presenza dei quali può operare, perché il giudice penale non dispone di alcun criterio applicativo della legge che gli consenta di trarre da questo enunciato una regola sufficientemente definita. Né a tale giudice può essere attribuito il compito di perseguire un obiettivo di politica criminale svincolandosi dal governo della legge al quale è invece soggetto (art. 101, secondo comma, Costituzione).

Ancor prima è stato ritenuto indeterminato l'art. 325 TFUE, perché il suo testo non permette alla persona di prospettarsi la vigenza della "regola Taricco", e una scelta relativa alla punibilità deve essere autonomamente ricavabile dal testo legislativo al quale i consociati hanno accesso. «Fermo restando – ha aggiunto la Corte costituzionale – che compete alla sola Corte di giustizia interpretare con uniformità il diritto dell'Unione, e specificare se esso abbia effetto diretto, è anche indiscutibile che, come ha riconosciuto la sentenza M.A.S., un esito interpretativo non conforme al principio di determinatezza in campo penale non possa avere cittadinanza nel nostro ordinamento».

Un rilievo analogo è stato svolto anche per la porzione della "regola Taricco" tratta dal par. 2 dell'art. 325 TFUE.

In questo caso, infatti, se anche il principio di assimilazione non desse luogo sostanzialmente a un procedimento analogico *in malam partem*, e potesse permettere al giudice penale di compiere un'attività priva di inaccettabili margini di indeterminatezza, ciò comunque non potrebbe avvenire sulla base del par. 2 dell'art. 325 TFUE, dal quale una persona non potrebbe desumere i contorni della "regola Taricco".

In altri termini, qualora si reputasse possibile da parte del giudice penale il confronto tra frodi fiscali in danno dello Stato e frodi fiscali in danno dell'Unione, al fine di impedire che le seconde abbiano un trattamento meno severo delle prime quanto al termine di prescrizione, ugualmente l'art. 325, par. 2, TFUE non perderebbe il suo tratto non adeguatamente determinato per fungere da base legale di tale operazione in materia penale, posto che i consociati non avrebbero potuto, né oggi potrebbero sulla base del solo quadro normativo, raffigurarsi tale effetto.

Ciò posto, la Corte ha concluso che «l'inapplicabilità della "regola Taricco", secondo quanto riconosciuto dalla sentenza M.A.S., ha la propria fonte non solo nella Costituzione repubblicana, ma nello stesso diritto dell'Unione» e che quindi non sono fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate nel presupposto che tale regola fosse invece applicabile.

(Omissis)

LA TUTELA INTERORDINAMENTALE DEI DIRITTI FONDAMENTALI DOPO LA SENTENZA N. 115/2018 DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA: QUALI RICADUTE NELLO SPAZIO ECONOMICO E GIURIDICO EUROPEO?

Sommario: **1.** *Introduzione. Il dialogo fra Corti sui diritti e le libertà fondamentali nella fase attuale del processo di integrazione europea* - **2.** *Il caso «Taricco» quale esempio delle problematiche in caso di mancato coordinamento dei sistemi giuridici di tutela dei diritti fondamentali* - **3.** *Le posizioni delle due Corti in merito al rapporto fra ordinamenti nella tutela dei diritti della persona* - **4.** *Valutazioni conclusive: concorrenza o convergenza delle norme di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa?*

1. Introduzione. Il dialogo fra Corti sui diritti e le libertà fondamentali nella fase attuale del processo di integrazione europea

La crescita della mobilità delle persone, accompagnata dal progressivo aumento della sfera di influenza del diritto dell'Unione europea, ha reso sempre più frequente il verificarsi di controversie nelle quali la sovrapposizione di fonti appartenenti a ordinamenti diversi – tutte parimenti orientate a regolare la materia e apparentemente applicabili – produce conflitti e aporie che rischiano, a parità di condizioni di fatto, di condurre i singoli verso trattamenti giuridici differenti a seconda della collocazione delle fattispecie in una dimensione puramente interna o in un contesto sovranazionale¹.

¹ La questione della rilevanza non puramente interna delle fattispecie giuridiche ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione europea è stata affrontata più volte in passato dalla giurisprudenza della Corte soprattutto, per la determinazione dei margini di applicabilità delle norme sulle libertà economiche. Oggi il tema si ripropone in diversa veste, anche per effetto

Il diritto penale è, probabilmente, l'ambito più esposto agli effetti di questa travagliata fase di mutamento di prospettive, come dimostra la recente giurisprudenza sviluppatasi a seguito di un primo rinvio pregiudiziale del Tribunale di Cuneo² sulla questione delle frodi carosello IVA, nota come «saga *Taricco*».

La strutturazione del diritto Ue come ordinamento giuridico maturo che pone al centro la persona³ ha reso, infatti, particolarmente insoddisfacente in questo ambito la coesistenza di sistemi diversi di tutela dei diritti fondamentali un tempo giustificati facendo ricorso, di volta in volta, al «dualismo», alla «riserva di legge», alla «dottrina della protezione equivalente» o ad argomentazioni affini, espressioni tutte di una concezione essenzialmente giuspositivistica del costituzionalismo continentale.

La questione, tuttavia, non riguarda solo questo specifico riflesso della crescente maturità e completezza del diritto dell'Unione europea, ben potendo, in definitiva, essere ricondotta a un quadro giuridico più generale che pone al centro dell'odierna discussione il problema dell'efficacia diretta delle norme Ue, della loro *supremacy* rispetto alle concorrenti disposizioni nazionali, il principio di attribuzione e la *preemption* in tutti gli ambiti sensibili alla strutturazione sovranazionale del diritto: dalle libertà economiche alla tutela della persona, passando per l'autonomia normativa nazionale, con particolare riferimento, ovviamente, ai settori in cui l'integrazione giuridica risulta più recente e, dunque, meno definita per via della mancanza di una lettura giurisprudenziale consolidata delle fattispecie di volta in volta sotto esame⁴.

In effetti, agli esordi dell'integrazione europea la protezione dei diritti umani risultava ancora largamente anorganica (non essendo, com'è noto, questi ultimi nemmeno esplicitamente contemplati nel primo testo dei

dell'equiparazione giuridica della Carta dei diritti fondamentali Ue ai Trattati e la possibile efficacia diretta di alcune norme ivi contenute. Sulla nozione di «situazione puramente interna» e le sue conseguenze giuridiche sia consentito rinviare al recente volume di A. ARENA, *Le "situazioni puramente interne" nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

² Si tratta, com'è noto, dell'ordinanza del 17 gennaio 2014 del Tribunale di Cuneo, Ufficio del Giudice per l'Udienza Preliminare, est. *Boetti*, reperibile sul sito internet http://penalecontemporaneo.it/upload/1391714331rinvio_pregiudiziale_Cuneo.pdf

³ Il passaggio è noto e risalente nel tempo, anche se ha assunto carattere formale a partire dal Trattato di Maastricht in poi.

⁴ Il tema, come accennato, non è nuovo, ben potendo essere ricondotto alla dialettica classica fra ordinamenti. Ciò che lo rende comunque di estrema attualità è la portata "rinnovata" della tensione ordinamentale in relazione alla progressiva proiezione del diritto dell'Unione europea in contesti un tempo toccati solo da interventi normativi diretti. Sul punto sia consentito rinviare a quanto già a suo tempo osservato da F. CAPELLI, *Direttive comunitarie e normativa penale degli Stati membri*, in *Foro Pad.*, 1979, parte IV, p. 91, nonché, dello stesso A., *Una sentenza decisiva sui rapporti fra norme Cee e leggi nazionali* [nota a sentenza Corte Cost. n. 170/84], in questa *Rivista*, 1984, p. 204.

Trattati), sicché, accanto agli sforzi della Corte di giustizia orientati a ricostruirne l'esistenza, l'identità e il contenuto nell'ordinamento comunitario, potevano trovare spazio "letture con riserva" dell'integrazione giuridica europea che attribuivano alle Corti costituzionali degli Stati membri il delicato compito di "sorvegliarne" costantemente lo sviluppo per garantire la salvaguardia del nucleo di valori costituenti l'identità nazionale in materia, fra i quali, *in primis*, le norme poste a tutela della libertà e della dignità individuale⁵.

In quest'ottica poteva trovare spiegazione anche lo strumento ultimo dei c.d. «controlimiti costituzionali», ossia la possibilità che in casi estremi questa attività di vaglio potesse condurre allo sbarramento dell'ingresso degli effetti giuridici delle norme sovranazionali nell'ordinamento interno, in un'ottica a tratti influenzata da un certo grado di nazionalismo giuridico⁶.

L'approccio in questione ha, tuttavia, perso progressivamente aderen-

⁵ Non essendo possibile in questa sede dilungarsi sul punto, sia consentito, per un quadro teorico più generale, rinviare alla manualistica fondamentale, fra cui in particolare E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Torino, Giappichelli, 2018; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea. Sistema istituzionale. Ordinamento. Tutela giurisdizionale. Competenze*, Milano, Giuffrè, 2018; U. DRAETTA - F. BESTAGNO - A. SANTINI, *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Milano, Giuffrè, 2018; R. ADAM - A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2017; U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, Cacucci, 2017; R. BIN - P. CARETTI - G. PITRUZZELLA, *Profili costituzionali dell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2016; G. STROZZI - R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2016.

⁶ I controlimiti costituzionali costituiscono un tema classico sul quale la dottrina ha lungamente riflettuto. Fra i più recenti contributi in merito sia consentito ricordare, in via esemplificativa e non esaustiva, S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018; AA. VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. BERNARDI, Napoli, Jovene, 2017; R. MASTROIANNI, *Supremazia del diritto dell'Unione e "controlimiti" costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016, reperibile sul sito internet www.penalecontemporaneo.it; E. CLOOTS, *National identity in EU law*, New York, Oxford University Press, 2015; M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Quest. giust.*, 2015, reperibile sul sito internet www.questionegiustizia.it; B. CONFORTI, *La Corte applica la teoria dei controlimiti*, in *Riv. dir. int.*, 2013, p. 527 ss.; E. LAMARQUE, *Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, in *Diritto Pubblico*, 2013, p. 727 ss.; P. MENGGOZZI, *Corte di giustizia, giudici nazionali e tutela dei principi fondamentali degli Stati membri*, in *Dir. Un. Eur.*, 2012, p. 561 ss.; M. ORLANDI, *L'evoluzione del primato del diritto dell'Unione europea. Dalla contrapposizione tra sistemi giuridici al dialogo multilaterale*, Torino, Utet, 2012; A. TIZZANO, *Dall'unità nazionale all'integrazione soprannazionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2012 p. 632 ss.; A. RUGGERI, *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e "controlimiti" mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 2011, reperibile sul sito internet www.rivistaaic.it; P. FARAGUNA, *Limiti e controlimiti nel Lisbon-Urteil del Bundesverfassungsgericht: un peso, due misure*, in *Quad. cost.*, 2010, p. 75 ss.; C. PINOTTI, *I controlimiti nel rapporto tra diritto comunitario e nazionale*, in questa *Rivista*, 2009, p. 211; U. VILLANI, *I "controlimiti" nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, in AA. VV., *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 495 ss., e *ivi* per ulteriori citazioni.

za con l'evoluzione dell'ordinamento Ue, via via che quest'ultimo è andato a sua volta strutturandosi – anche sul piano formale – in chiave protettiva dell'individuo, al punto da rendere urgente una rivisitazione del tema, in particolare a seguito dell'approvazione della Carta di Nizza e della sua successiva equiparazione giuridica ai Trattati.

La lettura "competitiva" in cui si iscrive questa dinamica evolutiva, infatti, non poteva che portare ad una nuova fase di conflittualità rispetto all'equilibrio – invero assai precario – creato in passato dalle interpretazioni "parallele" dell'integrazione europea date dalle giurisprudenze costituzionali nazionali⁷ e della Corte di giustizia⁸.

Non può stupire, dunque, che l'incidente che ha rialimentato la contrapposizione si sia sviluppato su di un caso che si colloca al crocevia fra libertà (personali ed economiche), obblighi di protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea, proporzionalità ed adeguatezza degli strumenti sanzionatori adottati a questi fini, ivi includendosi le garanzie difensive riconosciute tanto dalla nostra Carta costituzionale quanto dagli ordinamenti sovranazionali rilevanti (*in primis*, ovviamente, la CEDU e l'ordinamento Ue).

⁷ Si vedano, a titolo meramente esemplificativo, le sentenze della Corte costituzionale italiana n. 98 del 27 dicembre 1965, *Acciaierie San Michele*, in questa *Rivista*, 1965, p. 309; n. 183 del 27 dicembre 1973, *Frontini*, in questa *Rivista*, 1973, p. 421; n. 232 del 30 ottobre 1975, *I.C.I.C.*, in questa *Rivista*, 1975, p. 635 con nota di F. CAPELLI, *Norme nazionali posteriori confliggenti con quelle comunitarie*, 1975, p. 640; n. 170 dell'8 giugno 1984, *Granital*, in questa *Rivista*, 1984, p. 193, con commento di F. CAPELLI, *Una sentenza decisiva sui rapporti fra norme Cee e leggi nazionali*, cit. *supra*, nota 4; n. 232 del 21 aprile 1989, *Fragd*, nonché la coeva giurisprudenza costituzionale tedesca, e spec. 29 maggio 1974, *Solange-Klausel I*, in questa *Rivista*, 1974, p. 277; 22 ottobre 1986, c.d. *Solange-II*, in questa *Rivista*, 1987, p. 459, con commento di N. LORENZ, *Una sentenza decisiva della Corte costituzionale tedesca. Un passo avanti nell'integrazione europea?*, 1987, p. 475, e nota di P. MENGOZZI, *La tutela dei diritti dell'uomo e il rapporto di coordinamento-integrazione funzionale tra ordinamento comunitario e ordinamenti degli Stati membri nei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale italiana e tedesca*, 1987, p. 479, fino alle più recenti pronunce 12 ottobre 1993 sulla legittimità della ratifica del Trattato di *Maastricht* e 30 giugno 2009 sulla compatibilità del Trattato di Lisbona con la Costituzione tedesca. Con riferimento al tema in questione la letteratura non può essere, per ovvie ragioni, qui utilmente riepilogata. Sia pertanto consentito rinviare alla manualistica fondamentale in materia, fra cui in particolare i volumi di E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea. Sistema istituzionale. Ordinamento. Tutela giurisdizionale. Competenze*; U. DRAETTA - F. BESTAGNO - A. SANTINI, *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*; R. ADAM - A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*; U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*; R. BIN - P. CARETTI - G. PITRUZZELLA, *Profili costituzionali dell'Unione europea*; G. STROZZI - R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, tutti cit. *supra*, nota 5.

⁸ La ricostruzione completa della giurisprudenza comunitaria in materia non pare in questa sede utile. Sia consentito a titolo meramente esemplificativo richiamare le sentenze 5 febbraio 1963 in causa n. 26/62, *Van Gend en Loos*, EU:C:1963:1; 15 luglio 1964 in causa n. 6/64, *Costa c. ENEL*, EU:C:1964:66; 9 marzo 1978 in causa n. 106/77, *Simmenthal*, EU:C:1978:49, in questa *Rivista*, 1978, p. 285 con commento di F. CAPELLI, *Conflitto fra Corte di Giustizia di Lussemburgo e Corte Costituzionale italiana*, 1978, p. 289.

La questione della complessità giuridica dei rapporti interordinamentali che stiamo costruendo (di cui, a prescindere da ogni formalismo, va riconosciuta l'innegabile accelerazione negli ultimi dieci anni) ha assunto, dunque, anzitutto un rilievo particolare nella discussione "costituzionale", ma non è scevra di conseguenze anche pratiche, ove si consideri che la crescita del diritto Ue, oggi, si misura non tanto in termini di "conquista" di spazi giuridici nuovi, quanto, piuttosto, nella chiave di lettura delle norme dell'Unione alla luce dell'evoluzione di questo stesso ordinamento e delle conseguenti sue ricadute nei rapporti economici e sociali un tempo caratterizzati prevalentemente dal discorso sulla liberalizzazione degli scambi commerciali e sulla pienezza della regolamentazione comunitaria delle fattispecie.

Le conclusioni della giurisprudenza sulla saga *Taricco* costituiscono, dunque, un punto di partenza interessante per una riflessione più ampia sul futuro dei rapporti fra integrazione giuridica e costituzionalismo europeo contemporaneo con riferimento a tutti i settori del diritto e dell'economia.

2. Il caso «*Taricco*» quale esempio delle problematiche in caso di mancato coordinamento dei sistemi giuridici di tutela dei diritti fondamentali

Il problema del potenziale conflitto fra sistemi di tutela dei diritti fondamentali richiede anzitutto una sintetica ricostruzione dell'ambito entro il quale la vicenda in esame è stata affrontata e risolta.

Come accennato in precedenza, l'intera sequenza giurisprudenziale trae origine dalla sentenza dell'8 settembre 2015⁹ con la quale la Corte di giustizia ha dichiarato l'efficacia diretta dell'art. 325 TFUE concernente la tutela degli interessi finanziari dell'Unione e precisato di conseguenza l'obbligo di disapplicazione di ogni eventuale normativa nazionale in contrasto, ivi inclusa la disciplina della prescrizione dei reati ove da ciò non

⁹ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea dell'8 settembre 2015, in causa n. C-105/14, *Ivo Taricco et al.*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, settembre 2015, EU:C:2015:555. La sentenza è stata annotata da numerosissimi commentatori, in particolare in Italia. Non essendo possibile in questa sede riepilogare utilmente tutti i lavori in merito, sia consentito fare riferimento sinteticamente alle principali opere collettanee che di recente hanno raccolto la più autorevole dottrina in materia, fra le quali C. AMAFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Milano, Giuffrè, 2018; S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale*, cit. supra, nota 6; A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, Jovene, 2017; A. BERNARDI - C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017; I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problemi attuali*, Milano, Giuffrè, 2017, ed ivi per ulteriori citazioni.

possa derivare un ostacolo all'efficacia della norma Ue e alla sua necessaria prevalenza sul diritto interno¹⁰.

A seguito del pronunciamento (e delle sue prime applicazioni in giudizi nazionali pendenti) la Corte di appello di Milano prima e la Corte di cassazione¹¹ poi hanno ritenuto di poter ravvisare un conflitto fra la norma Ue in questione come interpretata dalla Corte e il principio di legalità contenuto nell'art. 25 della Costituzione: a giudizio dei remittenti il rispetto della disposizione del Trattato, infatti, avrebbe comportato la necessaria disapplicazione della prescrizione anche nei giudizi pendenti, con un effetto retroattivo che – attesa la natura "sostanziale" dell'istituto nel nostro ordinamento giuridico – avrebbe intaccato irrimediabilmente la legalità in termini di certezza, prevedibilità e irretroattività della normativa penale in discussione. Di conseguenza hanno rimesso alla Corte costituzionale la questione di illegittimità della legge di ratifica del Trattato di Lisbona nella parte in cui consentirebbe l'eventuale ingresso nel nostro ordinamento di disposizioni in contrasto con la riserva di legge, la tassatività e l'irretroattività delle norme penali.

Si trattava, dunque, di un nuovo caso di ricorso ai c.d. controlimiti costituzionali, invocati per tutelare i diritti fondamentali degli imputati derivanti dalla natura sostanziale e non meramente processuale riconosciuta dal nostro ordinamento all'istituto giuridico della prescrizione¹².

Quest'ultima circostanza, a giudizio dei remittenti, non era stata adeguatamente soppesata dalla Corte di giustizia, lasciando intravedere margini per una interpretazione adeguatrice della regola tracciata dalla sentenza *Taricco*.

Com'è noto la Corte costituzionale ha colto questo spiraglio con una formula orientata a suggerire una via d'uscita alla contrapposizione: con

¹⁰ Com'è noto la prima sentenza conteneva un riferimento condizionante al rispetto dei diritti fondamentali dell'imputato (cfr. il punto 53 delle motivazioni), rimesso al controllo dei giudici nazionali caso per caso. Il passaggio, estremamente sbrigativo, ha consentito il chiarimento successivo sulla portata e il senso della sentenza *Taricco* con riferimento al principio di legalità nell'ordinamento Ue e in quello costituzionale italiano.

¹¹ Cfr. l'ordinanza della Corte di appello di Milano del 18 settembre 2015, n. 339 reg. ord. 2015, reperibile sul sito internet *Diritto penale contemporaneo* all'indirizzo www.penalecontemporaneo.it/upload/1442596551Ord_rim_18.9.15.pdf, nonché l'ordinanza della Corte di cassazione 8 luglio 2016, n. 212, reg. ord. 2016, disponibile sul sito <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2016/10/12/16C00292/s1>.

¹² Questo profilo, sebbene determinante ai fini della qualificazione della fattispecie nei termini precisati, esula dalle finalità del ragionamento qui sviluppato e, dunque, non potrà essere oggetto per ovvie ragioni di approfondimento. Basti al riguardo ricordare che la Corte di giustizia, nella prima sentenza *Taricco*, aveva interpretato la prescrizione alla luce degli orientamenti della Corte EDU, quale causa di estinzione del processo insuscettibile – come tale – di ingenerare legittimi affidamenti negli imputati. Cfr. in merito il punto 57 della sentenza e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ivi richiamata.

ordinanza n. 24/2017¹³, infatti, ai giudici del Lussemburgo veniva chiesto di "confermare" la conformità del diritto dell'Unione europea alla nostra costituzione tanto con riferimento ai diversi profili della "legalità", quanto alla necessità di non delegare al giudice ordinario l'accertamento caso per caso dei limiti del primato del diritto dell'Unione europea in relazione alla tutela dei diritti fondamentali della persona¹⁴.

L'ordinanza ventilava, in caso di risposta negativa, la possibilità di accogliere le richieste di declaratoria di incostituzionalità pervenute alla Corte, determinando una drammatica ed inusitata rottura fra i due ordinamenti.

In effetti, con la sentenza del 5 dicembre 2017 nel caso *M.A.S. e M.B.*¹⁵, la Corte di giustizia con argomentazioni in premessa giudicate da molti commentatori poco "eleganti" sottese a giustificare un capovolgimento di orientamenti, addossava alla lacunosità dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Cuneo la responsabilità degli equivoci generati dalla sua precedente pronuncia e individuava una strada per ricucire lo strappo apparentemente conforme alle aspettative della Corte costituzionale: nelle motivazioni si legge, infatti, che per un verso il principio di lega-

¹³ Cfr. l'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017 nei giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008 n. 130, reperibile sul sito internet della Corte costituzionale, www.cortecostituzionale.it.

¹⁴ In particolare la Corte, dopo aver affermato che «il diritto dell'Unione e le sentenze della Corte di giustizia che ne specificano il significato ai fini di un'uniforme applicazione, non possono interpretarsi nel senso di imporre allo Stato membro la rinuncia ai principi supremi del suo ordine costituzionale» (cfr. p. 5 dell'ordinanza), afferma che «il convincimento di questa Corte, del quale si chiede conferma alla Corte di giustizia, è che con tali asserzioni» [concernenti il punto 53 della sentenza della Corte di giustizia Ue nella causa *Taricco* relativo alle attività di controllo da parte del giudice nazionale circa il rispetto dei diritti fondamentali dell'imputato] «si sia inteso affermare che la regola tratta dall'art. 325 TFUE è applicabile solo se è compatibile con l'identità costituzionale dello Stato membro, e che spetta alle competenti autorità di quello Stato farsi carico di una siffatta valutazione» (cfr. p. 6 dell'ordinanza).

¹⁵ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea 5 dicembre 2017 in causa n. C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, dicembre 2017, EU:C:2017:936. Tra i commenti alla decisione si vedano M. BASSINI - O. POLLICINO, *Defusing Taricco Bomb through Fostering Constitutional Tolerance: All Roads Lead to Rome*, in *VerfBlog*, www.verfassungblog.de, 5 dicembre 2017; C. CUPELLI, *Ecce Taricco II. Fra dialogo e diplomazia, l'attesa sentenza della Corte di giustizia*, in www.penalecontemporaneo.it, 11 dicembre 2017; P. FARAGUNA, *Frodi sull'IVA e il caso Taricco: la Corte di giustizia fa marcia indietro*, in www.lacostituzione.info, 6 dicembre 2017; E. LUPO, *La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 dicembre 2017; A. MASSARO, *Taricco 2 – Il ritorno (sui propri passi?)*. *I controlimiti questione che "spetta ai giudici nazionali": cambiano i protagonisti ma la saga continua*, in www.giurisprudenzapenale.com, 6 dicembre 2017; P. MORI, *Il principio di legalità e il ruolo del giudice comune tra Corte costituzionale e Corti europee*, in *Dir. Un. Eur.*, 2018, p. 97 ss.; A. RUGGIERI, *La Corte di giustizia porge un ramoscello di ulivo alla Consulta su Taricco e resta in fiduciosa attesa che legislatore e giudici nazionali si prendano cura degli interessi finanziari dell'Unione (a prima lettura della sentenza della Grande Sezione del 5 dicembre 2017)*, in www.diritticomparati.it, 11 dicembre 2017; F. VIGANÒ, *Legalità "nazionale" e legalità "europea" in materia penale: i difficili equilibri della Corte di Giustizia nella sentenza M.A.S. ("Taricco II")*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, p. 1281 ss.

lità, parte integrante del diritto UE e tutelato dalla Carta di Nizza, doveva intendersi quale preclusione assoluta al prodursi di effetti giuridici in *malam partem* nei confronti degli imputati di giudizi pendenti al momento del deposito della sentenza *Taricco*.

Per altro verso la disapplicazione delle norme penali sulla prescrizione nei procedimenti a venire – astrattamente ipotizzabile, stante il "chiarimento" sulla portata dell'art. 325 TFUE – avrebbe dovuto essere comunque subordinata ad un preventivo giudizio di conformità al principio di determinatezza (in termini anzitutto di "prevedibilità") secondo regole comuni al diritto Ue e al diritto nazionale.

Il "dialogo" si è, quindi, concluso da ultimo con la sentenza n. 115/2017 della Corte costituzionale¹⁶, con la quale, ribadite le argomentazioni "nazionalistiche" dell'ordinanza n. 24/17, è stata comunque dichiarata l'infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dai giudici remittenti sotto il duplice profilo dell'inapplicabilità della sentenza *Taricco* ai giudizi pendenti in base ai due elementi essenziali della legalità in materia penale (irretroattività e della necessaria determinatezza della norma), nonché, in prospettiva, anche per quelli a venire in funzione della impossibilità di superare la riserva di legge affidando al giudice di cognizione la funzione di rendere prevedibile il contenuto della disciplina applicabile attraverso l'integrazione giurisprudenziale.

3. Le posizioni delle due Corti in merito al rapporto fra ordinamenti nella tutela dei diritti della persona

Così riepilogata la vicenda, appare necessario ai fini che qui interessano concentrarsi preliminarmente sull'attuale approccio della Corte costituzionale al tema della potenziale concorrenza di norme appartenenti a sistemi giuridici diversi e relative alla tutela dei diritti fondamentali della persona.

Nell'ordinanza n. 24/2017 la Corte afferma chiaramente che: *1.* né il diritto dell'Unione europea, né le sentenze della Corte di giustizia che ne precisano il significato possono essere interpretati nel senso di imporre allo Stato membro la rinuncia ai principi supremi del suo ordine costituzionale, siccome nei Trattati risulta iscritto un vincolo al rispetto di quest'ultimo (cfr. art. 4.2. TUE), e, d'altra parte, le tradizioni costituzionali comuni concorrerebbero a determinare lo stesso contenuto dell'*acquis* comune in

¹⁶ Cfr. la sentenza della Corte costituzionale n. 115 del 2018, reperibile sul sito internet della Corte costituzionale all'indirizzo <http://www.cortecostituzionale.it>.

chiave assai diversa da quella prospettata dalla sentenza *Taricco*; 2. in questo senso l'esclusione dell'obbligo per i giudici di disapplicare le disposizioni sulla prescrizione per far salvi gli effetti diretti dell'art. 325 TFUE e il primato del diritto Ue non deriverebbe da una interpretazione "alternativa" di quest'ultimo, ma «esclusivamente dalla circostanza, in sé estranea all'ambito materiale di applicazione del diritto dell'Unione europea, che l'ordinamento italiano attribuisce alla disciplina sulla prescrizione il carattere di norma del diritto penale sostanziale», con conseguente suo assoggettamento al principio di legalità contenuto nell'art. 25, comma secondo, della Costituzione.

Una simile qualificazione, interamente riconducibile a scelte "sovrane" del legislatore nazionale, chiarisce come la Corte costituzionale abbia mantenuto nella sostanza inalterato nel tempo il proprio approccio ai conflitti interordinamentali definito con la giurisprudenza *Frontini*: l'interpretazione data alla sentenza della Corte di giustizia *Taricco* contiene l'intero ragionamento nell'alveo della presunzione di conformità assiologica fra i due ordinamenti a condizione che quello dell'Unione rispetti il più elevato *standard* di tutela accordato dalla Costituzione italiana agli imputati, ossia, in definitiva, con riferimento solo a quest'ultima in caso di contrasto¹⁷.

Al di là delle sfumature semantiche improntate a maggiore o minore cautela, l'ordinanza n. 24/2017 e la sentenza n. 115/2018 affermano in altre parole che la Costituzione rimane il fondamento ultimo dell'efficacia del diritto dell'Unione europea nel nostro ordinamento, influenzandone in modo determinante la lettura; sicché le fonti Ue – ove non specificamente derivanti da un accordo fra gli Stati membri, come nel caso dell'armonizzazione¹⁸ – dovrebbero risultare condizionate negli effetti dall'imprescin-

¹⁷ Cfr. sul punto, in particolare, l'ordinanza n. 24/2017 laddove si afferma che «la Costituzione italiana conferisce al principio di legalità penale un oggetto più ampio di quello riconosciuto dalle fonti europee, perché non è limitato alla descrizione del fatto di reato e alla pena, ma include ogni profilo sostanziale concernente la punibilità. Appare a ciò conseguente che l'Unione rispetti questo livello di protezione dei diritti della persona, sia in ossequio all'articolo 53 della Carta di Nizza (...) sia perché, altrimenti, il processo di integrazione europea avrebbe l'effetto di degradare le conquiste nazionali in tema di libertà fondamentali e si allontanerebbe dal suo percorso di unificazione nel segno del rispetto dei diritti umani (art. 2 TUE). Al contrario, la Corte di giustizia ha riconosciuto che le modalità con le quali ciascuno Stato membro tutela i diritti fondamentali della persona, anche quando questo comporta una restrizione alle libertà attribuite dai Trattati, non devono necessariamente essere le stesse. Ogni Stato membro protegge tali diritti in conformità al proprio ordinamento costituzionale (...)» (punto 7).

¹⁸ La Corte ha richiamato esplicitamente nella sentenza il precedente "*Melloni*" della Corte di giustizia (cfr. sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 26 febbraio 2013 in causa n. C-399/11, *Stefano Melloni c. Ministero Fiscal*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, febbraio 2013, EU:C:2013:107), per spiegare le ragioni di diversità fra le due fattispecie, essenzialmente riconducibili alla mancanza di armonizzazione delle normative europee sulla prescrizione dei reati concernenti l'evasione dell'IVA. In particolare, secondo la nostra Corte costituzionale l'impossibilità di garantire l'applicazione dello *standard* minimo nazio-

dibile rispetto dei valori fondamentali nazionali di cui le Corti costituzionali risulterebbero ultime/uniche garanti, essendo espressione di una specifica identità valoriale.

L'approccio della Corte di giustizia, apparentemente non di rottura rispetto a questa posizione, si colloca in realtà in una prospettiva assai diversa da quella della nostra Corte costituzionale.

A prescindere dal significato che si voglia attribuire alla prima sentenza *Taricco*, non pare infatti discutibile il fatto che la reazione da questa generata abbia spinto i giudici del Lussemburgo ad anteporre ad ogni valutazione nel merito delle norme in discussione la pura e semplice difesa della tradizionale lettura federalistica dell'integrazione europea.

Nelle conclusioni del 18 luglio 2017, l'Avvocato Generale Bot aveva proposto alla Corte di non prendere in considerazione il principio di legalità come elemento costitutivo della identità nazionale o costituzionale italiana (e, dunque, di escludere la rilevanza dell'art. 4.2 TUE) in quanto semplice espressione – nei termini esplicitati dall'ordinanza n. 24/2017 Corte Cost. – di una «concezione esigente della tutela di un diritto fondamentale»¹⁹.

L'argomento non è stato tuttavia accolto dalla Corte di giustizia, che ha preferito individuare una soluzione al problema tutta interna al diritto dell'Unione europea.

Nella sentenza *M.A.S.*, infatti, il principio di legalità viene ricostruito nei suoi tratti essenziali con riferimento all'art. 49 della Carta interpretato alla luce dell'art. 7, par. 1, CEDU.

nale di protezione dell'imputato contumace nel caso *Melloni* derivava dal fatto che «una soluzione opposta avrebbe inciso direttamente sulla portata della Decisione quadro 26 febbraio 2009, n. 2009/299/GAI (...), e avrebbe perciò comportato la rottura dell'unità del diritto dell'Unione in una materia basata sulla reciproca fiducia in un assetto normativo uniforme. Viceversa, il primato del diritto dell'Unione non è posto in discussione» nel caso *Taricco* «perché (...) non è in questione la regola (...) desunta dall'art. 325 TFUE, ma solo l'esistenza di un impedimento di ordine costituzionale alla sua applicazione diretta da parte del giudice» (punto 7 dell'ordinanza n. 24/2017). Sul punto v. T. FENUCCI, *A proposito della Corte di giustizia UE e dei c.d. "controlimiti": i casi Melloni e Taricco a confronto*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2018, n. 1, www.fsjeurostudies.eu.

¹⁹ Cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale della Corte di giustizia dell'Unione europea YVES BOT presentate il 18 luglio 2017 in causa n. C-42/17, Procedimento penale a carico di *M.A.S. e M.B.*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, dicembre 2017, EU:C:2017:564, ove si precisa che «non si deve confondere quanto rientra in una concezione esigente della tutela di un diritto fondamentale con una lesione dell'identità nazionale o, più precisamente, dell'identità costituzionale di uno Stato membro. Nel caso di specie viene certamente in rilievo un diritto fondamentale protetto dalla Costituzione italiana la cui importanza non può essere sottovalutata, ma questo non significa, di per sé, che debba essere presa in considerazione l'applicazione dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE» (cfr. punto 179).

La Corte lo ha, quindi, considerato in termini di limite (o, come è stato giustamente osservato²⁰, di eccezione) al primato, effettuando un vero e proprio bilanciamento fra norme di pari rango ispirato a criteri costituzionali e regolato dalla proporzionalità.

In questo contesto si è riservata implicitamente il compito esclusivo di valutare caso per caso i conflitti fra norme primarie del diritto Ue anche quando in giuoco vi siano i diritti fondamentali dell'individuo, onde garantire l'unitarietà e l'effettività di quest'ultimo in una fase assai dinamica dell'integrazione europea quale quella attuale.

Lo spazio lasciato alle giurisdizioni nazionali nell'impostazione descritta è, dunque, minimo: ai giudici degli Stati membri viene in effetti delegata solo la funzione di applicare il risultato di una simile valutazione (o, a seconda dei casi, di chiederla con lo strumento del rinvio pregiudiziale); la Corte costituzionale può concorrere a questa attività senza, tuttavia, poter rivendicare alcuna competenza esclusiva in materia²¹, essendo, in definitiva, l'ambito entro il quale sorge e deve essere risolto il conflitto fra le norme rilevanti pienamente parte del diritto dell'Unione europea.

²⁰ Cfr. sul punto L. S. ROSSI, *M.A.S. e M.B. e la torre di Babele: alla fine le Corti si comprendono ... pur parlando lingue diverse*, in C. AMALFITANO, *Primato del diritto dell'Unione europea*, cit. *supra*, nota 8, p. 162.

²¹ La conclusione appare scontata, ma apre la porta a ulteriori futuri conflitti ove si consideri quanto diversamente opinato dalla nostra Corte costituzionale nella sentenza n. 269/2018, laddove ha, invece, affermato che «le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento *erga omnes* di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.). La Corte giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (ex artt. 11 e 117 Cost), secondo l'ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali (...). In linea con questi orientamenti, questa Corte ritiene che, laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità costituzionale tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 TFUE». Per un primo commento a questa ulteriore conseguenza della giurisprudenza *Taricco* si vedano, *ex multis*, i lavori di A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto euorunitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista di Diritti Comparati*, n. 3/2017, p. 234 ss.; U. VILLANI, *Limitazioni di sovranità, "controlimiti" e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, in *Studi integr. eur.*, 2017, p. 489 ss.; P. MENGOZZI, *Norme costituzionali e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un'incomprensione temporanea tra Corte costituzionale italiana e Corte di giustizia?*, in *Studi integr. eur.*, 2018, p. 675 ss.; F. POLEGRI, *Il principio del sindacato accentrato della Consulta in caso di contrasto tra diritto nazionale e Carta di Nizza: considerazioni sulla sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale*, *ibidem*, p. 803 ss.

4. Valutazioni conclusive: concorrenza o convergenza delle norme di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa?

La diversità delle posizioni espresse dalle due Corti sollecita alcune considerazioni sulla prospettiva attraverso la quale possono essere esaminate e risolte le questioni attinenti alla protezione della persona in funzione degli sviluppi più recenti dell'integrazione europea e della complessità interordinamentale che ha generato²².

La sentenza del 2015 della Corte di giustizia è stata accolta dalla dottrina internistica più sensibile al tema con l'auspicio di un contenimento dell'invasività del diritto dell'Unione europea e del ruolo della Corte stessa laddove si verificano sovrapposizioni con le disposizioni a tutela dei due elementi assiologici fondamentali alla base del sistema valoriale costituente l'identità costituzionale nazionale: libertà e autonomia dall'individuo²³.

In quest'ottica la regola *Taricco* è stata definita pericolosa, sbagliata e persino "sovversiva", perché foriera di un disordine interordinamentale ingovernabile e di un possibile travolgimento di principi costituzionali irrinunciabili non riconducibile a scelte consapevoli e autentiche dei Parlamenti nazionali.

Si tratta, a ben vedere, di una lettura espressione di una impostazione teorica risalente, in cui i sistemi giuridici si relazionano fra loro in termini

²² La questione ha, ovviamente, a che vedere anche con le iniziative normative più recenti in tema di prescrizione, che sembrerebbero aver incorporato un certo grado di "estremismo" a fronte della conflittualità descritta con le fonti sovranazionali. Per un primo commento alla riforma si vedano G. L. GATTA, *Una riforma dirompente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di cassazione. Legge 9 gennaio 2019, n. 3 (art. 1, lett. d, e, f)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 21 gennaio 2019, www.dirittopenalecontemporaneo.it; S. QUATTROCOLO, *Nelle vicende Taricco e Taricco bis uno spunto non sufficientemente valorizzato*, in C. AMALFITANO, *Primato del diritto dell'Unione europea*, cit. supra, nota 8, p. 205 ss.; E. LUPO, *La sentenza europea c.d. Taricco-bis*, cit. supra, nota 14; A. CAVALIERE, *Le nuove disposizioni "emergenziali" in materia di prescrizione del reato*, in *La Legislazione Penale*, www.lalegislationepenale.it, 2018, p. 12 ss.; S. ZIRULIA, voce «*La riforma della prescrizione del reato*», in R. GAROFOLI - T. TREU, *Libro dell'anno del diritto*, Roma, Ist. Enciclopedia Italiana, 2018, p. 113 ss.; D. PULITANO, *La posta in giuoco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1/2016, p. 230; F. TOMASELLO, *Per una riforma della prescrizione: le opzioni sul tappeto*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, ed ivi per ulteriori citazioni.

²³ Cfr. sul punto V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.dirittopenalecontemporaneo.it, 6 maggio 2016; R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, *ibidem*, 4 luglio 2016, p. 3 ss.; G. RICCARDI, *La Corte di giustizia tra "dialogo" e "monologo" nella "saga Taricco": silenzi, fraintendimenti e surrettizie appropriazioni di competenze penali dirette*, in C. AMALFITANO, *Primato del diritto dell'Unione europea*, cit. supra, nota 8, p. 319 ss.; C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, pubblicato il 18 luglio 2016, ed ivi per ulteriori citazioni, reperibile sul sito internet www.rivistaaic.it.

di apertura-chiusura, di gerarchia e, in definitiva, di criteri di dipendenza-precedenza.

L'integrazione europea, nella sua attuale consistenza, può in quest'ottica essere facilmente percepita come una minaccia, perché riproduce gli avversati paradigmi del diritto internazionale contemporaneo ritenuto eccessivamente invasivo, autoreferenziale e fautore di una proliferazione di norme e di attori-fonte che destabilizzano l'assetto ordinamentale rendendo vaga ed incerta la base giuridica per la protezione della persona²⁴.

La logica conseguenza di un simile approccio non può che essere la sollecitazione di un nuovo "protagonismo" della giurisprudenza costituzionale nazionale, invocata per ripristinare le architetture costituzionali sovvertite, creare deroghe generali per riservare ambiti normativi alla esclusiva sovranità degli Stati, tutelare i profili identitari erigendo barriere contro lo scardinamento del sistema provocato da livelli decisionali ritenuti lontani dalla volontà popolare.

Per drammatici (e sotto certi profili esagerati) che possano sembrare i toni in questione, non c'è dubbio che il clima instauratosi dopo la prima pronuncia della Corte di giustizia sia stato questo e che abbia ragionevolmente contribuito a generare toni inusuali nella argomentazione rocciosa (forse in parte anche "minacciosa") dell'ordinanza n. 24/2017 e della sentenza n. 115/2018 della Consulta.

Nella contestazione c'è, in definitiva, tutto lo spaesamento per la perdita dei confini giuridici del positivismo²⁵, l'ostilità verso la faticosa opera di scomposizione e ricomposizione delle fattispecie attinenti i diritti fondamentali in funzione dei contesti e delle prospettive assunte in un orizzonte che appare sempre più sfuggente laddove la natura stessa dei diritti in discussione richiederebbe certezza e stabilità.

Sul versante opposto è stato osservato che proprio la natura essenzialmente valoriale e strutturalmente composita dell'identità costituzionale dovrebbe condurre ad una lettura flessibile delle garanzie relative ai diritti umani, in cui i diversi ordinamenti concorrono volta per volta a definire il livello di tutela più adeguato.

Secondo chi ha sostenuto con maggior vigore la necessità di una integrazione delle prospettive delle due Corti «tanto dalla prospettiva del diritto-

²⁴ Il dibattito sull'attuale tendenza evolutiva del diritto è molto articolato. Per alcuni spunti interdisciplinari si veda M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, Giappichelli, 2008.

²⁵ Sul punto, per una lettura complessiva della crisi del relativismo giuridico si veda G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, Giappichelli, 2005, spec. p. 74 ss. N. MACCORMICK, *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel «commonwealth» europeo*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 243 ss.

to eurounitario (e della CEDU) quanto da quella costituzionale, reciprocamente convergenti (...) i controlimiti dovrebbero essere attivati unicamente laddove la lesione causata ai principi da una norma di origine esterna risulti maggiore del servizio dalla stessa reso, nel mentre dovrebbe essere mandata assolta una norma che, seppur incompatibile con questo o quel principio, si dimostri nondimeno in grado di offrire ai principi un servizio ancora più apprezzabile di quello che si avrebbe per effetto della sua caducazione o non applicazione. Essendo quello dell'apertura un principio fondamentale del diritto interno, se ne ha che il bilanciamento interordinamentale si converte e si risolve in un bilanciamento intraordinamentale (tra lo stesso principio dell'apertura e i principi restanti) e viceversa: testimonianza e conferma (...) di quella integrazione delle prospettive, di cui si è venuti dicendo»²⁶.

In una simile prospettiva il ruolo delle Corti risulterebbe ridisegnato ma pur sempre determinante: solo attraverso la giurisprudenza, infatti, è possibile raggiungere quella «massima espansione delle garanzie»²⁷ di volta in volta presupposta e realizzata attraverso il bilanciamento ispirato al principio della miglior tutela.

La definizione del difficile punto di equilibrio fra la lettura dualistica e l'approccio ispirato alla sovranità dei valori sui diversi sistemi giuridici che si sovrappongono può trarre un contributo determinante dalla rilettura di alcuni passaggi delle sentenze della saga *Taricco*.

L'esito del dialogo consente anzitutto di affermare che i problemi di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali non possono essere oggi risolti né in termini di separazione assoluta degli ordinamenti (e di vaglio da prospettiva interna della "omogeneità assiologica" dei sistemi giuridici esterni), né, d'altra parte, con interpretazioni eccessivamente aperte dei meccanismi di definizione dei contenuti normativi di riferimento.

La crisi della territorialità conseguente alla globalizzazione preclude, infatti, ragionamenti strettamente sovranistici e impone di accogliere una visione più ampia, di natura "circolare", degli strumenti giuridici di riferimento, vocazione peraltro da sempre contenuta nella nostra Costituzione (cfr. artt. 10-11) così come nelle fonti Ue (cfr. il ruolo delle tradizioni co-

²⁶ Cfr. A. RUGGERI, *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i «controlimiti»)*, in C. AMALFITANO, *Primato del diritto dell'Unione europea*, cit. supra, nota 8, p. 33.

²⁷ Così la nostra Corte costituzionale nella nota sentenza n. 317/2009, riprendendo una espressione di P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984, p. 41.

stituzionali comuni e, da ultimo, degli artt. 4.2, 6.3 TUE nonché artt. 51, 52 e 53 CDFUE)²⁸.

Nella nota sentenza n. 388 del 1999, la nostra Corte costituzionale ha efficacemente definito questo processo osservando che le diverse fonti internazionali che concorrono a definire un livello sempre più avanzato di protezione dell'individuo non si pongono in rapporto di «primazia» o di gerarchia in positivo o in negativo le une rispetto alle altre, ma, semmai concorrono ad integrare il panorama giuridico complessivo «completandosi reciprocamente nell'interpretazione»²⁹.

I principi che regolano i processi di integrazione europea hanno, dunque, anzitutto e certamente un marcato orientamento assiologico prima che sistematico. Essi costituiscono, tuttavia, anche un "limite" rispetto ad interpretazioni eccessivamente policentriche dell'impianto assiologico di fondo: se, infatti, è vero che attraverso l'opera della giurisprudenza le tradizioni costituzionali nazionali e le fonti internazionali hanno ingresso nel diritto Ue e concorrono a determinarne contenuti e senso, la giurisprudenza *Taricco* è chiara nel ricordare che il principio del primato, combinato con la sfera di influenza sempre più ampia del diritto dell'Unione, portano alla necessaria selezione delle norme applicabili in funzione del concreto atteggiarsi della fattispecie, con conseguente possibile disomogeneità finale delle soluzioni.

In particolare nel rapporto con gli ordinamenti degli Stati membri, laddove la Corte di giustizia nella sentenza *M.A.S.* ha deciso di mantenere la risposta ai quesiti interamente nell'ambito del perimetro del diritto Ue (richiamando la propria precedente sentenza *Akerberg Fransson*³⁰ e, per il tramite di questa, *Melloni*³¹) ha di fatto affermato contestualmente due principi: che lo spettro di azione dell'ordinamento Ue è assai ampio (in-

²⁸ In questo senso R. MASTROIANNI, *Supremazia del diritto dell'Unione e "controlimiti" costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2016, spec. p. 9. Più in generale sui meccanismi di flessibilità integrativa delle specificità costituzionali nazionali si veda U. VILLANI, *Valori comuni e rilevanza delle identità nazionali e locali nel processo d'integrazione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011.

²⁹ Cfr. M. VOGLIOTTI, *La fine del «grande stile» e la ricerca di una nuova identità per la scienza giuridica*, in V. BARSOTTI (a cura di), *L'identità della scienza giuridica in ordinamenti multilivello*, Rimini, Maggioli, 2013, p. 113. Sul punto si veda anche M. R. FERRARESE, *La globalizzazione del diritto: dalla "teologia politica" al diritto utile*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica*, cit. supra, nota 23, p. 49 ss.; A. RUGGERI, *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti e «contro limiti» mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in «Associazione italiana dei costituzionalisti», 2001, 1, pp. 8 e 11; C. GALLI, *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, Bologna, Il Mulino, 2001, spec. p. 55.

³⁰ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2013 in causa n. C-617/10, *Akerberg Fransson*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, febbraio 2013, EU:C:2013:105, spec. punto 29.

³¹ Cfr. supra, nota 12.

corporando anche la mera attuazione nazionale per via indiretta o sanzionatoria delle sue norme) e che in questi contesti il primato, l'effettività e la necessità di garantire l'effetto utile delle norme dell'Unione non tollerano confusioni o sovrapposizioni di fonti eterogenee, essendo semmai compito esclusivo della Corte di giustizia effettuare un bilanciamento costituzionale fra fonti primarie proprie del diritto Ue che garantisca la migliore soluzione al caso concreto.

Nell'attuale fase dell'integrazione europea, dunque, il "concorso" dei diversi ordinamenti al servizio delle finalità protettive della persona e dei valori che la riguardano si determina anzitutto distinguendo quali fattispecie appartengano a quali ordinamenti e come questi debbano/possano coordinarsi fra loro.

Si è, in altre parole, nella necessità di individuare nuove chiavi di lettura del rapporto in oggetto che si basino su norme che regolano i conflitti fra sistemi prima ancora che i «valori», come avviene per l'ordinamento Ue attraverso gli artt. 51.3 e 53 della Carta rispettivamente con riferimento al rapporto fra i diritti fondamentali e le norme di attuazione anche indiretta del diritto dell'Unione da un lato, nonché lo *standard* minimo di protezione e il rispettivo ambito di applicazione dei diversi ordinamenti.

La reciproca influenza, nei limiti di quanto poi riconducibile all'uno o all'altro, appare essere anzitutto culturale: la complessità della situazione porta, infatti, prioritariamente per via giurisprudenziale ad una continua comunicazione, alla moltiplicazione dei richiami reciproci³² anche laddove gli ordinamenti non produrrebbero, di per sé, effetti giuridici vincolanti negli ambiti sovrapposti, ad una crescente collaborazione interordinamentale fatta non solo di giurisprudenze, ma anche di incontri, riflessioni, e, in definitiva, «dialoghi».

Per questo motivo lo spunto forse più interessante (e la cui analisi richiederà senz'altro ulteriori riflessioni teoriche e giudiziali) risiede nella ridefinizione del ruolo del rapporto fra le Corti: escludendosi che il dibattito sviluppatosi a seguito del rinvio pregiudiziale del GUP di Cuneo possa racchiudere un conflitto di valori, la logica conseguenza è che esprima proprio la necessità di mettere a punto gli strumenti più adeguati per raccordare i vari sistemi giuridici onde evitare una eccessiva disomogeneità

³² In questo senso è stato efficacemente osservato che «l'apertura verticale induce quella orizzontale: corti nazionali tengono conto di decisioni di corti sovra-nazionali, anche se queste riguardano altri paesi e non si applicano, in senso stretto, al paese di appartenenza (...); leggi di altri paesi divengono rilevanti per giudici sovra-nazionali che debbono decidere per un paese diverso (...); giudici nazionali divengono interessati ad accertare quale sia la soluzione legislativa data in altri paesi a certi problemi, per le implicazioni che possono esservi nei conseguenti giudizi nazionali» (cfr. S. CASSESE, *Fine della solitudine delle Corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino*, Torino, Accademia delle Scienze, 2014, p. 28).

di trattamento fra fattispecie in definitiva riconducibili ad un medesimo ambito sociale e geografico.

Si impone, quindi, la ridefinizione dell'apporto delle Corti attraverso l'esclusione di approcci da "presidio di confini giuridici" e "sorveglianza rispetto a contenuti irrinunciabili", in favore della ricerca di soluzioni maggiormente condivise per il governo delle sempre più numerose fattispecie che presentano elementi di collegamento fra i vari ordinamenti giuridici chiamati in causa.

In questo scenario le tradizioni costituzionali degli Stati membri potranno continuare a svolgere il ruolo loro proprio di costruzione di un substrato giuridico e culturale comune, mentre la Carta è destinata a divenire sempre più espressione della convergenza assiologica dei diversi livelli ordinamentali e, al contempo, lo strumento di regolazione dei conflitti per governare la complessità del sistema. L'apertura degli ordinamenti nazionali e di quello Ue alla dimensione internazionale (in particolare alla CEDU) dovrebbe, infine, garantire una coerenza complessiva delle soluzioni individuate dai vari ordinamenti per la migliore protezione dei diritti fondamentali.

L'eredità *Taricco* è, in definitiva, proprio questa: l'emersione in termini evidenti dell'urgenza del dialogo necessario a completare la costruzione dell'identità costituzionale europea attraverso il pluralismo e la condivisione dell'impianto valoriale a tutela della persona.

Vito Rubino*

SINTESI

In questo articolo l'Autore ripercorre la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte costituzionale italiana sviluppatasi a seguito del rinvio pregiudiziale del 2014 del GUP di Cuneo in merito alla disciplina italiana sulla prescrizione dei reati e alla compatibilità con le norme europee sulla concorrenza e sulle libertà economiche, per valutare le conseguenze che il riaccendersi del conflitto interordinamentale può determinare. In particolare la questione dei c.d. «controlimiti costituzionali» viene riesaminata, dopo l'esito del secondo rinvio pregiudiziale (sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 2017, nel caso *M.A.S.*, e sentenza della Corte costituzionale italiana n. 115/2018), nel senso di escludere che vi possa essere una "competitività" fra sistemi di protezione dei diritti fondamentali, essendo, semmai, necessario approcciare il tema in termini di individuazione degli elementi di collegamento che consentono di collocare la fattispecie nella sua dimensione giuridica effettiva, e, di

* Ricercatore in diritto dell'Unione europea / Università del Piemonte Orientale

conseguenza, di individuazione dell'ordinamento entro il quale essa potrà trovare adeguata soluzione. Poiché da una simile strutturazione giuridica dei rapporti interordinamentali potrebbe derivare una diversità o disomogeneità di trattamento di condizioni obiettivamente uguali, l'A. individua nel «dialogo fra Corti» lo strumento più adatto a consentire in futuro il convergere assiologico dei sistemi, anche in funzione del ruolo che le tradizioni costituzionali comuni rivestono nell'ambito delle fonti Ue.

ABSTRACT

In this article the Author examines the case-law of the European Court of Justice and the Italian Constitutional Court following the preliminary ruling of 2014 of the Italian Preliminary Hearing Judge of Cuneo with regard to the Italian rules on limitation periods ("time-barred") which may give rise to impunity. The Italian Judge raised the question of the coherence of the time-barred rules with the European competition law and economic freedoms. This issue must also be examined in order to evaluate the possible consequences of the renewed outbreak of conflicts between the different legal orders.

In particular the constitutional "counter-limits" issue is analysed with reference to the most recent judgments in the so-called "Taricco Saga" (ECJ judgment M.A.S. of 2017 and the Italian Constitutional Court judgment No. 115/2018). The Author considers that the two different legal systems are not in competition with each other. The Author further considers that it is necessary to look at all the relevant circumstances which require that a specific legal framework should be applied, in order to find the best juridical solution to the specific cases.

Finally the author remarks that the dialogue and cooperation between supreme courts – in particular on the role of the constitutional traditions common to the Member States – is the best instrument in order to assure the convergence of the different legal orders on the same value-system, also considering that the multi-level structure of human rights protection could lead to a difference in treatment of the same situations on the basis of the rules applicable to the specific cases.

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

NUOVE CONSIDERAZIONI SU ALCUNI CONCETTI FONDAMENTALI DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*

TITOLO VII - NORME COMUNI SULLA CONCORRENZA, SULLA FISCALITÀ E SUL RAVVICINAMENTO DELLE LEGISLAZIONI

Capo 1 - Regole di concorrenza

Sezione 1 - Regole applicabili alle imprese

Articolo 101 (ex articolo 81 del TCE)

1. Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'in-

* L'art. 101 TFUE qui pubblicato è stato estratto dalla versione consolidata del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in *Gu-Ue* n. C 202 del 7 giugno 2016, p. 47 ss. In argomento v. *infra*, p. 143 ss., il contributo di *GIAN FRANCO SIMONINI*.

terno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel:

a. fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione;

b. limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;

c. ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;

d. applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza;

e. subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

2. Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto.

3. Tuttavia, le disposizioni del par. 1 possono essere dichiarate inapplicabili:

- a qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese,

- a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese, e

- a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate, che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di:

a. imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi;

b. dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi.

IL CONCETTO DI RESTRIZIONI SENSIBILI ALLA CONCORRENZA PER «OGGETTO» E PER «EFFETTO»: È ANCORA ATTUALE UN'INTERPRETAZIONE FORMALISTICA DELL'ART. 101 TFUE?

Sommario: *Premesse - 1. Le condizioni previste dal par. 1 dell'art. 101 TFUE - 2. Il pregiudizio al commercio comunitario - 3. La Comunicazione de minimis - 4. Le restrizioni per oggetto o per effetto - 5. Le intese verticali - La distribuzione esclusiva e selettiva - 6. Le restrizioni per oggetto: maggiori dettagli - 7. Alcune significative decisioni della Corte di giustizia - 8. Per un approccio economico nella valutazione per oggetto - 9. Conclusioni.*

Premesse

In un pregevole intervento alla Quarantesima conferenza sulla normativa *antitrust*, tenutasi al Fordham Competition Law Institute di New York nel 2013, A. Italianer, allora Direttore Generale della DG Concorrenza della Commissione europea, riteneva molto complesso definire gli accordi¹ anti-competitivi per *oggetto* o per *effetto* perché: «*every agreement concerning trade, every regulation of trade, restrains*»². Ricordava che negli USA si

¹ A. ITALIANER, *Competitor agreements under EU competition law*, relazione tenuta in occasione della 40th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, Fordham Competition Law Institute, New York, 26 September 2013, reperibile sul sito internet https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2013_07_en.pdf. Con il termine «accordo verticale» si intende la relazione tra imprese che operano a diverso stadio sul mercato, ad esempio tra un produttore ed un distributore. Nel momento in cui i loro accordi vengono ad incidere sensibilmente sul mercato, alterandone il funzionamento si creano restrizioni: la distribuzione esclusiva e la distribuzione selettiva quantitativa sono le più note forme di restrizioni verticali. Per restrizioni verticali si intendono anche le clausole contenute in detti accordi (ad esempio la fissazione da parte del fornitore dei prezzi dei prodotti destinati alla rivendita dall'acquirente, le clausole di approvvigionamento esclusivo superiori a 5 anni, il divieto di vendite passive).

² L'affermazione è di Justice Brandeis nel caso *Board of Trade of Chicago vs. United States*, 246 U.S., 1918.

era formata una distinzione, prima monolitica poi sfumata, tra intese anti-competitive *per se* e intese restrittive esaminabili attraverso la dottrina della *rule of reason*. Distinzione non presente nell'ordinamento comunitario³: anche recentemente, nella sentenza *Portugal Telecom*⁴, il Tribunale dell'Unione europea ha affermato che per quanto riguarda il carattere oggettivamente necessario di una restrizione, non può essere ammessa l'esistenza di una regola di ragionevolezza nel diritto dell'Unione in materia di concorrenza. Tale posizione è giustificata dallo scopo di rispettare l'effetto utile dell'art. 101, par. 3, TFUE⁵.

L'inutilizzabilità di una *rule of reason*⁶ nel par. 1 dell'art. 101 TFUE facilita non poco un approccio formalistico e consente di affermare che determinate restrizioni per oggetto sono tali *by very nature*. Si legittima così l'assunto che: «è patente che questo tipo di accordi collide con la concezione intrinseca alle norme del Trattato CE in materia di concorrenza, in base alla quale ogni operatore economico deve determinare autonomamente la politica che intende praticare sul mercato. L'art. 81, n. 1, CE (ora 101 TFUE) intende infatti evitare ogni forma di coordinamento che sostituisca scientemente una cooperazione pratica tra imprese ai rischi della concorrenza⁷».

Nel momento in cui si afferma che un accordo può risultare restrittivo per oggetto in base alla sua stessa formulazione, rimane impedita all'im-

³ L'art. 101 TFUE prevede al par. 1 il divieto di creare accordi anticompetitivi e al par. 3 l'esame dell'efficienza di quegli accordi che sono ritenuti illeciti ai sensi del par. 1. Questo meccanismo (non presente nel sistema americano) rende più controllabili gli accordi tra imprese da parte delle Autorità della concorrenza perché la formulazione del par. 1 è talmente ampia da contenerne un numero elevatissimo.

⁴ Sentenza del Tribunale del 28 giugno 2016 in causa n. T-208/13, *Portugal Telecom c. Commissione*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, giugno 2016, EU:T:2016:368.

⁵ L'esame ai sensi del par. 3 dell'art. 101 TFUE è rivolto al bilanciamento degli effetti negativi e positivi che l'accordo esplica, quindi misura l'efficienza del medesimo.

⁶ Tra le più celebri decisioni ispirate alla dottrina della *rule of reason*, fortemente sostenuta dalla Scuola di Chicago, vi è *Continental Television v. GTE Sylvania*, in 433 U.S. 36, 1977. La Sez. I dello *Sherman Act* proibisce gli accordi che restringono la concorrenza: ben presto le corti americane hanno cominciato a ragionare sull'effettiva portata delle restrizioni alla concorrenza, accettando le spiegazioni competitive offerte dalle scuole economiche. Sono state create tre categorie di restrizioni, esaminate con regole diverse: *a. per se rule*, *b. rule of reason*; *c. quick look*.

Nella *per se rule* l'attore allega solo la restrizione senza dover provare gli effetti. Il convenuto non può addurre alcuna giustificazione a sua difesa. Nella *rule of reason* l'accordo è analizzato in dettaglio nella forma, negli effetti che produce nel mercato e nelle finalità che si prefigge. Vengono valorizzati accordi protesi a stimolare la concorrenza ed a favorire il benessere dei consumatori. Le Corti valutano anche se la restrizione è ragionevole. Non è considerato restrittivo *a priori* nessun accordo. Nella *quick look* le Corti, in presenza di una situazione non evidente come quella *per se rule*, accettano che venga utilizzato uno *standard* probatorio meno rigoroso rispetto alla seconda regola.

⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 20 novembre 2008 in causa n. C-209/07, *Competition Authority c. Beef Industry Development Society Ltd e Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd.*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 8637, EU:C:2008:643.

presa incolpata ogni altra difesa perché l'intesa: «can be regarded by very nature, as being injurious to the proper functioning of normal competition»⁸.

Si ragiona, pertanto, come se l'art. 101 TFUE fosse (quanto alle restrizioni per oggetto) una norma di *pericolo astratto* (come il limite di velocità nel codice della strada); norma che protegge una situazione già predefinita come pericolosa dal legislatore (e che non necessita né della verifica della sua concreta offensività né della consapevolezza dell'impresa di trasgredire l'art. 101 TFUE).

Tuttavia solo per alcune restrizioni si può affermare che esse sono palesemente anticompetitive (ad esempio: la fissazione dei prezzi, la creazione di cartelli, i comportamenti escludenti, la limitazione della produzione, la partizione dei mercati). Per le altre non pare possibile prescindere dalla loro analisi economica nel mercato. Diversamente il diritto della concorrenza diverrebbe un diritto di principi astratti che tutelano la concorrenza sotto il profilo sociale, anche in assenza di un effettivo danno.

Quando si utilizza la nozione di restrizioni gravi (*ex se*) in modo troppo ampio si corre il rischio di pervenire a risultati insoddisfacenti⁹. Nel caso *Lundbeck*¹⁰ si discute avanti il Tribunale delle UE a proposito del fatto che questa impresa aveva concluso nel 2002 accordi riguardanti la produzione di un farmaco specialistico con altre imprese produttrici di farmaci generici. In cambio dell'impegno delle imprese di farmaci generici di non entrare nel mercato del proprio farmaco, *Lundbeck* accordava alle imprese pagamenti ingenti e altri incentivi. In particolare, versava somme forfetarie considerevoli, comprava scorte di prodotti generici con il solo scopo di distruggerle e offriva vantaggi garantiti nell'ambito di un accordo di distribuzione. Tali accordi le hanno dato la certezza che le imprese di farmaci generici sarebbero rimaste fuori dal mercato durante il periodo di vigenza degli accordi. Il Tribunale non ritiene necessario che per valutare una restrizione per oggetto la Commissione assuma un approccio «effects-

⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 14 marzo 2013 in causa C-32/11, *Allianz Hungária c. Gazdasági*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, marzo 2013, EU:C:2013:160.

⁹ Nell'argomentata sentenza della Corte di cassazione francese del 24 ottobre 2018, *Andreas Stihl SAS c. Autorità della Concorrenza*, reperibile sul sito internet della Autorità della Concorrenza francese, a proposito di una limitazione alle vendite dei distributori facenti parte di un sistema di distribuzione selettiva tramite *internet* che consisteva nell'obbligo contrattuale della consegna dei prodotti presso il punto vendita, si ripercorre la storia della distribuzione selettiva sin dalla sentenza della Corte di giustizia nella causa *Metro (v. infra, nota 51)* che descrive gli elementi che non fanno ricadere nel par. 1 dell'art. 101 TFUE il sistema selettivo (prodotti di qualità, che necessitano di servizio di vendita e assistenza *post vendita* qualificata). La Corte suprema francese ricorda che l'esame del mercato consente la verifica delle clausole restrittive per oggetto, precisando che solo per alcune limitate fattispecie (fissazione dei prezzi, cartelli fra imprese) si può ragionevolmente assumere che siano restrittive *ex se*.

¹⁰ Sentenza del Tribunale dell'8 settembre 2016, in causa n. T-472/13, *H. Lundbeck A/S c. European Commission*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, settembre 2016, EU:T:2016:449.

oriented», avendo unicamente l'obbligo di dimostrare che gli accordi in questione, in considerazione del tenore delle loro disposizioni, degli obiettivi ai quali mirano e del contesto economico nel quale si inseriscono, presentano un «*grado sufficiente di dannosità*» (non spiegato nei suoi limiti quantitativi) per la concorrenza, senza doversi spingere ad esaminare né gli effetti né la situazione che sarebbe esistita in assenza degli accordi controversi. In analoga fattispecie la Corte Suprema degli Stati Uniti aveva però motivatamente accolto tesi opposte, indagando sui concreti effetti dell'intesa (v. *FTC v. Actavis Inc.*, 570 U.S. 133 S. Ct. 2233, 2013).

Nel caso *Portugal Telecom*¹¹ la Corte di giustizia afferma che la qualificazione di «*restrizione per oggetto*» di una restrizione alla concorrenza dipende dalla sua idoneità a produrre effetti restrittivi. Infatti, affinché un accordo abbia un oggetto anticoncorrenziale, deve essere capace di produrre effetti negativi sulla concorrenza, vale a dire essere concretamente idoneo ad impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza in seno al mercato interno. Occorre inoltre far riferimento al contesto giuridico economico. Fatte queste premesse, che sembrerebbero imporre alla Commissione un *test* di contestualizzazione dell'accordo nel mercato, la Corte afferma che, tuttavia, sebbene, nell'ambito dell'interpretazione del contesto di un accordo, si debbano prendere in considerazione le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione, la Commissione non è sempre tenuta a procedere a una definizione precisa del mercato o dei mercati in questione. Infatti, la definizione del mercato rilevante non riveste la stessa importanza nell'applicazione dell'art. 101 TFUE o dell'art. 102 TFUE. Ai fini dell'applicazione dell'art. 102 TFUE, la definizione adeguata del mercato rilevante è una condizione necessaria e preliminare a qualsiasi giudizio su un comportamento che si pretende anticoncorrenziale, in quanto, prima di dimostrare l'esistenza di un abuso di posizione dominante, è necessario provare l'esistenza di una posizione dominante in un determinato mercato, il che presuppone la previa definizione di tale mercato. Per contro, per l'applicazione dell'art. 101 TFUE, si deve definire il mercato di cui trattasi per determinare se l'accordo di cui è causa possa incidere sugli scambi tra Stati membri ed abbia per oggetto o per effetto quello di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno. Pertanto, nell'ambito dell'art. 101, par. 1, TFUE, una definizione preliminare del mercato pertinente non si impone quando l'accordo controverso ha di per sé un oggetto anticoncorrenziale, vale a dire quando la Commissione ha potuto correttamente

¹¹ Sentenza del Tribunale del 28 giugno 2016 in causa n. T-208/13, *Portugal Telecom SGPS, SA c. Commissione*, cit. *supra*, nota 4.

concludere, senza una delimitazione preventiva del mercato, che l'accordo in questione falsa la concorrenza e può incidere in modo significativo sugli scambi tra gli Stati membri. Se l'oggetto stesso di un accordo è quello di restringere la concorrenza per mezzo di una «ripartizione di mercati», non è necessario un ulteriore esame¹².

A fronte di questo orientamento se ne contrappone uno che valorizza la verifica dell'intesa restrittiva nel mercato. Si è così affermato che, al fine di potere valutare la compatibilità di un accordo con il mercato comune con riguardo al divieto sancito dall'art. 81, n. 1, CE (ora art. 101 TFUE), occorre esaminare il contesto economico e giuridico nel quale l'accordo si colloca, il suo oggetto, i suoi effetti nonché l'incidenza dell'accordo sugli scambi intracomunitari, tenendo conto, in particolare, dei prodotti o dei servizi contemplati dagli accordi nonché della struttura e delle effettive condizioni di funzionamento del mercato interessato. Se l'accordo non possiede un oggetto anticoncorrenziale, occorre esaminarne gli effetti: affinché possa applicarsi il divieto, devono sussistere gli elementi che provino che il gioco della concorrenza sia stato effettivamente vuoi impedito, vuoi ristretto o sensibilmente falsato. A tal fine occorre considerare come il gioco della concorrenza avrebbe in effetti operato senza l'accordo contestato. L'alterazione della concorrenza può essere messa in dubbio qualora l'accordo appaia necessario appunto ai fini della penetrazione di un'impresa in una zona nella quale precedentemente non operava. Tale metodo di analisi, con particolare riguardo alla presa in considerazione della situazione della concorrenza che sussisterebbe in assenza dell'accordo, non si risolve nell'effettuazione di un bilancio degli effetti pro e anticoncorrenziali dell'accordo e nell'applicazione di una *rule of reason*, della quale il giudice comunitario ha escluso l'applicazione del contesto dell'art. 81, n. 1, CE. Infatti, l'esame richiesto con riguardo all'art. 81, n. 1, CE consiste essenzialmente nel prendere in considerazione l'impatto dell'accordo sulla concorrenza attuale e potenziale¹³. La concorrenza potenziale (ipoteticamente esercitabile da un eventuale concorrente non attualmente presente nel mercato, ma che potrebbe entrarvi) deve essere accertata in modo concreto.

Va a questo punto precisato che gli accordi di distribuzione limitata (distribuzione esclusiva, selettiva quantitativa e selettiva qualitativa) sono diversamente trattati dal diritto della concorrenza. La distribuzione selettiva qualitativa (se rispecchia determinati parametri) non rientra nel par. 1

¹² Conclusioni dell'Avvocato Generale Y. Bot del 26 marzo 2009 in cause riunite n. C-125/07 P, n. C-133/07 P, n. C-135/07 P e n. C-137/07 P, *Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG e altri c. Commissione*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 8681 ss., EU:C:2009:192.

¹³ Sentenza del Tribunale di primo grado del 2 maggio 2006 in causa n. T-328/03, *O2 (Germany) GmbH & Co. OHG c. Commissione*, in *Raccolta*, 2006, II, p. 1231 ss., EU:T:2006:116.

dell'art. 101 TFUE in ragione dell'incapacità del sistema di ripartire i mercati. Ciò nonostante, il Regolamento (Ue) n. 330/2010 sulle intese verticali esenta gli accordi di distribuzione selettiva qualitativa solo se le imprese coinvolte nell'accordo non superano la quota di mercato del 30% (art. 3 del Regolamento). Se tale quota è superata, gli accordi devono essere valutati alla luce del par. 1 dell'art. 101 TFUE¹⁴, per verificare se vi rientrano in ragione delle clausole in concreto applicate.

Secondo l'insegnamento tradizionale invece la distribuzione esclusiva e quella selettiva quantitativa rientrano nell'art. 101 TFUE, in quanto volte a ripartire i mercati e, per essere utilizzate, devono essere esentate ai sensi del par. 3 della predetta norma (o del Regolamento di esenzione degli accordi verticali). Nel par. 3 si effettua il bilanciamento degli effetti (positivi e negativi) dell'intesa¹⁵. Per evitare tale esame le imprese possono ricorrere al Regolamento di esenzione sulle intese verticali. È pur vero che, in particolare a proposito della distribuzione esclusiva, si è assistito, da parte della giurisprudenza, ad affermazioni che sembrano sottrarre questo tipo di accordo distributivo al par. 1 dell'art. 101 TFUE, ma tali affermazioni sono poi rimaste isolate¹⁶. Gli accordi di distribuzione esclusiva o selettiva quantitativa vengono generalmente esaminati alla luce del Regolamento di esenzione (quindi si presuppone che ricadano nel predetto par. 1). Ci si può chiedere se ciò sia ancora giustificato.

¹⁴ V. Regolamento (Ue) n. 461/2010 relativo all'applicazione dell'art. 101, par. 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico, in *Gu-Ue* n. L 129 del 28 maggio 2010, p. 52. Nella distribuzione selettiva qualitativa si utilizzano criteri di selezione dei membri della rete oggettivi e proporzionati; nella distribuzione selettiva quantitativa viene fissato dal fornitore un tetto al numero dei distributori della rete. V., a livello definitivo, il cessato Regolamento del settore automobilistico n. 1400/2002/Ce, in *Guce* n. L 203 del 1° agosto 2002, p. 30.

¹⁵ All'interno del par. 3 dell'art. 101 TFUE avviene un'operazione definita da A. ITALIANER, *Competitor agreement*, cit. *supra*, nota 1, come: «balancing between competitive harm and redeeming virtues». È questo bilanciamento che differenzia il sistema *antitrust* americano da quello comunitario: una intesa vietata dal primo sistema attraverso la *per se rule* è ritenuta definitivamente illecita, una intesa vietata per oggetto e ritenuta illecita ai sensi del par. 1 dell'art. 101 TFUE può essere ancora valutata sotto il profilo del par. 3, stessa disposizione.

¹⁶ «I contratti di esclusiva stipulati tra produttore e concessionario indipendenti non cadono, come tali, sotto il divieto dell'articolo 85, paragrafo 1. Tuttavia un accordo tra produttore e distributore allo scopo di ristabilire le barriere nazionali nel commercio tra Stati membri può essere tale da impedire il perseguimento degli obiettivi principali della comunità», sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 1966, in cause riunite n. 56 e n. 58/64, *Etablissements Consten e Grundig c. Commissione*, in *Raccolta*, 1966, p. 429, EU:C:1966:41. Secondo il par. 152 degli *Orientamenti sulle restrizioni verticali*, in *Gu-Ue* n. C 130 del 19 maggio 2010, p. 1, la distribuzione esclusiva (in quanto restrizione verticale) sembra rientrare automaticamente nel Regolamento di esenzione sulle intese verticali quando la quota di mercato delle imprese è inferiore al 30%. Rientrando nel Regolamento, si deve ritenere illecita ai sensi del par. 1 dell'art. 101 TFUE.

1. Le condizioni previste dal par. 1 dell'art. 101 TFUE

Il par. 1 dell'art. 101 TFUE vieta gli accordi tra imprese, le decisioni di associazioni di imprese, le pratiche concordate che possono *pregiudicare* il commercio intracomunitario o che hanno per *oggetto o per effetto*¹⁷ di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza.

La norma indica tre condizioni rilevanti: *a.* il pregiudizio al commercio comunitario; *b.* l'oggetto anticoncorrenziale; *c.* gli effetti restrittivi. Sono tre condizioni diverse fra loro, tuttavia, è ricorrente, nella giurisprudenza comunitaria, l'uso della espressione «restrizione sensibile alla concorrenza»¹⁸, per accomunarle¹⁹ in una dimensione quantitativa.

Il termine *restrizione*, frequentemente utilizzato dalla Commissione (e, in particolare, negli Orientamenti sulle restrizioni verticali del 2010), è del tutto generico ed è proprio di ogni accordo di produzione o distribuzione fra imprese. Per essere *rilevanti* ai fini comunitari le intese devono essere *sensibili*, devono cioè, innanzi tutto, avere una determinata dimensione quantitativa, rilevata sul mercato ove intervengono. Se la restrizione si consuma in un mercato locale (ristretto), il diritto comunitario se ne disinteressa²⁰; si parla, al proposito, di difetto di giurisdizione comunitaria

¹⁷ La Corte di giustizia esamina le restrizioni per oggetto o per effetto come due distinte (ed alternative) condizioni: depone in tal senso la formulazione letterale del par. 1 dell'art. 101 TFUE. I confini tra le due condizioni sono tuttavia molto labili in quanto, all'interno della norma, non sono presenti criteri di differenziazione. Sul punto, M. MAGGIOLINO, *I big data e il diritto antitrust*, Milano, Egea - Università Bocconi Editore, 2018.

Il sistema *antitrust* americano allorché analizza le restrizioni alla concorrenza utilizza di frequente l'espressione «sliding scale», evidenziando che le categorie abitualmente utilizzate (*per se rule, rule of reason, quick look*) possono differenziarsi per la qualità della prova, E. D. CAVANAGH, *Whatever Happened To Quick Look?*, in *University of Miami Law Review*, Vol. 26, Iss. 1, p. 39, 2017.

¹⁸ Su questi temi, G. BRUZZONE, *Le restrizioni per oggetto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: alla ricerca di un approccio sistematico*, Atti del V Convegno Antitrust di Trento del 17 Aprile 2015, reperibile sul sito internet <http://www.osservatorioantitrust.eu/it/wp-content/uploads/2015/04/BRUZZONE-V-Trento-Antitrust-Conference-2015.pdf>; J. KILLICK - J. JOURDAN, *Cartes Bancaires: A Revolution Or A Reminder of Old Principles We Should Never Have Forgotten?*, in *CPI Competition Policy International*, reperibile sul sito internet <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/EUDec14-3.pdf>; P. IBÁÑEZ COLOMO - A. LAMADRID DE PABLO, *On the notion of restriction of competition: What we know and what we don't know we know*, in D. GERARD - M. MEROLA - B. MEYRING, (eds.) *The Notion of Restriction of Competition: Revisiting the Foundations of Antitrust Enforcement in Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 333 ss.

¹⁹ Spesso la condizione del pregiudizio al commercio si coniuga con quella della restrizione per oggetto al fine di ricavare una finalità contraria al Trattato, come nel caso *Grundig*, cit. *supra*, nota 16.

²⁰ V. sentenza della Corte di giustizia del 31 maggio 1979 in causa n. 22/78, *Hugin c. Commission*, in *Raccolta*, 1979, p. 1869, EU:C:1979:138. Ivi si afferma che i comportamenti delle imprese i cui effetti sono limitati al territorio di un solo Stato membro rientrano nell'ambito dell'ordinamento giuridico nazionale. L'assunto separa la rilevanza comunitaria di un accordo da quella nazionale, tuttavia si può anche intravedere una posizione della Corte volta ad

(in favore di quella domestica)²¹.

La restrizione sensibile viene inoltre considerata, con diverso, astratto profilo, nell'*oggetto* o negli *effetti* dell'accordo. La Corte di giustizia trova, con indirizzo prevalente, più facile rinunciare alla prova di un pregiudizio (effettivo o potenziale) al commercio per limitarsi a dimostrare che l'accordo ha oggetto anticoncorrenziale²² e che esso è sensibile (o grave) quando se ne può affermare (anche in base all'esperienza) un certo grado di nocività. In tal caso, la restrizione si connota di un'antigiuridicità formale (*ex se*), valutata anche solo in potenza. Più precisamente, la Corte di giustizia afferma che questa condizione è soddisfatta se, per un complesso di ragioni oggettive, di diritto o di fatto, si può ragionevolmente ritenere che il pregiudizio sia tale da incidere, direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, sulle correnti degli scambi fra gli Stati membri in un senso nocivo alla realizzazione degli scopi del mercato unico interstatale²³. Con il che però tale petizione rimane formula astratta²⁴, del tutto generica, valida per numerose fattispecie²⁵.

Come si dirà, tale posizione, conclamata nel caso *Expedia* (v. *infra*, nota 29) dalla Corte di giustizia, è stata immediatamente fatta propria dalla Commissione europea che ha spiegato²⁶ che le restrizioni gravi per oggetto

un sostanziale disinteresse del diritto comunitario per accordi con scarsi effetti sulle dinamiche concorrenziali.

²¹ Cfr. A. PAPPALARDO, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, II edizione, Milano, Wolters Kluwer-Utet Giuridica, 2018, p. 38. Sentenza del Tribunale del 15 dicembre 2010 in causa n. T-427/08, *Confédération européenne des associations d'horlogers-réparateurs (CEAHR) c. Commissione*, in *Raccolta*, 2010, II, p. 5865, EU:T:2010:517.

²² Sentenza della Corte di giustizia del 21 gennaio 1999 in cause riunite n. C-215/96 e n. C-216/96, *Carlo Bagnasco c. Banca Popolare di Novara e altri*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 135, EU:C:1999:12, annotata in questa *Rivista*, 1999, p. 75.

²³ La Corte di giustizia nelle sentenze del 6 maggio 1971 in causa n. 1/71, *Cadillon c. Hoss*, in *Raccolta*, 1971, p. 351, EU:C:1971:47, e del 23 novembre 2006 in causa n. C-238/05, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL, Administración del Estado c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 11125, EU:C:2006:734, afferma che affinché una decisione, un accordo o una pratica possano pregiudicare il commercio fra Stati membri è necessario che, in base ad un complesso di elementi oggettivi di diritto o di fatto, appaia *sufficientemente probabile* che essi siano atti ad esercitare un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sugli scambi tra Stati membri, in modo tale da far temere che possano ostacolare la realizzazione di un mercato unico fra Stati membri.

²⁴ Lo notano A. FRIGNANI - S. BARIATTI (a cura di), *Disciplina della concorrenza nella UE*, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2016, p. 720. La Commissione europea sembra ponderare il requisito del pregiudizio sensibile al commercio tra gli Stati dell'Unione in una dimensione quantitativa, misurandola, innanzi tutto, con l'indicatore del *potere di mercato*. Lo scarso potere di mercato delle imprese coinvolte determina l'irrilevanza dell'intesa per il diritto comunitario. Rimane a parte la valutazione dell'oggetto o degli effetti dell'intesa.

²⁵ Questa affermazione si ritrova già nella causa *STM*. Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 30 giugno 1966 in causa n. 56/65, *Société Technique Minière c. Maschinenbau Ulm GmbH*, in *Raccolta*, 1966, p. 337, EU:C:1966:38. L'auspicio contenuto nella sentenza è rimasto inascoltato.

²⁶ Cfr. Commissione europea, *Staff Working Document, Guidance on restrictions of competition «by object» for the purpose of defining which agreements may benefit from the De*

non sono recuperabili nemmeno a fronte di uno scarso potere di mercato delle imprese che partecipano alla intesa, essendo rilevanti *ex se*, per la loro stessa natura anticompetitiva, indipendentemente dalla loro contestualizzazione economico giuridica²⁷. La Corte arriva così, nel punto 37, alla sorprendente affermazione che «si deve ritenere che un accordo suscettibile di influire sugli scambi tra Stati membri e che ha un oggetto anticoncorrenziale costituisca, per sua natura e indipendentemente da ogni effetto concreto che possa avere, una restrizione sensibile della concorrenza». L'affermazione è fortemente influenzata dal pensiero dell'Avvocato Generale Kokott. Essa, in precedenza, nelle conclusioni presentate il 19 febbraio 2009 nella causa *T-Mobile Netherlands*²⁸ aveva sostenuto che per affermare il divieto ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE (ora 101 TFUE), è già sufficiente che una pratica concordata abbia il potenziale, sulla scorta di dati legati all'esperienza, di esplicare effetti negativi sulla concorrenza (cioè sui parametri della concorrenza nel mercato, quali il prezzo, la produzione, la qualità dei prodotti, la varietà dei prodotti e l'innovazione). In altre parole, è sufficiente che la pratica concordata sia *concretamente* – ossia tenuto conto del suo rispettivo contesto economico e giuridico – *idonea*, ad impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune. Se e in che misura un siffatto effetto anticoncorrenziale effettivamente si produca può semmai essere rilevante per calcolare l'ammontare di eventuali ammende e per pretese risarcitorie. Questo discorso è proseguito nelle conclusioni nella causa *Expedia*²⁹ ove l'Avvocato Generale

Minimis Notice, del 25 giugno 2014, reperibile sul sito internet https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex_en.pdf.

²⁷ Il ragionamento sembra valere anche per gli effetti. Nella sentenza della Corte di giustizia del 14 marzo 2013 in causa C-32/11, *Allianz Hungária c. Gazdasági, cit. supra*, nota 8, si precisa che la quantità dell'effetto della restrizione ha importanza solo per il calcolo dell'ammenda. La distinzione tra oggetto ed effetti svanisce per lasciare il posto a quella tra i casi nei quali la restrizione è tratta dall'esperienza e quelli nei quali la restrizione deve essere valutata nel mercato.

²⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 4 giugno 2009 in causa n. C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV e Vodafone Libertel NV c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 4529, EU:C:2009:343.

²⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 13 dicembre 2012 in causa n. C-226/11, *Expedia Inc. c. Autorité de la concurrence* e altri, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, dicembre 2012, EU:C:2012:795. La sentenza riprende alcune indicazioni delle *Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del Trattato*, in *Guce* n. C 101 del 27 aprile 2004, p. 97 ss., ove si afferma che: «le restrizioni della concorrenza per oggetto sono quelle che per loro stessa natura possono restringere la concorrenza. Si tratta di restrizioni che, alla luce degli obiettivi delle regole di concorrenza comunitarie, hanno una potenzialità talmente alta di produrre effetti negativi sulla concorrenza che è inutile, ai fini dell'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, dimostrare l'esistenza di effetti specifici sul mercato. Questa presunzione si basa sul carattere grave della restrizione e sull'esperienza acquisita, che ha dimostrato che le restrizioni della concorrenza per oggetto possono verosimilmente determinare effetti negativi sul mercato e pregiudicare gli obiettivi perseguiti dalle regole di concorrenza comunitarie. Le restrizioni per oggetto, quali la fissazione dei prezzi e la ripartizione del mercato, provocano ri-

afferma che le restrizioni della concorrenza per oggetto possono essere considerate, per loro stessa natura, nocive al buon funzionamento del normale gioco della concorrenza. Gli accordi aventi un oggetto anticoncorrenziale sono notoriamente nocivi sotto il profilo sociale. Difficilmente le restrizioni per oggetto possono essere ritenute infrazioni bagatellari; al contrario, si deve partire dal presupposto che le imprese che concludono un accordo avente un oggetto anticoncorrenziale intendono sempre influenzare in modo sensibile la concorrenza mediante tale accordo, indipendentemente dall'entità delle rispettive quote di mercato e dal fatturato.

Tale assunto lascia perplessi perché l'insegnamento tradizionale (v. *infra*, nota 44, causa *Völk*) della Corte afferma che «un accordo non ricade nel divieto di cui all'art. 101 quando ha un effetto trascurabile sui mercati, in considerazione della debole posizione delle parti nel mercato del prodotto interessato».

Portando alle estreme conseguenze il ragionamento di *Expedia*, un accordo di esclusiva, anche quando non comporti una protezione territoriale assoluta e si sviluppi in un mercato nel quale le parti detengono scarse quote di mercato, potrebbe immediatamente ricadere nel par. 1 dell'art. 101 TFUE.

Tuttavia – a fronte di quanto sopra indicato – non mancano decisioni in cui le restrizioni verticali possono essere escluse dal par. 1 dell'art. 101 TFUE anche senza ricorrere alla regola della ragionevolezza (come affermato dalla Corte di giustizia nella causa *Coty*, v. *infra*, nota 71).

2. Il pregiudizio al commercio comunitario

Va precisato che la condizione del pregiudizio al commercio intracomunitario è autonoma da quella della restrizione per oggetto o per effetto.

Nella decisione della AGCM nel caso *Poste Italiane*, del 2018³⁰ si afferma: «la fattispecie abusiva è idonea a pregiudicare il commercio tra gli

duzioni della produzione ed aumenti dei prezzi, determinando una cattiva allocazione delle risorse, in quanto i beni e i servizi richiesti dai consumatori non vengono prodotti. Tali restrizioni determinano inoltre una riduzione del benessere dei consumatori, i quali devono pagare un prezzo più elevato per i beni e i servizi in questione».

Indicazioni che appaiono però del tutto generiche (R. JOLIET, *The Rule of Reason in Antitrust Law: American, German and Common Market Laws in Comparison*, Liège, Springer, 1967) e da dimostrare, specie quando indicano possibili effetti negativi per il benessere dei consumatori (ammesso che questo sia l'obiettivo delle norme sulla concorrenza). Basterebbe considerare la controversa (ancor'oggi) vicenda della fissazione dei prezzi di vendita (RPM), cfr. G. GUNDLACH - R. T. KROTZ, *Resale Price Maintenance after Leegin: The Curious Case of Contact Lenses (December 1, 2015)*, in *American Antitrust Institute Working Paper No. 15-04*, reperibile sul sito internet <https://ssrn.com/abstract=2712418> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2712418>.

³⁰ Provvedimento n. 27298/2018, in *Bollettino settimanale* n. 33/2018 dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, p. 5.

Stati membri e a consolidare la compartimentazione del mercato a livello nazionale, così ostacolando l'integrazione economica dell'Unione europea». Il pregiudizio è rappresentato dall'ostacolo all'integrazione comunitaria. Esso si traduce nell'alterazione dell'andamento degli scambi in assenza dell'intesa; tale alterazione potrebbe anche contribuire ad aumentare il volume degli scambi. Questa concezione è risalente³¹. Nel caso *Volkswagen*³² del 2001 la Commissione aveva sostenuto che il carattere sensibile della restrizione si desume dalla capacità della restrizione di *alterare* i normali flussi del commercio, quand'anche non si arrivi a compartimentare i mercati nazionali.

Nella sentenza *IAZ*³³ la Corte afferma che: «si deve osservare che tanto il contenuto della convenzione, quanto la sua genesi e le circostanze della sua messa in atto, manifestano chiaramente la volontà di riservare alle importazioni parallele, onde ostacolarle, un trattamento meno favorevole di quello riservato alle importazioni ufficiali. Di conseguenza, tenuto conto tanto del tenore della convenzione, quanto del suo contesto giuridico ed economico, nonché del comportamento delle parti contraenti, la convenzione ha lo scopo di restringere in misura rilevante il gioco della concorrenza nel mercato comune. Dalle considerazioni che precedono si desume che la convenzione è *atta* a rendere più difficili, se non impossibili, le importazioni parallele di lavabiancheria e lavastoviglie e può quindi pregiudicare il commercio fra Stati membri (...). La convenzione incide sull'interscambio comunitario in misura che va considerata rilevante».

Afferma la Comunicazione della Commissione, *Linee direttrici: la nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato* (in *Gu-Ue* n. C 101 del 27 aprile 2004, p. 81 ss.) che il «pregiudizio al commercio» è la base per affermare la giurisdizione della UE (rispetto a quelle nazionali). Nel documento si precisa che nell'analisi della nozione del pregiudizio al commercio vanno presi in considerazione, in particolare, tre elementi. *Il primo*: il significato di «commercio» non è

³¹ Cfr. caso *Grundig*, *cit. supra*, nota 16, ove: «la nozione di accordi che possano pregiudicare il commercio fra Stati membri tende a delimitare, in materia di disciplina delle intese, il campo di applicazione del diritto comunitario rispetto a quello dei diritti nazionali. A questo proposito è soprattutto importante stabilire se l'accordo possa incidere, in modo diretto o indiretto, in potenza o in atto, sulla libertà del commercio fra Stati membri, in un senso che possa nuocere alla realizzazione degli obiettivi di un mercato unico fra Stati; la circostanza che un accordo favorisca l'aumento, anche in misura considerevole, del volume degli scambi, non è sufficiente ad escludere che detto accordo possa pregiudicare detti scambi nel senso dell'articolo 85 del trattato CE».

³² Cfr. Decisione della Commissione europea del 29 giugno 2001, *Commissione c. Volkswagen*, COMP/F-2/36.693-Volkswagen, in *Guce* n. L 262 del 2 ottobre 2001, p. 14.

³³ Sentenza della Corte di giustizia dell'8 novembre 1983 in cause riunite da n. 96 a n. 102, n. 104, n. 105, n. 108 e 110/82, *NV IAZ International Belgium c. Commissione*, in *Raccolta*, 1983, p. 3369, EU:C:1983:310.

limitato agli scambi tradizionali di beni e servizi a livello transfrontaliero, ma è più ampio perché copre tutta l'attività economica transfrontaliera, incluso lo stabilimento. *Il secondo*: il significato di «possano pregiudicare»³⁴ implica che deve essere possibile prevedere, con un grado di probabilità adeguato, in base ad un complesso di fattori obiettivi, di fatto o di diritto, che l'accordo o la pratica possano avere un'influenza, diretta o indiretta, attuale o potenziale, sulle correnti degli scambi fra Paesi dell'UE. *Il terzo*: è possibile far riferimento ad un elemento quantitativo che limiti la sfera di applicabilità del diritto dell'UE agli accordi ed alle pratiche che possono avere effetti di una certa portata. L'incidenza sensibile può essere valutata in particolare con riferimento alla posizione e all'importanza delle imprese in questione sul mercato dei prodotti rilevanti.

Nella sentenza *Asnef*³⁵, la Corte afferma che l'interpretazione e l'applicazione della condizione ex art. 81, n. 1, CE (ora art. 101 TFUE) relativa all'impatto degli accordi sul commercio fra Stati membri devono assumere come punto di partenza lo scopo di tale condizione, che è quello di delimitare, in materia di disciplina della concorrenza, il campo di applicazione del diritto comunitario rispetto a quello degli Stati membri. Rientrano perciò nell'ambito del diritto comunitario qualsiasi intesa e qualsiasi prassi atte ad incidere sul commercio fra Stati membri in un modo che possa nuocere alla realizzazione degli scopi di un mercato unico fra gli Stati membri, in particolare isolando i mercati nazionali o modificando la struttura della concorrenza nel mercato comune. Affinché una decisione, un accordo o una pratica possano pregiudicare il commercio fra Stati membri è necessario che, in base ad un complesso di elementi oggettivi di diritto o di fatto, appaia sufficientemente probabile che essi siano atti ad esercitare un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sugli scambi tra Stati membri, in modo tale da far temere che possano ostacolare la realizzazione di un mercato unico fra Stati membri. Tale influenza non deve, inoltre, essere insignificante. Così, un impatto sugli scambi intracomunitari risulta, in generale, dalla combinazione di più fattori che di per sé non sarebbero necessariamente determinanti. Per verificare se un'intesa

³⁴ Secondo una costante giurisprudenza, l'art. 81, n. 1, CE non richiede che le intese da esso considerate abbiano pregiudicato in misura rilevante gli scambi intracomunitari, ma richiede che si provi che tali intese *siano atte a produrre* questo effetto (v., in tal senso, sentenze della Corte di giustizia del 1° febbraio 1978 in causa n. 19/77, *Miller c. Commissione*, in *Raccolta*, 1978, p. 131, EU:C:1978:19; del 17 luglio 1997 in causa n. C-219/95 P, *Ferrière Nord c. Commissione*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 4411, EU:C:1997:375).

³⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 23 novembre 2006 in causa n. C-238/05, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios*, *cit. supra*, nota 23.

pregiudichi in modo significativo il commercio fra Stati membri è necessario esaminarla nel suo contesto economico e giuridico.

Nella condizione del pregiudizio al commercio comunitario avviene, pertanto, una valutazione del contesto economico giuridico che non può limitarsi a prendere in considerazione solo dati formali che porterebbero a valutazioni aprioristiche³⁶.

3. La Comunicazione *de minimis*

La struttura del sistema *antitrust* comunitario delineata dagli artt. 101 e 102 TFUE nasconde un'inaspettata complessità³⁷ in conseguenza dei due distinti esami sull'intesa restrittiva richiesti al par. 1 e al par. 3 della prima norma (non presenti, come detto, nel sistema americano). Abbiamo detto che la condizione della restrizione per oggetto sembra essere, per una parte della giurisprudenza comunitaria, insensibile ad una contestualizzazione dell'intesa nel mercato. Ma, allora, a cosa servivano esattamente le Comunicazioni *de minimis* via via emanate dalla Commissione sino al 2014?³⁸

La Comunicazione della Commissione *de minimis* del 2014³⁹ ritiene – in termini generali – non esplichino effetti rilevanti gli accordi stipulati da imprese non concorrenti, la cui singola quota sul mercato rilevante non superi il 15% se le imprese sono concorrenti (e del 5% se sono concorrenti). La Comunicazione ritiene non esentabili, in ogni caso, gli accordi che

³⁶ L'impatto della restrizione sui flussi appare elemento di valutazione intrinseco alla stessa nozione di pregiudizio.

³⁷ Complessità indotta da una visione troppo protesa ad un controllo formale degli accordi contenenti restrizioni.

³⁸ La Commissione, con evidente finalità antideflattiva, ha emanato la Comunicazione relativa agli accordi di importanza minima, che non determinano restrizioni sensibili alla concorrenza ai sensi dell'art. 101, par. 1, TFUE, del 30 agosto 2014 (*de minimis*), in *Gu-UE* n. C 291 del 30 agosto 2014, p. 1, per offrire elementi di valutazione dell'intesa. Ivi riafferma il principio secondo il quale le restrizioni tra imprese con scarso potere di mercato sono generalmente meno perniciose per la concorrenza, demandando ad altra sede ogni valutazione sulle nozioni di «oggetto», «effetti» e «pregiudizio al commercio». Non si comprende esattamente il senso dell'affermazione, dal momento che le condizioni dell'oggetto, dell'effetto e del pregiudizio sono determinanti per verificare se una restrizione è illecita. Se escludiamo dall'esame sull'intesa queste condizioni, rimane ben poco da esaminare. Affermano I. VAN BAELE - J. F. BELLIS, *Il diritto della concorrenza nella Comunità europea*, Torino, Giappichelli, 1995, che la Comunicazione *de minimis* consente un ragionamento in base al quale, in presenza di determinate quote di mercato, gli accordi che possono avere come effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno non costituiscono una restrizione sensibile della concorrenza ai sensi del par. 1 dell'art. 101 del Trattato. Rinchiamano a supporto la giurisprudenza *Volk* (*cit. infra*, nota 44).

³⁹ Le comunicazioni della Commissione sono strumenti con contenuti diversi: si parla al proposito di comunicazioni informative, decisorie e interpretative. Le comunicazioni *de minimis* e linee guida sulle intese verticali hanno mera funzione di orientamento.

presentano restrizioni fondamentali (o gravi⁴⁰) quali quelle per oggetto⁴¹. Viene peraltro ripresa una tesi affermata dalla Commissione nel caso Volkswagen del 2001 (v. *supra*, nota 32) ove aveva affermato che: «in questo contesto occorre rilevare che l'applicabilità dell'articolo 81, paragrafo 1, agli accordi (verticali) non è esclusa dalla Comunicazione relativa agli accordi d'importanza minore, nemmeno qualora le quote di mercato detenute dalle imprese partecipanti siano inferiori al 10%».

Questo approccio è diverso da quello della precedente Comunicazione *de minimis* del 2001 e da quello della Comunicazione della Commissione, *Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3 del Trattato* del 27 aprile 2004. In quest'ultima si afferma che gli accordi fra imprese rientrano nel divieto di cui all'art. 81, par. 1 (ora 101 TFUE, par. 1) quando possono verosimilmente avere un impatto negativo in misura *sensibile*

⁴⁰ Non esiste una definizione certa di «restrizioni gravi». L'Avvocato Generale Mazak nelle conclusioni della causa *Pierre Fabre*, *cit. infra*, nota 73, rileva che le restrizioni per oggetto non sono identificabili *tout court* come restrizioni gravi. Afferma che l'oggetto anticoncorrenziale di un accordo non può, pertanto, essere determinato utilizzando unicamente una formula astratta. Di conseguenza, anche se talune forme di accordo sembrerebbero, per l'esperienza acquisita, infrazioni *prima facie* per oggetto, ciò non solleva la Commissione o un'autorità nazionale garante della concorrenza dall'obbligo di effettuare una valutazione individuale di un accordo. L'Avvocato Generale rileva che «la Corte ha recentemente riaffermato, nella sentenza *Pedro IV Servicios*, le modalità di applicazione dei distinti paragrafi dell'art. 81, n. 1, CE. Pertanto, qualora un accordo non soddisfi tutte le condizioni previste da un regolamento di esenzione, esso ricade nel divieto di cui all'art. 81, n. 1, CE solo se ha per oggetto o per effetto di restringere sensibilmente la concorrenza all'interno del mercato comune e se può pregiudicare il commercio tra gli Stati membri. In quest'ultimo caso, e in mancanza di esenzione individuale ai sensi dell'art. 81, n. 3, CE, tale accordo sarebbe nullo di pieno diritto, conformemente al n. 2 dello stesso articolo. A mio parere, il passo citato sottolinea il fatto che un accordo che non soddisfa tutte le condizioni previste da un regolamento di esenzione non ha, necessariamente, per oggetto o effetto di restringere la concorrenza ai sensi dell'art. 81 CE».

⁴¹ Le restrizioni che figurano nella lista nera di un regolamento di esenzione per categoria sono in genere considerate dalla Commissione restrizioni per oggetto e definite «fondamentali». Nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Wahl nella causa *Coty*, *cit. infra*, nota 71, a proposito dell'esame che avviene nel par. 1 dell'art. 101 TFUE e quello che avviene nel par. 3, l'Avvocato Generale afferma che «queste due tappe dell'analisi possono presentare talune sovrapposizioni concettuali. Infatti, sia che avvenga alla luce del paragrafo 1 o a quella del paragrafo 3 dell'articolo 101 TFUE, l'analisi della misura controversa poggia su un esame del *grado di nocività* presunto o verificato di quest'ultima (...). Pertanto, una restrizione delle vendite passive dei distributori potrà essere considerata non soltanto come una restrizione per "oggetto" ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, ma anche come una restrizione fondamentale che non può beneficiare di un'esenzione per categoria (...). A tale riguardo, va ricordato che la distinzione tra "infrazioni per oggetto" e "infrazioni per l'effetto" attiene alla circostanza che talune forme di collusione tra imprese possono essere considerate, per loro stessa natura e tenuto conto dell'esperienza acquisita, nocive per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza. Quanto al senso dell'articolo 4 del regolamento n. 330/2010, che individua una serie di restrizioni fondamentali, esso si basa sull'idea, enunciata al "considerando" 10 di tale regolamento, secondo la quale "accordi verticali che contengano determinati tipi di gravi restrizioni della concorrenza, come l'imposizione di un prezzo di rivendita minimo o fisso e talune forme di protezione territoriale, devono essere esclusi dal beneficio dell'esenzione per categoria di cui al presente regolamento indipendentemente dalla quota di mercato delle imprese interessate". L'inapplicabilità del Regolamento di esenzione rimanda tuttavia al par. 1 dell'art. 101 TFUE.

sui parametri della concorrenza nel mercato⁴². La Comunicazione precisa che gli accordi possono produrre tali effetti quando il coordinamento tra le imprese riduce sensibilmente la loro rivalità (presupposto del gioco della concorrenza). Rileva che nel valutare se un accordo è restrittivo della concorrenza occorre considerare il *contesto reale* nel quale la concorrenza sarebbe esercitata qualora non esistesse l'accordo in oggetto (controfattuale), con le clausole delle quali si ipotizza il carattere restrittivo. Specifica che la restrizione posta in essere da imprese con scarso potere di mercato non è generalmente tale da esplicare effetti perniciosi per la concorrenza⁴³. Vengono ricordati i casi *Völk e Javico*.

Nel primo⁴⁴ la Corte di giustizia afferma che: «perché l'accordo possa pregiudicare il commercio fra Stati membri è necessario che, in base ad un complesso di elementi obiettivi di diritto o di fatto, appaia probabile che esso è atto ad esercitare un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sugli scambi tra Stati membri in modo che possa nuocere al conseguimento degli scopi di un mercato unico fra Stati. È possibile che un accordo d'esclusiva, sia pure assoluta, non ricada sotto il divieto dell'articolo 85, n. 1, in ragione della debole posizione dei partecipanti sul mercato dei prodotti di cui trattasi nella zona protetta».

⁴² La ricostruzione di una intesa restrittiva per oggetto deve avvenire all'interno del par. 1 dell'art. 101 TFUE. Tale operazione non appare un esercizio meramente formale: uno scambio di informazioni tra concorrenti può avere la finalità (anticompetitiva) delle imprese di evitare la concorrenza sul mercato, ma in ambiente molto trasparente e concorrenziale non si esclude che possa contribuire a intensificare la concorrenza tra i fornitori, dato che, in un caso del genere, il fatto che un operatore economico tenga conto delle informazioni sul funzionamento del mercato di cui dispone grazie al sistema di scambio di informazioni per adeguare il suo comportamento sul mercato, considerato il frazionamento dell'offerta, non è tale da ridurre o annullare, per gli altri operatori economici, qualsiasi incertezza sulla prevedibilità del comportamento dei propri concorrenti. V. sentenza della Corte di giustizia del 28 maggio 1998 in causa n. C-7/95 P, *John Deere Ltd c. Commissione*, in *Raccolta*, 1998, p. 3111, EÜ:C:1998:256. V. anche, *infra*, nota 124. L. PEEPERKORN, *Defining restriction "by object"*, in *Concurrences - Revue des droits de la concurrence*, n. 3/2015, p. 40 ss., precisa che un'analisi congiunta degli effetti e dell'oggetto consente di comprendere il contesto economico ove avviene la restrizione, se essa è oggettivamente necessaria o è artificialmente apposta all'accordo. Si pensi al caso in cui un'impresa decida di effettuare le vendite di un determinato prodotto particolarmente innovativo solo in un territorio per verificare la reazione dei consumatori, l'accordo con i distributori avrebbe effetto restrittivo, ma l'obiettivo sarebbe giustificabile e la restrizione indispensabile.

⁴³ Su questo assunto si basano i Regolamenti di esenzione della Commissione n. 2790/99 del 22 dicembre 1999, relativo all'applicazione dell'art. 81, par. 3, del Trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, in *Guce* n. L 336 del 29 dicembre 1999, p. 21 ss.) e n. 330/2010 del 20 aprile 2010, relativo all'applicazione dell'art. 101, par. 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, in *Gu-Ue* n. L 102 del 23 aprile 2010, p. 1 ss.

⁴⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 9 luglio 1969 in causa C-5/69, *Völk c. Vervaecke*, in *Raccolta*, 1969, p. 295, EÜ:C:1969:35.

Nel secondo⁴⁵ la Corte afferma che, secondo una giurisprudenza costante, i comportamenti anticoncorrenziali possono essere sanzionati dalla Commissione, ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato, solo se sono idonei a pregiudicare il commercio fra Stati membri. Perché una decisione, un accordo o una prassi possano pregiudicare il commercio fra Stati membri è necessario che, in base ad un complesso di elementi obiettivi di diritto o di fatto, appaia probabile che essi sono atti ad esercitare *un'influenza diretta o indiretta*, attuale o potenziale sugli scambi tra Stati membri, in un modo tale da far temere che possano nuocere al conseguimento di un mercato unico fra Stati membri. L'influenza che un accordo può esercitare sugli scambi tra gli Stati membri va valutata tenendo conto, in particolare, della posizione e dell'importanza delle parti sul mercato dei prodotti di cui trattasi. Così, persino un *accordo di esclusiva*⁴⁶ con protezione territoriale assoluta esula dal divieto di cui all'art. 85 del Trattato se incide sul mercato in modo irrilevante, in ragione della debole posizione dei partecipanti sul mercato dei prodotti di cui trattasi. Si ipotizza dunque, in questo caso, un esame congiunto dello scopo e degli effetti dell'intesa.

La Comunicazione *de minimis* del 2014 è accompagnata dal documento della Commissione denominato *Staff Working Document, Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice* del 2014 (v. *supra*, nota 26) che analizza le restrizioni per oggetto e classifica le più rilevanti.

Il documento utilizza l'arresto giurisprudenziale di *Expedia* per definire le nozioni di restrizione per oggetto e per effetto. La restrizione per oggetto è ritenuta restrittiva *ex se* (*by very nature*) perché si prefigge di restringere la concorrenza sul mercato. Pertanto esprime, già a livello potenziale, un'elevata dannosità. Con un intento classificatorio, il documento, dopo aver premesso che l'esame per oggetto può essere svolto anche solo a livello potenziale, distingue tra intese orizzontali e verticali. Nelle prime individua, come restrizioni, le clausole volte: *a.* alla fissazione dei prezzi, *b.* alla limitazione della produzione, *c.* alla divisione dei mercati⁴⁷; nelle

⁴⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 28 aprile 1998 in causa C-306/96, *Javico International e Javico AG c. Yves Saint Laurent Parfums SA* (YSLP), in *Raccolta*, 1998, I, p. 1983, EU:C:1998:173, in questa *Rivista*, 2000, p. 52, con commento di L. RUBINI, *Le stranezze della giurisprudenza della Corte di giustizia tra importazioni parallele da Paesi terzi, esaurimento del marchio e norme della concorrenza (i casi Silhouette, Sebago e Javico)*, 2000, p. 67.

⁴⁶ I. VAN BAEL - J. F. BELLIS, *Il Diritto della concorrenza nella Comunità europea*, cit. *supra*, nota 38.

⁴⁷ Il novero delle fattispecie considerate restrittive per oggetto si è progressivamente ampliato (rispetto a quelle tradizionali dei cartelli e della distribuzione limitata), venendo a comprendere, per esempio, gli scambi di informazione, la fissazione dei prezzi, il divieto di vendite passive, il divieto di vendere via internet nei sistemi di distribuzione selettiva, i *reverse*

seconde, quelle volte: *a.* alla fissazione dei prezzi, *b.* alla limitazione delle rivendite nei territori o ai clienti finali⁴⁸. Precisa che se l'intesa ricade nel par. 1 dell'art. 101 TFUE può essere ancora esaminata alla luce del par. 3. Afferma inoltre che l'esperienza dimostra che è improbabile che le restrizioni per oggetto soddisfino le condizioni previste dal par. 3: «restrictions of competition by object are those that by their very nature have the potential to restrict competition. These are restrictions which in the light of the objectives pursued by the Union competition rules have such a high potential for negative effects on competition that it is unnecessary for the purposes of applying Article 101(1) of the Treaty to demonstrate any actual or likely anticompetitive effects on the market. This is due to the serious nature of the restriction and experience showing that such restrictions are likely to produce negative effects on the market and to jeopardize the objectives pursued by the EU Union competition rules».

In tal modo l'analisi strutturale/formale della restrizione per oggetto precede e assorbe quella economica (*effect-based analysis*), pur essendo logicamente argomentabile che quest'ultima può spiegare quella strutturale⁴⁹. Rimane così inutile la verifica della situazione del mercato rilevante⁵⁰ e, in esso, di una *workable competition*⁵¹ (ove è presente un grado di con-

payment settlements e gli accordi di co-promozione nel settore farmaceutico. Sul punto, v. G. BRUZZONE, *Le restrizioni per oggetto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: alla ricerca di un approccio sistematico*, cit. *supra*, nota 18.

⁴⁸ Non vi è unanimità nel considerare le restrizioni per oggetto nocive, nel caso della fissazione dei prezzi (RPM); negli Stati Uniti d'America si è arrivati ad opposte conclusioni (v. caso *Leegin* discusso nel 2007 avanti la Corte Suprema degli Stati Uniti).

⁴⁹ In quest'ottica ci pare vada letto il controverso punto 134 della sentenza *Intel* della Corte di giustizia del 6 settembre 2017 in causa n. C-413/14 P, *Intel Corporation Inc. c. Commissione*, EU:C:2017:632, ove la Corte afferma che: «in tal senso, non tutti gli effetti di esclusione dal mercato pregiudicano necessariamente la concorrenza. Per definizione, la concorrenza basata sui meriti può portare alla sparizione dal mercato o all'emarginazione dei concorrenti meno efficienti e quindi meno interessanti per i consumatori, segnatamente dal punto di vista dei prezzi, della scelta, della qualità o dell'innovazione». Essa precisa (punto 139) che, in tal caso, la Commissione è tenuta, non solo ad analizzare, da un lato, l'ampiezza della posizione dominante dell'impresa sul mercato pertinente e, dall'altro, il tasso di copertura del mercato ad opera della pratica concordata, nonché le condizioni e le modalità di concessione degli sconti di cui trattasi, la loro durata e il loro importo, ma deve anche valutare l'eventuale esistenza di una strategia diretta ad escludere dal mercato i concorrenti quantomeno altrettanto efficaci.

⁵⁰ Nel caso *Yamaha* (Comunicato stampa della Commissione europea del 16 luglio 2003 n. IP/03/1028, reperibile sul sito internet https://europa.eu/rapid/press-release_IP-03-1028_it.htm), il costruttore veniva sanzionato dalla Commissione perché aveva posto in essere accordi con alcuni concessionari volti alla fissazione dei prezzi di rivendita dei prodotti; le risultanze accertavano episodi molto limitati, ciò nonostante il costruttore – evidentemente timoroso delle sanzioni – si impegnava ad evitare che si ripetessero tali evenienze.

⁵¹ Sentenza della Corte di giustizia del 25 ottobre 1977 in causa n. 26/76, *Metro c. Commissione*, in *Raccolta*, 1977, p. 1875, EU:C:1977:167, ove si afferma che la concorrenza non falsata di cui agli artt. 3 e 85 del Trattato CEE implica l'esistenza sul mercato di una concorrenza efficace (*workable competition*).

correnza sufficiente per raggiungere gli scopi del Trattato⁵²).

Il formalismo della Comunicazione *de minimis* del 2014 non è unanimemente condiviso: vuoi perché la distinzione tra restrizione per oggetto ed effetto è sfumata, vuoi perché un'analisi che prescindendo dall'esame degli effetti della restrizione sul mercato tradirebbe quelle stesse premesse che vogliono che un'intesa inoffensiva non abbia alcuna rilevanza sotto il profilo dell'art. 101 TFUE⁵³.

Occorre dunque accertare i limitati casi nei quali un esame formale dell'intesa può essere bastevole per accertare una restrizione per oggetto.

4. Le restrizioni per oggetto o per effetto

Le restrizioni per «oggetto» si identificano per l'astratta (reale o potenziale) finalità anticompetitiva che possiedono. L'oggetto è il vincolo

⁵² L'Avvocato Generale Leger, nelle conclusioni nel caso *Wouters*, EU:C:2001:390 (sentenza della Corte di giustizia del 19 febbraio 2002 in causa C-309/99, *Wouters c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 1577, ECLI:EU:C:2002:98, annotata in questa *Rivista*, 2002, p. 97) afferma (creando un celebre *test*) che per stabilire se un accordo determini una restrizione per oggetto o per effetto occorre procedere attraverso due fasi. In un primo momento, la Corte verifica se l'accordo abbia per *oggetto* quello di restringere il gioco della concorrenza. A tal fine, essa procede ad un esame obiettivo delle finalità perseguite dall'accordo, alla luce del contesto economico in cui esso dev'essere applicato. Qualora l'accordo abbia un oggetto anticoncorrenziale, esso è vietato dall'art. 85, n. 1, senza che sia necessario prendere in considerazione i suoi effetti concreti. Nell'ipotesi in cui l'accordo non abbia specificamente come oggetto quello di restringere la concorrenza, la Corte verifica se esso abbia per *effetto* di impedirla, di restringerla o di falsarne il gioco. A questo proposito, l'art. 85, n. 1, del Trattato vieta sia gli effetti anticoncorrenziali reali sia quelli puramente potenziali purché essi siano sufficientemente sensibili. In entrambi i casi, il criterio utilizzato per determinare se un'intesa sia tale da restringere la concorrenza consiste nell'esaminare il gioco della concorrenza nel contesto reale in cui si sarebbe svolto *in assenza* dell'intesa. Inoltre, la valutazione della conformità di un comportamento, alla luce dell'art. 85, n. 1, deve operarsi nel contesto giuridico ed economico della controversia, tenendo conto della natura del prodotto o del servizio nonché della struttura e delle effettive condizioni di funzionamento del mercato. L'esame del par. 3 è successivo e riguarda l'efficienza dell'accordo. La Corte ha tuttavia precisato, decidendo il caso, che non ogni accordo tra imprese o ogni decisione di un'associazione di imprese che restringa la libertà d'azione delle parti o di una di esse ricade necessariamente sotto il divieto sancito all'art. 85, n. 1, del Trattato. Infatti, ai fini dell'applicazione di tale disposizione ad un caso di specie, occorre innanzi tutto tener conto del contesto globale in cui l'accordo opera. Nello stesso senso la sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2006 in causa n. C-519/04 P, *David Meca-Medina e Igor Majcen c. Commissione*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 6991, EU:C:2006:492, annotata in questa *Rivista*, 2006, p. 539. In entrambe le sentenze si ricorda che la compatibilità di una regolamentazione con le norme comunitarie in materia di concorrenza non può essere valutata in astratto, ma dipende dalle condizioni economiche esistenti sui mercati interessati (v., in tal senso, sentenza del 15 dicembre 1994 in causa n. C-250/92, *DLG*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 5641, punto 31, EU:C:1994:413). Analogo discorso può essere fatto per valutare la compatibilità di una intesa verticale alle norme sulla concorrenza.

⁵³ È dunque la capacità di modificare le componenti della concorrenza che qualifica la restrizione per oggetto.

che pongono al mercato⁵⁴, alterandone sensibilmente il normale corso (buon funzionamento). Queste restrizioni, come detto, si distinguono da quelle per effetto solo in relazione al fatto che le prime rivelano un grado sufficiente di «*harm of competition*». In tal senso la categoria delle restrizioni per oggetto o per effetto sembra essere unica, distinguibile solo in base ad una valutazione quantitativa: rimane però da stabilire quanto si varca il confine tra la restrizione *ex se* e quella per effetto.

Ora, creare una restrizione sul mercato è eventualità del tutto naturale nel commercio di beni o servizi, come ben si comprende dalla giurisprudenza *Grundig* (v. *supra*, nota 16), perché ogni intesa nasconde (per definizione) una restrizione (si pensi ad un semplice contratto di fornitura). L'esperienza e la scienza economica ci dicono che talune restrizioni sono particolarmente gravi⁵⁵ in senso assoluto, ma come individuarle in assenza di un'indicazione chiara da parte del legislatore comunitario o della Commissione o della Corte di giustizia⁵⁶?

La giurisprudenza ha coniato formule descrittive che misurano la dannosità della restrizione. È di frequente usata quella delle «restrizioni gravi» o del «sufficiente grado di dannosità»⁵⁷ per l'oggetto, mentre per gli effetti quella di «mercato falsato in modo significativo»⁵⁸. Le prime due sembrano voler accertare predittivamente gli effetti che si potranno verificare sul mercato a seguito della restrizione facendo leva sul dato esperienziale. Se la restrizione è grave non è necessario un esame controfattuale per verificarne la sua effettiva incidenza sul mercato⁵⁹. È (ritenuta) dannosa per sé stessa.

⁵⁴ Nel caso *STM* (sentenza della Corte di giustizia del 30 giugno 1966 in causa n. 56/65, *Société Technique Minière c. Maschinenbau Ulm GmbH*, cit. *supra*, nota 25) la Corte afferma: «perché si verifichi questa condizione deve apparire ragionevolmente probabile, in base ad un complesso di elementi oggettivi di diritto o di fatto, che l'accordo eserciti un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sulle correnti degli scambi fra stati membri». I casi in cui si può affermare che l'esperienza ha dimostrato la gravità della restrizione *ex se* sono molto limitati (ad esempio fissazione prezzi di rivendita, partizione dei mercati, cartelli).

⁵⁵ Fa riferimento alle restrizioni gravi il *considerando* 10 del Regolamento (Ue) n. 330/2010, citato *supra*, alla nota 41.

⁵⁶ Il dato esperienziale non è utilizzabile in numerose restrizioni "moderne", non ancora compiutamente indagate: si pensi alle vendite *on line* della distribuzione esclusiva e selettiva. Alcune di queste restrizioni possono ricadere nel divieto dell'art. 4 del Regolamento (Ue) n. 330/2010 e porsi come restrizioni fondamentali.

⁵⁷ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 settembre 2014 in causa n. C-67/13, *Groupeement des cartes bancaires (CB) c. Commissione*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, settembre 2014, EU:C:2014:2204. Cosa debba intendersi con l'espressione «sufficiente grado di dannosità» rimane, allo stato, oscuro.

⁵⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 19 marzo 2015 in causa n. C-286/13 P, *Dole Food Company Inc. e Dole Fresh Fruit Europe c. Commissione europea*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, marzo 2015, EU:C:2015:184.

⁵⁹ Nel caso *Lundbeck* (cit. *supra*, nota 10) si afferma (in contrasto con il caso *STM*, cit. *supra*, nota 25) che l'esame di un ipotetico scenario controfattuale, oltre ad essere difficilmente

La giurisprudenza *Wouters*⁶⁰ (riprendendo quella *STM*, v. *supra*, nota 25) ci avverte però di non cadere nel facile equivoco di pensare che tutti gli accordi tra imprese che hanno effetti restrittivi ricadono, solo per questo, nell'ambito di applicazione dell'art. 101 (cfr. par. 97 della decisione) ed introduce elementi che, a suo dire, devono sempre essere presi in considerazione per una verifica in concreto. Tali elementi di valutazione potrebbero evitare addirittura la riconducibilità dell'accordo all'art. 101 TFUE, con il non trascurabile effetto di porre la Commissione non soltanto nella condizione di non poter ricorrere all'argomento della restrizione per l'oggetto, ma anche di doversi puntualmente fare carico di applicare il *test* alla fattispecie concreta⁶¹.

5. Le intese verticali - La distribuzione esclusiva e selettiva

La distribuzione esclusiva è un sistema ove al distributore è assegnata una zona: il fornitore si impegna a non nominare altri distributori nella zona. Il fornitore può imporre all'acquirente obblighi di acquisto esclusivo di prodotti contrattuali. In tal caso l'esclusiva è bilaterale. La distribuzione esclusiva è, in prevalenza, ritenuta un accordo che sottende una restrizione che ricade nel par. 1 dell'art. 101 TFUE. La norma dichiara, tra altri, incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese volti a *ripartire i mercati*. Conseguentemente questa forma distributiva, per essere utilizzata, necessita di un regolamento di esenzione (o di una improbabile esenzione individuale ai sensi del par. 3 dell'art. 101 TFUE). Il

attuabile in quanto imporrebbe alla Commissione di ricostruire gli avvenimenti che si sarebbero verificati in mancanza degli accordi controversi – mentre questi ultimi hanno proprio lo scopo di ritardare l'ingresso delle imprese di medicinali generici nel mercato – equivarrebbe più ad un esame degli effetti degli accordi controversi nel mercato che a un esame obiettivo della loro natura sufficientemente lesiva della concorrenza. Orbene, siffatto esame degli effetti non è necessario nell'ambito di un'analisi basata sull'esistenza di una restrizione della concorrenza per oggetto.

La logica del ragionamento a noi pare perversa: non è necessario un esame degli effetti (controfattuale se la lesione è potenziale) perché sarebbe difficile ricostruire una realtà virtuale; si considera pertanto l'offensività ipotetica dell'intesa per valutare la lesione alla "concorrenza", entità astratta. Se si esamina la distribuzione esclusiva appare evidente che essa, considerata astrattamente, presenta una finalità anticompetitiva (partizione del mercato), ma un esame dei suoi obiettivi potrebbe portare a diverse conclusioni.

⁶⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 19 febbraio 2002 in causa C-309/99, *Wouters c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde*, cit. *supra*, nota 52.

⁶¹ Così M. GRANIERI, *Una lettura alternativa circa l'argomento della specificità dell'attività sportiva alla luce delle norme di concorrenza in Europa*, Atti del Convegno «L'Europa e lo sport. Profili giuridici, economici e sociali», 24 novembre 2017, Bergamo.

Regolamento (Ue) n. 330/2010⁶² esenta gli accordi di distribuzione esclusiva se contengono obblighi di approvvigionamento (altrimenti detti di non concorrenza) non superiori a cinque anni, seppur rinnovabili⁶³.

La Corte di giustizia ha mostrato forte avversione per la distribuzione esclusiva. Già nel celebre caso *Grundig*⁶⁴, molto influenzata dalle teorie economiche ordoliberali e dall'analisi strutturale dei mercati, ha sostenuto che questa forma di distribuzione non ricade automaticamente nel par. 1 dell'art. 101 TFUE⁶⁵ salvo che non contribuisca a compartimentare i mer-

⁶² V. i Regolamenti della Commissione sulle intese verticali: n. 67/67 del 22 marzo 1967; in *Guce* n. 57 del 25 marzo 1967, p. 849; n. 1983/83 del 22 giugno 1983, in *Guce* n. L 173 del 30 giugno 1983, p. 1 ss.; n. 2790/1999, *cit. supra*, nota 43; n. 330/2010, *cit. supra*, nota 43.

⁶³ Regolamento (Ue) n. 330/2010, *loc. cit.*, art. 5, par. 1, lett. a.

⁶⁴ La possibilità di incasellare la restrizione nella categoria per oggetto consente alla Corte di giustizia di limitare il suo esame al solo aspetto formale; tale modo di operare può avere controindicazioni: l'Avvocato Generale Roemer nelle conclusioni nella causa *Grundig* (EU:C:1966:19), *cit. supra*, nota 16, metteva in guardia dai pericoli di un approccio eccessivamente formale. L'Avvocato Generale si rendeva perfettamente conto (già allora, quando il raggiungimento del mercato unico era obiettivo preminente) che un approccio formale avrebbe portato a sanzionare un'eccessiva quantità di accordi che limitano la produzione e gli scambi, ma funzionali alla migliore distribuzione.

⁶⁵ Nello stesso senso il caso *Cadillon*, *cit. supra*, nota 23, nel quale la Corte afferma che il divieto dell'art. 85, n. 1, opera solo se l'accordo ha lo scopo o l'effetto di impedire, restringere o alterare il gioco della concorrenza nel mercato comune; questi requisiti si devono valutare con riferimento al contesto concreto nel quale l'accordo si situa. Un accordo di esclusiva può non ricadere sotto il divieto dell'art. 85 n. 1, per il fatto che, in vista della scarsa importanza degli interessati sul mercato di cui trattasi nella zona d' esclusiva, esso non può nuocere alla realizzazione degli scopi di cui sopra, nemmeno se attribuisce un' esclusiva assoluta. Ciò vale tanto più se l'accordo non vieta le importazioni parallele nella zona d' esclusiva, né la riesportazione da parte del concessionario. Per il caso che l'accordo sia vietato, si deve pure stabilire quale sia l'incidenza, sugli accordi non notificati, del Regolamento della Commissione n. 67/67, il quale esenta determinate categorie di accordi d' esclusiva.

La questione non è tanto se l'accordo di esclusiva possa essere recuperato ai sensi del par. 3 dell'art. 101 TFUE perché procompetitivo, quanto se esso possa essere – a determinate condizioni – escluso dal par. 1 (stessa disposizione) in quanto non esplicativo di effetti rilevanti sul mercato. Le ragioni per le quali gli accordi di esclusiva sono stati considerati molto severamente sono storico/politiche. La Scuola ordoliberale di Friburgo (che ha fortemente influenzato i redattori del Trattato) voleva limitare il potere economico dei privati e tutelare il pluralismo economico (struttura del mercato). Giustifica così interventi dell'Autorità della concorrenza volti a regolare il mercato e teorizza un'economia sociale che si oppone a forme di eccessivo liberismo e guarda con favore ai mercati competitivi, con una forte avversione per le condotte escludenti e per i sistemi distributivi esclusivi e selettivi. Quando un'impresa adotta un sistema distributivo esclusivo tende, infatti, ad escludere altre imprese da quella porzione di mercato. Lo stesso effetto avviene nel sistema selettivo. Un diritto basato sul formalismo contrattuale tende però a non tutelare il processo concorrenziale e la *competition on the merits*, focalizzando troppo sulla struttura del mercato e sulle barriere di accesso. Su questi temi, M. MAGGIOLINO, *I big data ed il diritto della concorrenza*, *cit. supra*, nota 17; N. PETIT, *The case of European Commission's curious interpretation of the Intel Judgment*, in *Competition Law and Policy debate*, vol. 4, issue 1, February, 2018, p. 98; M. POLO, *A favore di un approccio economico nell'applicazione del diritto antitrust*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2007, p. 127; J. FAULL - A. NIKPAY, *The EU Law of competition*, Oxford, Oxford University Press, 2014. Partendo da questa concezione, la Commissione e la Corte di giustizia hanno guardato alle restrizioni verticali come a restrizioni che, in quanto vietate dal par. 1 dell'art. 101 TFUE, possono essere (a determinate condizioni) esentate ai sensi del par. 3: v. sentenza della Corte di giustizia del 28 gennaio 1986 in causa n. 161/84, *Pronuptia de Paris c. Pronup-*

cati nazionali. Ne è tuttavia seguita la tendenza a valorizzare la distribuzione esclusiva in detto paragrafo ed è stato presto dimenticato l'insegnamento relativo al caso *STM* (v. *supra*, nota 25), ove veniva sottolineata l'esigenza di tenere conto dello scenario controfattuale e si indicava che, per stabilire se un contratto contenente una clausola di esclusiva debba considerarsi vietato per oggetto o per il suo effetto, si deve considerare la natura e la quantità di prodotti oggetto dell'accordo, la posizione e l'importanza delle parti sul mercato, il carattere isolato dell'accordo o la sua posizione in un complesso di accordi, nonché il rigore delle clausole destinate a garantire l'esclusiva⁶⁶.

Poco dopo le sentenze *Grundig* e *STM*, la Commissione ha emanato un Regolamento di esenzione (per categoria) per le restrizioni verticali ai sensi del par. 3 dell'art. 101 TFUE (v. *supra*, nota 62, Regolamento n. 67/67), indirizzando le imprese ad avvalersene.

Si è così sviluppata un'interpretazione formalistica della norma tesa a far coincidere la nozione di restrizione della concorrenza con ogni accordo

tia Irmgard, in *Raccolta*, 1986, p. 353, EU:C:1986:41, in questa *Rivista*, 1986, p. 673 con commento di L. CORABI, *Franchising: la difficile convivenza della «rule of reason» con l'illegalità «per sé»*, nello *sviluppo della giurisprudenza comunitaria*, 1986, p. 684, ove vi è la sorprendente affermazione, seppur formalmente ineccepibile, ma del tutto irrealista, che «i contratti di franchising in materia di distribuzione contenenti clausole che ripartiscano i mercati fra il concedente e i concessionari o fra i concessionari possono comunque pregiudicare il commercio fra Stati membri, anche se sono stipulati fra imprese aventi sede nello stesso Stato membro in quanto impediscono ai concessionari di stabilirsi in un altro Stato membro». La clausola di localizzazione, poi inserita nel Regolamento (Ce) n. 1400/2002, *c.d. automotive*, si è dimostrata del tutto priva di interesse.

⁶⁶ G. BRUZZONE, *Le restrizioni per oggetto nella giurisprudenza della Corte di giustizia: alla ricerca di un approccio sistematico*, cit. *supra*, nota 18. La Commissione europea, nel Libro verde sulle restrizioni verticali nella politica di concorrenza comunitaria, del 1997, reperibile sul sito internet https://ec.europa.eu/competition/antitrust/others/96721it_it.pdf, afferma che: «in passato l'analisi economica delle restrizioni verticali è stato oggetto di accesi dibattiti tra economisti. Mentre esse erano state considerate a lungo come potenzialmente nocive per la concorrenza, agli inizi degli anni '80 si era diffusa la concezione che non le arrecassero alcun pregiudizio (scuola di Chicago). Attualmente si stanno affermando nuovi orientamenti e gli economisti sono in generale più cauti nel prendere posizione in ordine agli effetti delle restrizioni verticali sulla politica di concorrenza e meno propensi alle generalizzazioni». La Commissione afferma poi che è consapevole che l'art. 85 (ora 101 TFUE) è stato applicato in modo troppo ampio alle restrizioni verticali senza tener conto del contesto economico e di mercato e rileva che è verosimile che vi sia un effetto anticoncorrenziale solo quando la concorrenza tra marche è debole per cui non sono possibili giudizi aprioristici, occorrendo concentrarsi più sull'impatto che sulle caratteristiche formali degli accordi; che a meno che non sia applicabile la comunicazione *de minimis*, applicherà automaticamente il par. 1 dell'art. 85 del Trattato (ora 101 TFUE) se l'accordo instaura una protezione territoriale assoluta a favore dei distributori (non consentendo altre fonti di approvvigionamento, le vendite passive e le importazioni parallele); che se l'accordo non contiene tale restrizione né la clausola di fissazione del prezzo dei rivenditori appare necessario sottoporre l'accordo ad un esame nel par. 1, ma poiché tale esame è molto rigoroso, per dare certezza ai rapporti commerciali è opportuno creare un Regolamento di esenzione ai sensi del par. 3.

L'esigenza di assicurare maggior certezza nei traffici è lodevole, rimane poca chiarezza su quale tipo di esame debba essere fatto all'interno del par. 1 dell'art. 101 TFUE.

che limita la libertà di azione sul mercato di almeno una delle parti contraenti e determina effetti sensibili sulla situazione dei terzi, siano essi concorrenti o integrati verticalmente o consumatori (teoria della c.d. *freedom of action*). Tale approccio ha svalutato gli effetti concreti dell'intesa sul mercato rilevante in nome dell'imperativo del raggiungimento degli obiettivi del Trattato e, in particolare, della realizzazione di un mercato unico⁶⁷. In materia di accordi verticali la Commissione si è conseguentemente basata su un'analisi condotta in due diverse fasi, corrispondenti ai par. 1 e 3 dell'art. 101 TFUE. Nella prima l'esclusiva di un accordo verticale fra un produttore e un distributore viene esaminata come restrizione della concorrenza per oggetto, poiché limita la libertà d'azione dei concorrenti nel territorio cui si riferisce. Nella seconda viene valutata la sua efficienza ai sensi del par. 3.

Questo formalismo appare chiaro nel Regolamento di esenzione n. 330/2010 sulle intese verticali, il quale utilizza le quote di mercato per assicurare una "zona di sicurezza" (*safe harbour*) agli accordi verticali. L'art. 4, lett. b., vieta le restrizioni relative al territorio o ai clienti, tuttavia le esenta, in via di eccezione, a determinate condizioni, stabilendo le clausole consentite (in quanto ritenute indispensabili). Il Regolamento limita l'esenzione alle intese verticali utilizzate da imprese con quote di mercato inferiori al 30%. La distribuzione esclusiva, per godere dell'esenzione offerta dal Regolamento, deve pertanto ricadere in tale quota. Se la quota è superiore (come avviene, ad esempio, nel mercato della riparazione post-vendita delle vetture) l'accordo deve essere valutato ai sensi del par. 1 dell'art. 101 TFUE anche se non contiene le clausole vietate dall'art. 4 (ma contiene clausole che favoriscono il contenimento dei prezzi, aumentano la disponibilità dei beni e la qualità dei servizi). Se ricade nel par. 1, avrà scarse probabilità di superare l'esame individuale del par. 3 dell'art. 101 TFUE⁶⁸.

⁶⁷ B. E. HAWK, *System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law*, CMLR, 1995, p. 973 ss.; C. BRIGHT, *Deregulation of EC Competition Policy: Rethinking Article 85 (1)*, in B. HAWK (ed.), *International Antitrust Law & Policy*, 1994 Annual Proceedings, Fordham Corporate Law Institute, 1995, p. 505.

⁶⁸ Per utilizzare una restrizione verticale in un accordo occorre che questo sia conforme ad un Regolamento di esenzione o sia tale da superare il vaglio del par. 3 dell'art. 101 TFUE. In quest'ultimo caso è necessario che le restrizioni siano *indispensabili* per il conseguimento degli effetti positivi dell'accordo. Accordi verticali che contengono restrizioni verticali gravemente anticoncorrenziali, come l'imposizione di un prezzo di rivendita minimo o fisso e talune forme di protezione territoriale, escludono il beneficio della esenzione offerto dal Regolamento o dal par. 3. Se la restrizione è accessoria all'accordo principale viene attratta dall'esame della restrizione principale. Si è affermato che «se la restrizione è direttamente collegata e necessaria alla realizzazione di un'operazione principale, la compatibilità di tale restrizione con le regole di concorrenza deve essere esaminata con quella dell'operazione principale. Pertanto, se l'operazione principale non rientra nell'ambito del divieto di cui all'art. 85, n. 1, del trattato,

Il Regolamento (malgrado si affermi portatore di un approccio economico) è, in realtà, il bacio della morte per quegli accordi che ambiscono ad un'analisi di competitività nel par. 1 dell'art. 101 TFUE⁶⁹.

Ci si può chiedere allora se sia ancora opportuno ritenere *a priori* un accordo di distribuzione esclusiva (o selettiva quantitativa)⁷⁰ illecito ai sensi del par. 1 dell'art. 101 TFUE ed esentarlo ai sensi del par. 3. La Commissione (e la Corte⁷¹) ci hanno spiegato che la distribuzione selettiva qualitativa non rientra nel par. 1 dell'art. 101 TFUE, ma che i comportamenti assunti dalle imprese entro questi accordi potrebbero essere valutati come restrizioni per oggetto o per effetto nella loro attuazione pratica. Perché non può valere lo stesso discorso per la distribuzione selettiva quantitativa o quella esclusiva allorché si possa constatare, già all'interno del par. 1, che esse sono innocue per la dinamica della concorrenza?⁷² Certo, la spiegazione non può essere che nella distribuzione selettiva qualitativa: il numero dei possibili aderenti alla rete è illimitato (aperto) perché è noto che i costruttori di beni (tecnologici o di lusso, tipici della distribuzione selettiva) limitano indirettamente il numero dei distributori attraverso

questo vale anche per le restrizioni direttamente collegate e necessarie a tale operazione. Se, invece, l'operazione principale costituisce una restrizione ai sensi di tale disposizione ma beneficia di un'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, del trattato, tale esenzione comprende anche dette restrizioni accessorie», sentenza del Tribunale di primo grado del 18 settembre 2001 in causa n. T-112/99, *Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom e Télévision française 1 SA (TF1) c. Commissione*, in *Raccolta*, 2001, II, p. 2459, EU:T:2001:215.

⁶⁹ Il diritto della UE non riesce, nella sua applicazione pratica, a tutelare la *competition on the merits*, portando alle estreme conseguenze il fondamento della regola e premiando effettivamente l'impresa più efficiente. Fatica ad affrancarsi da formule che indicano come restrittive tutte le intese che modificano il mercato o tutti gli scambi di informazioni che non si conciliano con una azione indipendente delle imprese sul mercato. Sul punto cfr. M. MAGGIOLINO, *I big data e il diritto antitrust*, cit. *supra*, nota 17; R. PARDOLESI, *Chi ha paura della interpretazione economica del diritto antitrust?*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2007, p. 119; F. VON HAYEK, *Conoscenza, competizione e libertà*, a cura di D. ANTISERI - L. INFANTINO, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1998; A. TIZZANO, nel suo articolo *Il ruolo dei consumatori nel diritto antitrust alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Rivista Italiana di Antitrust*, n. 1/2015, p. 17 ss., afferma, che l'obiettivo dell'integrazione dei mercati ha troppo condizionato la politica della concorrenza della Commissione a discapito di una analisi economica delle intese. In effetti, l'utilizzo di modelli economici astratti nel par. 1 dell'art. 101 TFUE ha impedito spesso una specifica analisi del caso.

⁷⁰ D. BESANKO - M. PERRY, *Exclusive dealing in a spatial model of retail competition*, in *International Journal of Industrial Organisation*, vol. 12, 1994, pp. 297-329; P. REY - J. STIGLITZ, *The role of exclusive territories in Producers' competition*, in *Rand Journal of Economics*, vol. 26, n. 3, 1995, pp. 431-451.

⁷¹ Sentenza della Corte di giustizia del 6 dicembre 2017 in causa n. C-230/16, *Coty Germany GmbH c. Parfümerie Akzente GmbH*, in *Raccolta generale (Raccolta digitale)*, dicembre 2017, EU:C:2017:941, annotata in questa *Rivista*, 2017, p. 625.

⁷² F. M. CARLIN, *Vertical Restraints: Time for Change?*, in *European Competition Law Review*, 1996, p. 283; H. LUGARD, *Vertical Restraints under EC Competition Law: A Horizontal Approach?*, in *European Competition Law Review*, 1996, p. 166.

so *standard* di ingresso alla rete del tutto sproporzionati, anche senza arrivare agli eccessi di cui al caso *Fabre*⁷³).

Il tema non è nuovo ed era peraltro già emerso⁷⁴ allorché si era formata una corrente giurisprudenziale⁷⁵ che riteneva di interpretare l'art. 101 TFUE, par. 1, in modo meno restrittivo e astratto, consentendo valutazioni del contesto in cui la restrizione si realizzava. Questa corrente è stata vista come una erronea trasposizione nel par. 1 dell'art. 101 TFUE dell'esame sulla procompetitività dell'accordo previsto dal par. 3; in realtà, rimate le parole della Corte in quelle sentenze, emerge l'esigenza di non operare su un piano meramente formale ed astratto. Non si voleva pertanto legitti-

⁷³ Sentenza della Corte di giustizia del 13 ottobre 2011 in causa n. C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS c. Président de l'Autorité de la concurrence*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 9419, EU:C:2011:649.

⁷⁴ Sentenza del Tribunale di primo grado del 18 settembre 2001 in causa n. T-112/99, *M6 c. Commissione*, *cit. supra*, nota 68.

⁷⁵ Sentenza del Tribunale di primo grado del 15 settembre 1998 in cause riunite n. T-374/94, n. T-375/94, n. T-384/94 e n. T-388/94, *European Night Services Ltd e altri c. Commissione*, in *Raccolta*, 1998, II, p. 3141, EU:T:1998:198, ove si afferma che: «la valutazione di un accordo ai sensi dell'art. 85, n. 1 (ora 101 TFUE), del Trattato deve tener conto dell'ambito concreto nel quale esso produce i suoi effetti, in particolare del contesto economico e giuridico nel quale operano le imprese interessate, della natura dei servizi contemplati dall'accordo nonché delle effettive condizioni di funzionamento e della struttura del mercato interessato, a meno che non si tratti di un accordo che comporta manifeste restrizioni della concorrenza, come, ad esempio, la fissazione dei prezzi, la suddivisione del mercato e il controllo degli sbocchi»; sentenza del Tribunale di primo grado dell'8 giugno 1995 in causa n. T-7/93, *Langnese c. Commissione*, in *Raccolta*, 1995, II, p. 1533, EU:T:1995:98, ove si precisa: «una rete di contratti di acquisto in esclusiva non è automaticamente idonea a impedire, restringere od ostacolare in modo rilevante il gioco della concorrenza per il solo fatto del superamento dei valori limite previsti nella comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore. E del tutto possibile che, in determinati casi, accordi conclusi tra imprese che superino tali valori limite non incidano sul commercio tra Stati membri o sulla concorrenza se non in misura trascurabile e che, conseguentemente, non ricadano nella sfera d'applicazione delle disposizioni dell'art. 85, n. 1, del Trattato. Per quanto attiene alla questione se determinati contratti d'acquisto in esclusiva ricadano nella sfera del divieto di cui all'art. 85, n. 1, del Trattato, occorre esaminare se il complesso degli accordi analoghi conclusi sul mercato pertinente e degli altri elementi del contesto economico e giuridico in cui i contratti *de quibus* si collocano evidenzino come i contratti medesimi producano l'effetto cumulativo di impedire a nuovi concorrenti, sia nazionali sia internazionali, l'accesso al mercato medesimo». A proposito di queste decisioni il Tribunale della Ue ha affermato che, anche se, in determinate sentenze, la Corte e il Tribunale si sono espressi a favore di un'interpretazione meno restrittiva del divieto di cui all'art. 85, n. 1, del Trattato, tali sentenze, tuttavia, non possono essere interpretate come un avallo dell'esistenza di una regola della ragionevolezza. Esse si inseriscono piuttosto in una corrente giurisprudenziale più ampia secondo la quale non occorre ritenere, in maniera completamente astratta e indistinta, che qualsiasi accordo che restringe la libertà di azione delle parti o di una di esse rientri necessariamente nell'ambito del divieto di cui all'art. 85, n. 1, del Trattato. Infatti, ai fini dell'esame dell'applicabilità di tale disposizione ad un accordo, si deve tener conto dell'ambito concreto in cui esso produce i suoi effetti, in particolare del contesto economico e giuridico nel quale operano le imprese interessate, della natura dei prodotti e/o servizi contemplati da tale accordo nonché delle condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato, Tribunale di primo grado del 18 settembre 2001 in causa T-112/99, *Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom e Télévision française 1 SA (TF1) c. Commissione*, *cit. supra*, nota 68.

mare all'interno del par. 1 la *rule of reason*, ma contestualizzare la restrizione nel mercato.

L'esame che viene fatto nel par. 1 secondo questa giurisprudenza è relativo alle condizioni economico-giuridiche del mercato in cui la restrizione è rilevata; ben diverso dall'esame sulle efficienze richiesto dal par. 3. In quest'ultimo si valutano eventuali fenomeni di *free riding*⁷⁶ o di *hold-up*⁷⁷, bilanciando le limitazioni della concorrenza intramarca o l'esclusione dal mercato di nuovi distributori, specie se finalizzata ad incrementare i costi dei concorrenti⁷⁸.

Un piccolo passo verso un esame congiunto oggetto/effetti sembra ipotizzarsi nel par. 42 della Comunicazione della Commissione, *Orientamenti aggiuntivi in materia di restrizioni verticali negli accordi per la vendita e la riparazione di autoveicoli e per la distribuzione di pezzi di ricambio per autoveicoli* del 2010, ove si afferma che, in genere, si ritiene che la distribuzione selettiva basata su criteri puramente qualitativi non rientri nell'ambito dell'art. 101, par. 1, del Trattato, in quanto non provoca effetti anticoncorrenziali, purché vengano soddisfatte tre condizioni⁷⁹. In

⁷⁶ «Quando diversi dettaglianti vendono la medesima marca di un dato prodotto in una determinata area, tutti i dettaglianti (anche non appartenenti alla rete) beneficiano delle attività di incentivazione delle vendite di uno di loro. Ad esempio, se un dettagliante investe in informazioni ai clienti di tale area o pubblicizza tale marchio, tutti gli altri dettaglianti possono risparmiare sulla pubblicità e beneficiare dei servizi prestati dal primo ("*free-riding*"). In tale situazione tutti i dettaglianti tendono a sotto-investire in tale attività. Il *free-riding* può essere risolto con l'imposizione dell'esclusiva territoriale da parte del produttore. Se al distributore viene assegnato un territorio nel quale è il fornitore esclusivo di un determinato marchio, i costi di trasporto e di transazione riducono al minimo gli effetti di "*free-riding*", *Libro verde sulle restrizioni verticali*, cit. supra, nota 66.

⁷⁷ «Se un distributore investe in campagne informative prevendita per i clienti o migliora i propri impianti, la domanda del suo prodotto aumenta e il distributore ne deriva un beneficio. Ne trarrà però vantaggio anche il produttore in quanto venderà un quantitativo maggiore di prodotti al distributore. In queste situazioni i distributori si adoperano meno per promuovere le vendite di quanto farebbero se potessero beneficiare di tutti i vantaggi derivanti dai loro sforzi aggiuntivi. Le restrizioni verticali possono contribuire a raggiungere il risultato ottimale per la struttura verticale», *Libro verde sulle restrizioni verticali*, cit. supra, nota 66.

⁷⁸ I. R. SEGAL - M. D. WHINSTON, *Exclusive contracts and protection investments*, Rand, Journal of Econ., 2009, p. 606; B. CORTESE - F. FERRARO - P. MANZINI, *Il diritto antitrust dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 25. Va qui considerato che malgrado le restrizioni per oggetto difficilmente vengano utilizzate per creare efficienze, tuttavia tale assunto non è assoluto: una clausola di non concorrenza in forza della quale il distributore è obbligato ad acquistare dal fornitore un'elevata percentuale del suo fabbisogno potrebbe essere usata per proteggere il distributore mettendolo in condizione di poter contare su elevate quantità di beni in fase di aggressione del mercato.

⁷⁹ Sentenza del Tribunale di primo grado del 12 dicembre 1996 in causa T-19/92, *Groupement d'achat Edouard Leclerc c. Commissione*, in *Raccolta*, 1996, II, p. 1851, EU:T:1996:190, ove si afferma: «sebbene la Corte abbia stabilito, in particolare, che sistemi di distribuzione selettiva di tal genere, fondati su criteri qualitativi, possono essere istituiti nel settore dei beni di consumo durevoli, di alta qualità e tecnicità, senza infrangere l'art. 85, n. 1, del Trattato, al fine di mantenere, in particolare, un commercio specializzato in grado di fornire prestazioni specifiche per questa categoria di prodotti (v. sentenze Metro I, punto 20, AEG, punto 33, e Metro II, punto 54, e sentenza della Corte 10 dicembre 1985, causa 31/85, ETA,

primo luogo, il ricorso ad un sistema di distribuzione selettiva deve essere dettato dalla natura stessa del prodotto, nel senso che, tenuto conto delle caratteristiche del prodotto, il ricorso al sistema di distribuzione selettiva è un requisito legittimo inteso a preservarne la qualità e a garantirne il corretto impiego. In secondo luogo, la scelta dei distributori o riparatori deve avvenire secondo criteri oggettivi d'indole qualitativa stabiliti indistintamente per tutti i rivenditori potenziali e applicati in modo non discriminatorio. In terzo luogo, i criteri stabiliti non devono andare oltre il necessario.

Se ne trae la conclusione che non è il tipo di restrizione che, *a priori*, deve essere considerata restrittiva, ma è la sua attuazione pratica: ma allora anche un'esclusiva di zona potrebbe presentarsi innocua in un determinato mercato⁸⁰.

Le posizioni della Commissione non sono sempre chiare. Essa afferma nelle premesse del Regolamento (Ce) n. 2790/99 sulle intese verticali (nota 43) – Regolamento che ha preceduto il n. 330/2010 – che l'esperienza finora acquisita consente alla Commissione di definire una categoria di accordi verticali per la quale le condizioni di cui all'art. 81, par. 3, possono essere normalmente considerate soddisfatte; tale categoria include accordi verticali riguardanti l'acquisto o la vendita di beni o servizi, qualora tali accordi siano conclusi tra imprese non concorrenti, fra talune imprese concorrenti o da talune associazioni di dettaglianti di beni. Precisa che non è necessario definire gli accordi verticali che possono rientrare nel campo di applicazione dell'art. 81, par. 1. La valutazione individuale di accordi ai sensi dell'art. 81, par. 1, esige che diversi fattori siano presi in considerazio-

Raccolta p. 3933, punto 16), emerge altresì dalla giurisprudenza della Corte che sistemi di distribuzione selettiva, giustificati dalle caratteristiche specifiche dei prodotti o dalle esigenze della loro distribuzione, possono essere istituiti in altri settori economici senza infrangere l'art. 85, n. 1»; sentenza della Corte di giustizia del 25 ottobre 1977 in causa n. 26/76, *Metro c. Commissione*, cit. *supra*, nota 51, nella quale si precisa che: «i sistemi di distribuzione selettiva costituiscono uno degli elementi di concorrenza conformi all'art. 85, n. 1, purché la scelta dei rivenditori avvenga secondo criteri oggettivi di indole qualitativa, riguardanti la qualificazione professionale del rivenditore, del suo personale e dei suoi impianti, questi requisiti siano richiesti indistintamente per tutti i rivenditori potenziali e vengano valutati in modo non discriminatorio».

⁸⁰ Al par. 60 degli *Orientamenti sulle restrizioni verticali*, cit. *supra*, nota 16, si precisa che talune restrizioni fondamentali possono, in via eccezionale, essere obiettivamente necessarie all'esistenza di un accordo di tipo o natura particolari e non rientrare nel campo di applicazione dell'art. 101, par. 1. Al successivo paragrafo si afferma che qualora siano necessari da parte del distributore investimenti considerevoli per avviare e/o sviluppare un nuovo mercato, le restrizioni delle vendite passive da parte di altri distributori in tale territorio o a tale gruppo di clienti, necessarie affinché il distributore recuperi il costo degli investimenti, non rientrano in genere nel campo di applicazione dell'art. 101, par. 1, nei primi due anni in cui tale distributore vende i beni o servizi oggetto del contratto in tale territorio o a tale gruppo di clienti, anche se generalmente si considera che restrizioni fondamentali di questo tipo rientrino nel campo di applicazione di detto articolo.

ne, in particolare la struttura del mercato⁸¹ sia dal lato dell'offerta che dal lato della domanda. L'analisi della struttura del mercato richiede però un'analisi degli elementi economico/giuridici dell'intesa, quindi degli effetti.

6. Le restrizioni per oggetto: maggiori dettagli

La giurisprudenza *Expedia* esprime un rigoroso orientamento⁸², già affermato nel caso *T-Mobile*⁸³, ove la Corte aveva precisato che l'oggetto anticoncorrenziale di una pratica concordata non deve essere subordinato all'accertamento di un legame diretto di quest'ultima sui prezzi al dettaglio: in tal modo, prescinde da un esame fattuale del contesto in cui si è sviluppata la restrizione ed elimina la necessità di una valutazione del mercato. Come poi si possa valutare se l'interesse del mercato è soddisfatto, rimane oscuro.

In questa prospettiva d'esame, l'assunto che l'accordo o la clausola sono nocivi al buon funzionamento del normale gioco della concorrenza⁸⁴ consente di escludere un esame degli effetti sul mercato causati dalla restrizione⁸⁵ (effetti che, come detto, andrebbero misurati raffrontando la situazione presente nel mercato prima della restrizione e dopo)⁸⁶.

⁸¹ Affermazione che rimane sovente una mera petizione di principio.

⁸² V. anche sentenza del Tribunale di primo grado del 13 gennaio 2004 in causa n. T-67/01, *JCB Service c. Commissione*, in *Raccolta*, 2014, II, p. 49, *EU:T:2004:3*.

⁸³ Sentenza della Corte di giustizia del 4 giugno 2009 in causa n. C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV e Vodafone Libertel NV c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, *cit. supra*, nota 28. Al par. 31 della sentenza si assiste alla affermazione che: «per quanto riguarda la valutazione del carattere anticoncorrenziale di una pratica concordata come quella di cui trattasi nella causa principale, occorre ricordare in primo luogo che, come rilevato dall'Avvocato Generale al paragrafo 46 delle sue conclusioni, affinché vi sia un oggetto anticoncorrenziale, è sufficiente che la pratica concordata sia tale da produrre effetti dannosi per la concorrenza. In altri termini, tale pratica concordata deve semplicemente essere idonea in concreto, tenuto conto del contesto giuridico ed economico nel quale si inserisce, ad impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza nel mercato comune». L'assunto (in lingua inglese si usano i termini «capable of harm») è singolare perché l'argomento principale riguarda una restrizione per oggetto grave che non richiede alcuna valutazione ulteriore, il *test* proposto appare, pertanto, oltre che confuso, vuoto nella sostanza, v. R. NAZZINI - A. NIKPAY, *Object Restrictions and Two-sided Markets in EU Competition Law after Cartes Bancaires*, in *CPI Competition Policy International*, 2014, n. 2, p. 157 ss., reperibile sul sito internet <https://www.competitionpolicyinternational.com>.

⁸⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 20 novembre 2008 in causa n. C-209/07, *Competition Authority c. Beef Industry Development Society Ltd e Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd.*, *cit. supra*, nota 7.

⁸⁵ Questo modo di procedere non è univoco, come si dirà a seguito. È censurato dal Tribunale di primo grado nella sentenza *O2 (Germany)*, *cit. supra*, nota 13, che richiede un'analisi oggettiva dell'impatto dell'intesa sulla situazione concorrenziale.

⁸⁶ Nel caso *Anic* (sentenza della Corte di giustizia dell'8 luglio 1999 in causa n. C-49/92, *Commissione c. Anic Partecipazioni S.p.A.*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 4125, *EU:C:1999:356*), si afferma che la pratica concordata rientra nell'art. 85, n. 1, CE anche in mancanza di effetti an-

Nel caso *Post Danmark*⁸⁷ la Corte di giustizia era chiamata a pronunciarsi sulla legittimità, con riferimento all'art. 102 TFUE, di un particolare sistema di sconto applicato da una impresa in posizione dominante nel mercato. La Corte ha sottolineato la necessità, in primo luogo, di valutare tutte le circostanze, in particolare i criteri e le modalità della concessione degli sconti ed in secondo luogo, di considerare le caratteristiche del mercato. Essa rileva che il possesso di una quota di mercato estremamente elevata pone l'*incumbent* in una situazione di forza che lo rende controparte ineludibile. La Corte rileva che, nel caso di specie, la quota detenuta dalla *Post Danmark* (pari al 95% del mercato), le caratteristiche del mercato stesso, i vantaggi strutturali goduti dall'impresa e la sua copertura geografica estesa a tutto il territorio nazionale sono circostanze tali da far ritenere che si produca un effetto di preclusione concorrenziale. L'analisi è pertanto strutturale e riguarda il funzionamento del mercato. La Corte non accoglie però la tesi dell'Avvocato Generale Kokott che arriva a consigliarla di non «lasciarsi troppo influenzare dallo spirito del tempo o da tendenze passeggere» e di rimanere ben salda sulle pregresse posizioni⁸⁸ e richiede, invece, un esame fattuale del mercato rilevante.

L'approccio formalistico della Corte di giustizia non è, pertanto, univoco⁸⁹.

In altre importanti decisioni, la Corte ha ritenuto che, ai fini della valutazione dell'oggetto e degli effetti di un accordo sulla concorrenza, si deve tenere conto del contesto economico e giuridico in cui esso si inserisce e nel quale può concorrere, con altri, a produrre un effetto globale sul gioco della concorrenza⁹⁰. Ha inoltre precisato che occorre considerare tut-

ticoncorrenziali sul mercato. Tuttavia, da un lato, dalla lettera stessa di detta norma deriva che, come nel caso degli accordi tra imprese e delle decisioni di associazioni di imprese, le pratiche concordate sono vietate, indipendentemente dai loro effetti, qualora abbiano un oggetto anticoncorrenziale. Dall'altro, benché la nozione stessa di pratica concordata presupponga un comportamento delle imprese partecipanti sul mercato, essa non implica necessariamente che tale comportamento abbia l'effetto concreto di restringere, impedire o falsare la concorrenza.

⁸⁷ Sentenza della Corte giustizia del 6 ottobre 2015 in causa n. C-23/14, *Post Danmark A/S c. Konkurrencerådet*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, ottobre 2015, EU:C:2015:651.

⁸⁸ Afferma l'Avvocato Generale Kokott, nelle sue conclusioni che l'impresa in posizione dominante non può concedere sconti per i quali manca una giustificazione economica, segnatamente il trasferimento sugli utenti di un risparmio sui costi. Rileva che in un periodo in cui si moltiplicano le richieste di adottare un approccio più economico nel diritto europeo della concorrenza la Corte non dovrebbe lasciarsi troppo influenzare dallo spirito del tempo o da tendenze passeggere quanto piuttosto riallacciarsi alle basi giuridiche sulle quali si fonda il divieto di abuso di posizione dominante nel diritto dell'Unione.

Posizione diversa da quella dell'Avvocato Generale Roemer, nella sentenza *Grundig*, *cit. supra*, nota 16 e dell'Avvocato Generale Wahl, nella sentenza *Hungária*, *cit. supra*, nota 8.

⁸⁹ Nel caso *Dole*, *cit. supra*, nota 58, l'approccio è formalistico; risente delle conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott che fa sorprendentemente corrispondere la giurisprudenza *Cartes Bancaires* a quella *T-Mobile*.

⁹⁰ V. caso *Delimitis*, *cit. infra*, nota 91.

ti gli elementi che determinano l'accesso al mercato di riferimento e analizzare le condizioni nelle quali si sviluppa il gioco della concorrenza sul mercato di riferimento. Si tratta, a questo riguardo, di conoscere non solo il numero e la dimensione degli operatori presenti su tale mercato, ma altresì il grado di concentrazione di detto mercato, la fedeltà dei consumatori alle marche esistenti e le abitudini di consumo. Solo qualora, al termine di un'approfondita analisi del contesto economico e giuridico, venga rilevato che l'accesso a tale mercato è reso difficile da tutti i contratti simili individuati sul mercato, in tal caso occorrerà in seguito analizzare in quale misura questi ultimi contribuiscano ad un'eventuale compartimentazione di tale mercato, fermo restando che solo gli accordi che contribuiscono in maniera significativa a tale compartimentazione sono vietati⁹¹.

Nel momento in cui la Corte pretende una valutazione economica del mercato da parte della Commissione esige, al tempo stesso, che la nozione di restrizione della concorrenza «per oggetto» sia interpretata restrittivamente⁹² e applicata solo a talune forme di coordinamento tra imprese che rivelano, di per sé, un elevato grado di dannosità desunto dalla scienza economica o dall'esperienza. Solo in tali casi non è più necessario esaminare gli effetti⁹³. Così, ad esempio, può accadere per un cartello tra impre-

⁹¹ Sentenza della Corte di giustizia del 28 febbraio 1991 in causa n. C-234/89, *Delimitis c. Henninger*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 935, EU:C:1991:91, annotata in questa *Rivista*, 1992, p. 687.

⁹² Nel caso *Lucentis* (sentenza della Corte di giustizia del 23 gennaio 2018 in causa n. C-179/16, *F. Hoffmann-La Roche Ltd, Roche S.p.A., Novartis AG, Novartis Farma Spa c. AGCM*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, gennaio 2018, EU:C:2018:25), si afferma che la nozione di restrizione della concorrenza per oggetto dev'essere interpretata restrittivamente e può essere applicata solo a talune forme di coordinamento tra imprese che rivelano un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente perché si possa ritenere che l'esame dei loro effetti non sia necessario. L'Avvocato Generale P. Villalón, nelle conclusioni presentate nella causa *Allianz Hungária (cit. supra, nota 8)* precisa che la categoria delle restrizioni per oggetto deve essere applicata limitatamente ai casi in cui si possa apprezzare una potenzialità intrinseca particolarmente elevata di produrre effetti negativi. Ricorda che, fino ad oggi, la Corte di giustizia ha qualificato come restrizioni della concorrenza per oggetto, nel caso degli accordi verticali, unicamente l'imposizione di prezzi minimi di rivendita, il divieto di commercio parallelo tra Stati membri, con protezione territoriale assoluta, e, più recentemente, le clausole con cui si vieta ai distributori l'utilizzo di internet per la vendita di determinati prodotti, salvo nel caso in cui detto divieto sia oggettivamente giustificato, come nell'ambito di un sistema di distribuzione selettiva.

⁹³ La Commissione, nella decisione dell'8 dicembre 2017 relativa al caso AT 40208 - *ISU - International Skating Union* (v. la sintesi in *Gu-Ue* n. C 148 del 27 aprile 2018, p. 9), ricorda che nella sentenza *Meca-Medina (cit. supra, nota 52)* la Corte di giustizia ha stabilito che le norme sull'organizzazione sportiva sono, in linea generale, soggette al diritto dell'UE in materia di concorrenza, tuttavia possono non rientrare nel campo di applicazione dell'art. 101 del TFUE in particolari circostanze, da valutare caso per caso, tenendo conto: *i.* del contesto globale in cui le regole sono state adottate o dispiegano i loro effetti e, più in particolare, dei loro obiettivi, *ii.* del fatto che gli effetti restrittivi della concorrenza che ne derivano ineriscano o meno al perseguimento degli obiettivi e *iii.* del fatto che detti effetti siano ad essi proporzionati o meno. La Commissione afferma che occorre inoltre valutare se le norme utilizzate sono esclusivamente funzionali a raggiungere obiettivi legittimi o perseguano anche altri interessi delle parti. La decisione mostra un atteggiamento della Commissione volto a comprendere

se concorrenti con fissazione dei prezzi⁹⁴.

Ne deriva una distinzione tra *a.* restrizioni gravi per oggetto *ex se*, *b.* restrizioni gravi per oggetto che devono essere valutate nel contesto economico giuridico (sostanzialmente coincidenti con restrizioni per effetto ai fini della prova); *c.* restrizioni fondamentali relative all'oggetto vietate da un Regolamento di esenzione (ad esempio dall'art. 4 del Regolamento (Ue) n. 330/2010). Il percorso di valutazione per i tre tipi di restrizione è identico: vengono valutate innanzi tutto all'interno del par. 1 dell'art. 101 TFUE e poi, se ritenute illecite, all'interno del par. 3 della medesima norma⁹⁵.

7. Alcune significative decisioni della Corte di giustizia

Data la formulazione del par. 1 dell'art. 101 TFUE, un numero molto elevato di accordi finisce per ricadere nella nozione di intesa restrittiva: la norma vieta gli accordi che parzializzano il mercato (come avviene in qualsiasi contratto di distribuzione esclusiva o selettiva quantitativa⁹⁶).

Non è in discussione che ogni impresa deve determinare autonomamente le proprie politiche sul mercato⁹⁷, ma non è nemmeno in discussione, riteniamo, che le imprese possano proteggere gli investimenti dei loro distributori. Purtroppo questo discorso finisce per avvenire all'interno del par. 3 dell'art. 101 TFUE, ove si valutano gli effetti *pro* competitivi dell'accordo.

meglio la realtà fattuale senza rimanere ancorata a giudizi formali e aprioristici, lontani dalla realtà.

⁹⁴ G. BRUZZONE, *Le restrizioni per oggetto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: alla ricerca di un approccio sistematico*, cit. *supra*, nota 18.

⁹⁵ L'esame nel par. 3 dell'art. 101 TFUE riguarda l'efficienza dell'accordo. In termini diversi una parte della dottrina. «The Commission's new economic approach to vertical restraints focuses on the assessment of the effects of vertical restraints on the market, with the aim of enhancing consumer welfare and creating an efficient allocation of resources. The Commission is convinced that most vertical restraints imply positive effects on efficiency, which have to be balanced with any anti-competitive effects of such vertical restraints. This is also a consequence of a slow evolution of the general concept of Article 81(3), which is now more and more considered as a structured "rule of reason", in which the negative effects on competition have to be balanced against the pro-competitive ones», W. KERBER - S. VEZZOSO, *EU Competition Policy, Vertical Restraints, and Innovation: An Analysis from an Evolutionary Perspective*, Paper for the 10th International Joseph A. Schumpeter Society Conference (ISS) Milan, 2004, 9-12 June.

⁹⁶ V. *supra*, nota 14.

⁹⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 20 novembre 2008 in causa n. C-208/07, *Competition Authority c. Beef Industry Development Society Ltd e Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd.*, cit. *supra*, nota 7.

All'interno del par. 1 dell'art. 101 TFUE la Corte di giustizia⁹⁸ tende solo a verificare il «buon funzionamento del mercato» a livello formale/strutturale e spesso l'analisi si arresta all'oggetto dell'intesa⁹⁹. Nel caso *Toshiba*¹⁰⁰, dopo le rituali premesse che la restrizione per oggetto è alternativa a quella per effetto, che talune forme di restrizioni rivelano un grado di dannosità che può ritenersi sufficiente per rendere non necessario l'esame degli effetti, che l'esperienza conforta tali valutazioni, che occorre riferirsi al contesto economico giuridico, afferma (al punto 29) che «l'analisi del contesto economico e giuridico in cui si colloca la pratica può quindi limitarsi a quanto risulti strettamente necessario per concludere per la sussistenza di una restrizione alla concorrenza per oggetto». Analisi di tipo puramente formale. Nel caso *Expedia*¹⁰¹ la Corte ricorda che, secondo una consolidata giurisprudenza, un accordo tra imprese sfugge al divieto enunciato dalla norma suddetta nel caso in cui esso incida sul mercato soltanto in misura insignificante¹⁰². Ricorda ancora che le Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri possono applicare le disposizioni del diritto nazionale che vietano le intese ad un accordo tra imprese che sia idoneo a pregiudicare il commercio tra Stati membri, ai sensi dell'art. 101 TFUE, soltanto se tale accordo costituisce una restrizione sensibile della concorrenza nel mercato interno. L'esistenza di una restrizione siffatta dev'essere valutata con riferimento al contesto concreto (economico/giuridico) nel quale si colloca l'accordo in questione¹⁰³. Rileva poi che esiste una soglia quantitativa che è normata, ma solo a livello di *soft law*, dalla Comunicazione *de minimis*¹⁰⁴. Questa Comunicazione intende definire, mediante la fissazione di soglie di detenzione di quote di mercato,

⁹⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 24 ottobre 1995 in causa n. C-70/93, *BMW c. ALD*, in *Raccolta*, 1995, I. p. 3439, EU:C:1995:344.

⁹⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 1966 in causa n. 56/64, *Consten e Grun-dig c. Commissione*, *cit. supra*, nota 16.

¹⁰⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 20 gennaio 2016 in causa n. C-373/14 P, *Toshiba c. Commissione*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, 2016, EU:C:2016:26.

¹⁰¹ Sentenza della Corte di giustizia del 13 dicembre 2012 in causa C-226/11, *Expedia Inc. c. Autorité de la concurrence e altri*, *cit. supra*, nota 29.

¹⁰² Sentenza della Corte di giustizia del 9 luglio 1969, *Völk*, *cit. supra*, nota 44.

¹⁰³ In particolare, occorre far riferimento al tenore delle disposizioni di tale accordo, agli obiettivi da esso perseguiti, nonché al contesto economico e giuridico in cui esso si colloca (v. sentenza del 6 ottobre 2009 in cause riunite n. C-501/06 P, n. C-513/06 P, n. C-515/06 P e n. C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services c. Commissione*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 9291, EU:C:2009:610, punto 58). Occorre altresì prendere in considerazione la natura dei beni o dei servizi coinvolti e le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione; v., in tal senso, sentenza *Asnef-Equifax e Administración del Estado*, *cit. supra*, nota 23.

¹⁰⁴ V. *supra*, nota 38.

quando una restrizione può essere considerata sensibile, cioè rilevante per la concorrenza ai sensi dell'art. 101 TFUE.

Fatte queste premesse, la Corte precisa che esistono delle restrizioni che possono essere valutate come restrittive per oggetto *a priori*, con la conseguenza che non è più necessario esaminare gli effetti delle medesime ed, infine, arriva alla sorprendente statuizione (in precedenza richiamata) che: «occorre dunque affermare che un accordo idoneo a pregiudicare il commercio tra Stati membri e avente un oggetto anticoncorrenziale costituisce, per sua natura e *indipendentemente da qualsiasi suo effetto concreto*, una restrizione sensibile del gioco della concorrenza». Affermazione assoluta che presuppone la consapevolezza di disporre di modelli teorici giuridico/economici precostituiti per valutare quando una restrizione per oggetto è sensibile in ogni situazione (astratta o concreta) si possa presentare sul mercato. Presuppone una totale sfiducia nell'analisi del mercato.

L'assunto è in apparente coerenza con il disposto dell'art. 101 TFUE che tratta le due condizioni dell'oggetto e dell'effetto separatamente in una visione dell'illecito concorrenziale come fattispecie di *pericolo astratto*¹⁰⁵, ma si disallinea da quella giurisprudenza che considera, invece, l'effettiva dannosità dell'accordo nel mercato nell'illecito *antitrust*. Se si procede solo in modo formale un accordo di distribuzione esclusiva è sempre restrittivo¹⁰⁶ ai sensi del par. 1 dell'art. 101 TFUE, contravvenendo ad un «divie-

¹⁰⁵ Parlare di restrizioni *ex se* significa considerare l'illecito *antitrust* come fattispecie di pericolo astratto a proposito della quale la teoria economica ha già spiegato che essa è portatrice di effetti nocivi gravi che non occorre ulteriormente indagare. Emblematica la posizione dell'Avvocato Generale Vesterdorf in causa *Rhône-Poulenc* (sentenza del Tribunale di primo grado del 24 ottobre 1991 in causa n. T-1/89, *Rhône-Poulenc c. Commissione*, in *Raccolta*, 1991, II, p. 867, EU:T:1991:56), che afferma che «non è necessario cercare di appurare quali siano gli effetti concreti dell'accordo» e qualifica le fattispecie delineate dall'art. 81 CE come «reato di pericolo astratto». Su questi temi cfr. M. MAGGIOLINO, *I big data e il diritto antitrust*, cit. *supra*, nota 17. Cfr. pure la sentenza del TAR Lazio del 10 novembre 2004, n. 12769, in *Diritto dei servizi pubblici*, reperibile sul sito internet <http://www.dirittodeiserviziipubblici.it>, che afferma: «al riguardo occorre sottolineare che l'art. 2, comma 2, della L. n. 287 del 1990 configura l'illecito ivi sanzionato, al tempo stesso, sia come "illecito associativo" (*id est*: illecito che si perfeziona per la semplice adesione al programma collettivo, anche in mancanza dell'effettivo compimento di atti materialmente esecutivi), che come c.d. "illecito di mera condotta" (o "illecito di pericolo", illecito - cioè - che si perfeziona fin dal momento in cui la condotta sia idonea a mettere in pericolo il valore protetto, e ciò anche a prescindere dalla effettiva realizzazione dell'evento dannoso che la norma intende, in ultima analisi, scongiurare). Nella fattispecie per cui è causa, dunque, perché si perfezionasse l'illecito, non era necessario che la ricorrente fornisse un contributo fattivo né che con la sua condotta pervenisse in concreto al raggiungimento di un effetto utile (*rectius*: al pieno conseguimento dell'effetto dannoso vietato dalla legge). Era sufficiente che vi fosse un accordo volto a tal fine, e l'adesione ad esso».

¹⁰⁶ Come abbiamo già rilevato, se il diritto della concorrenza si disinteressasse totalmente degli effetti prodotti da un'intesa verticale sul mercato per sanzionarla ogni qual volta essa possa contribuire astrattamente a creare limitazioni al territorio o ai clienti, detta intesa ricadrebbe automaticamente sotto la lente dei regolamenti di esenzione.

to di principio» posto dalla medesima norma¹⁰⁷.

Expedia, a ben vedere, non è molto distante dalla decisione della Commissione contro *Volkswagen* del 2001 (v. *supra*, nota 32), ove, come detto, si ritenne che la Comunicazione *de minimis* non incidesse sulla valutazione della restrittività dell'intesa ai sensi del par. 1 dell'art. 101 TFUE¹⁰⁸.

La medesima valutazione formale della restrizione sensibile viene fatta anche dalla Corte di giustizia nell'art. 102 TFUE, nell'ambito della fattispecie dell'abuso di posizione dominante. La giurisprudenza afferma che il comportamento dell'impresa è rilevante quando è «grave e notevole»¹⁰⁹, in tal caso non è più necessaria alcuna ulteriore valutazione quantitativa. Afferma altresì che, dal momento che il mercato risulta già indebolito nella sua struttura concorrenziale per la presenza dell'impresa in posizione dominante, qualsiasi ulteriore restrizione della suddetta struttura può costituire uno sfruttamento abusivo di posizione dominante¹¹⁰. Ne discende che la fissazione di una soglia di percettibilità allo scopo di stabilire uno sfruttamento abusivo di posizione dominante non trova giustificazione. Infatti, tale pratica anticoncorrenziale è idonea, per sua stessa natura, a provocare restrizioni della concorrenza non trascurabili o, addirittura, ad eliminare la concorrenza dal mercato nel quale opera l'impresa interessata. Ne consegue che l'art. 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che l'effetto anticoncorrenziale deve essere probabile, senza che sia più necessario dimostrare che esso rivesta carattere grave o notevole.

8. Per un approccio economico nella valutazione per oggetto

La giurisprudenza *Expedia* va in direzione opposta a quella del caso *STM*¹¹¹, ove si afferma che: «per essere vietato in quanto incompatibile col mercato comune ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 1, del Trattato, un ac-

¹⁰⁷ L'Avvocato Generale Kokott, nelle sue conclusioni nella causa n. C-8/08, *T-Mobile*, cit. *supra*, nota 28, al par. 43 parla di «divieti di principio».

¹⁰⁸ In particolare al par. 79 della decisione della Commissione.

¹⁰⁹ È frequente l'affermazione che per quanto riguarda il carattere grave o notevole dell'effetto anticoncorrenziale, sebbene sia vero che la constatazione dell'esistenza di una posizione dominante di per sé non comporti alcuna censura nei confronti dell'impresa interessata, il comportamento di una simile impresa, dato che la struttura concorrenziale del mercato è già indebolita, può dar luogo ad uno sfruttamento abusivo della sua posizione dominante. V. sentenza della Corte giustizia del 6 ottobre 2015 in causa n. C-23/14, *Post Danmark A/S c. Konkurrencerådet*, cit. *supra*, nota 87.

¹¹⁰ Sentenza della Corte di giustizia, *Hoffmann-La Roche c. Commissione*, cit. *supra*, nota 92.

¹¹¹ Sentenza della Corte di giustizia del 30 giugno 1966 in causa n. 56/65, *Société Technique Minière (S.T.M.) c. Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, cit. *supra*, nota 25.

cordo tra imprese deve presentare varie caratteristiche che dipendono, non tanto dalla sua natura giuridica, quanto dalla sua incidenza sul "commercio tra Stati membri" e sul "gioco della concorrenza". Detta disposizione, che considera le ripercussioni dell'accordo sotto due aspetti dipendenti da una valutazione economica, non può quindi essere interpretata come diretta contro determinate categorie giuridiche di accordi. Il contratto con il quale un produttore incarica un distributore unico di vendere i suoi prodotti in una zona determinata, non può quindi ricadere automaticamente sotto il divieto dell'art. 85, par. 1. Per contro, un simile contratto può presentare le caratteristiche previste da detto articolo in ragione di una particolare situazione di fatto o del rigore delle clausole che tutelano l'esclusiva. L'accordo deve poter "pregiudicare il commercio fra Stati membri". Questa caratteristica, chiarita dalla precisazione preliminare dell'art. 85, nel quale si parla di accordi "incompatibili col mercato comune", mira a delimitare la sfera d'applicazione del divieto, ponendo la condizione che sia prevedibile la possibilità di un ostacolo per la realizzazione di un mercato unico tra gli Stati membri. In effetti, l'alterazione della concorrenza causata da un determinato accordo ricade sotto il divieto dell'art. 85 nella misura in cui può incidere sul commercio fra Stati membri, mentre in caso contrario non ne è colpita. Perché si verifichi questa condizione deve apparire ragionevolmente probabile, in base ad un complesso di elementi oggettivi di diritto o di fatto, che l'accordo eserciti un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sulle correnti degli scambi fra Stati membri. Onde stabilire se un contratto contenente una clausola con cui si concede un diritto esclusivo di vendita rientri nella sfera d'applicazione dell'art. 85 è quindi necessario accertare se esso possa isolare l'uno dall'altro determinati mercati degli Stati membri, ostacolando la compenetrazione economica voluta dal Trattato».

Tale approccio, all'evidenza, impone di contestualizzare l'intesa nel mercato al fine di accertarne l'impatto: un'intesa innocua non appare illecita per oggetto. Si pone pertanto in linea con *Völk* (v. *supra*, nota 44).

Nel recente caso *Lucentis c. Hoffmann La Roche*¹¹², la Corte ha, per la

¹¹² *Cit. supra*, nota 92. Il caso è veramente singolare perché l'illecito sembra essere la diffusione di notizie fuorvianti verso l'ambiente medico, volte a sconsigliare l'uso di un farmaco a vantaggio dell'uso di altro farmaco più costoso. Alla base della vicenda vi era una licenza di produzione di farmaci: quello che diviene rilevante non sembra tanto un accordo quanto un comportamento unilaterale decettivo. La Corte di giustizia afferma che: «l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE dev'essere interpretato nel senso che costituisce una restrizione della concorrenza per oggetto, ai sensi di tale disposizione, l'intesa tra due imprese che commercializzano due medicinali concorrenti, avente ad oggetto – in un contesto segnato dall'incertezza delle conoscenze scientifiche – la diffusione presso l'Agenzia europea per i medicinali, gli operatori sanitari e il pubblico, di informazioni ingannevoli sugli effetti collaterali negativi dell'uso di uno di tali medicinali per il trattamento di patologie non coperte dall'autorizzazione all'immissione in commercio di quest'ultimo, al fine di ridurre la pressione concorrenziale derivante da tale uso sull'uso dell'altro medicinale». L'illecito appare lesivo del processo di corretta valutazione delle proprietà del farmaco da parte dell'Agenzia europea per i medicinali.

prima volta, stabilito che, a certe condizioni, costituisce una restrizione della concorrenza per oggetto un'intesa che volge alla diffusione di informazioni ingannevoli su taluni effetti dell'utilizzo di un bene, al fine di ridurre la pressione concorrenziale su un bene alternativo. Dà atto che, secondo una giurisprudenza consolidata, la nozione di concorrenza per oggetto si fonda sull'assunto che alcune forme di coordinamento risultano essere, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del gioco della concorrenza¹¹³; tale categoria include quelle condotte che presentano una dannosità intrinseca sufficiente a rendere superfluo l'esame dei relativi effetti. Precisa tuttavia che, per considerare una condotta anticoncorrenziale restrittiva «per oggetto», occorre condurre un'accurata analisi, in particolare, prima sul contesto economico-giuridico e, successivamente, sugli obiettivi della condotta contestata (il riferimento agli obiettivi è tratto dalla giurisprudenza *Cartes Bancaires*, v. *supra*, nota 57).

Immaginiamo che il senso del discorso sia il seguente: o ci troviamo di fronte ad una intesa particolarmente nociva ed allora essa rileva *ex se* (e non è necessaria alcuna ulteriore attività di indagine) o ci troviamo di fronte ad una intesa la cui esplicazione di effetti nocivi non è chiara ed allora ci dobbiamo addentrare nell'analisi della rilevanza di tali effetti¹¹⁴. In questa analisi occorre considerare gli obiettivi legittimi che l'accordo mira a conseguire nel mercato rilevante.

In tale ottica la restrizione per oggetto è l'eccezione, quella per effetti la regola¹¹⁵.

¹¹³ Sentenza della Corte di giustizia del 20 novembre 2008 in causa n. C-209/07, *Competition Authority c. Beef Industry Development Society Ltd e Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd.*, cit. *supra*, nota 7.

¹¹⁴ V. *supra*, nota 111. Si consideri che la Corte ha avuto modo di affermare che «se è vero che accordi di acquisto esclusivo non hanno lo scopo di restringere la concorrenza, ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato, si deve tuttavia verificare se essi non producano l'effetto di frapporti ostacoli, di restringerla o di falsarne il gioco. La valutazione degli effetti di siffatto accordo implica la necessità di tener conto del contesto economico e giuridico in cui esso si inserisce e nel quale può concorrere, con altri, a produrre un effetto cumulativo sul gioco della concorrenza. Di conseguenza, occorre analizzare gli effetti prodotti da un simile contratto, in combinazione con altri contratti dello stesso tipo, sulle possibilità per i concorrenti nazionali od originari di altri Stati membri di inserirsi nel mercato di riferimento o di espandervi la loro quota di mercato», sentenza della Corte di giustizia del 7 dicembre 2000 in causa n. C-214/99, *Neste Markkinointi Oy c. Yötuuli Ky*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 11121, EU:C:2000:679.

¹¹⁵ Nel caso *Groupement des cartes bancaires (CB)*, cit. *supra*, nota 57, la restrizione per oggetto *ex se* è un'ipotesi eccezionale; la regola è la verifica nel caso concreto. Seguendo questo approccio, l'allocatione dell'onere della prova resta quella classica, in linea con le esigenze di tutela dei diritti. La decisione è significativa, vuoi per la richiesta di analisi del mercato, vuoi per il rifiuto di creare una presunzione di illiceità dell'oggetto basata su elementi meramente formali. Un approccio formale, all'evidenza, facilita la Commissione nell'onere della prova, ma si mostra alquanto debole nei casi in cui l'esperienza non ha ancora dimostrato in modo certo l'illiceità dell'oggetto, specie nel contesto che si esamina. Sulla necessità di considerare le restrizioni per oggetto come eccezione cfr. L. PEEPERKORN, *Defining restriction by object*, cit. *supra*, nota 42. Sull'effetto di deterrenza provocato da una nozione troppo allargata

Un tal modo di ragionare è inconciliabile con lo *standard* del caso *Expedia*, ove si usano formule generiche ed improbabili, ma riprende il caso *Völk* ove, invece, è evidente l'intento della Corte di ritenere non restrittivo un accordo di esclusiva scarsamente dannoso (per la debolezza della forza delle imprese) e di valutarlo fuori dal par. 1 dell'art. 101 TFUE. Secondo questa impostazione, l'esclusiva è una forma neutra (non necessariamente restrittiva) di distribuzione dei prodotti sul mercato. Diviene anticompetitiva solo quando le imprese, per la forza che possono esercitare sul mercato, vogliono e riescono ad ottenere vantaggi competitivi, modificando i parametri della concorrenza.

Nel momento in cui si passa da approcci formalistici ad approcci economici si riesce a misurare la nocività dell'intesa nel mercato. Nel caso *Glaxo*¹¹⁶ la Corte di giustizia può sostenere che anche un accordo che potrebbe limitare le importazioni parallele non costituisce, di per sé, una restrizione. La Corte dirige il suo esame alla struttura del mercato e, in tal modo, alla concorrenza in quanto tale. Ciò porta alla conseguenza che l'accertamento della sussistenza dell'oggetto anticoncorrenziale di un accordo non può essere subordinato alla circostanza che i consumatori finali

delle restrizioni per oggetto vi è unanimità di vedute. È indubbio, infatti, che «la valutazione ex art. 101(3) è molto più rigida di quella dell'impatto attuale e potenziale sulla concorrenza ai sensi dell'art. 101(1). Essendo basato sull'idea di un'eccezione e di un beneficio, l'art. 101(3) comporta l'inversione dell'onere della prova e viene interpretato in modo restrittivo», così, G. BRUZZONE, *Le restrizioni per oggetto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: alla ricerca di un approccio sistematico*, cit. supra, nota 18. L'A. ricorda che «se fosse restata qualche speranza circa la possibilità di fare leva sulla valutazione ex articolo 101(3), il Commission Staff Working Document del 2014 sulle restrizioni per oggetto riporta alla realtà: "l'esperienza dimostra che è improbabile che le restrizioni per oggetto soddisfino le condizioni previste dall'art. 101 (3)" sebbene in casi eccezionali possano essere ritenute compatibili in quanto oggettivamente necessarie».

¹¹⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 2009 in cause riunite n. C-501/06 P, n. C-513/06 P, n. C-515/06 P e n. C-519/06 P., *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commissione*, cit. supra, nota 103. *Ivi* si afferma che: «per quanto attiene all'affermazione del Tribunale, secondo cui, se è pacifico che un accordo diretto a limitare il commercio parallelo dev'essere considerato, in linea di principio, diretto a restringere la concorrenza, ciò è vero nella misura in cui possa presumersi che l'accordo privi i consumatori finali dei benefici di una concorrenza efficace in termini di approvvigionamento e di prezzi, si deve rilevare che né il tenore dell'art. 81, n. 1, CE, né la giurisprudenza consentono di avvalorare tale affermazione. Da un lato, dalla detta disposizione non emerge minimamente che unicamente gli accordi che privino i consumatori di taluni benefici possono presentare un oggetto anticoncorrenziale. Dall'altro, si deve sottolineare che la Corte ha affermato che l'art. 81 CE, al pari delle altre regole in materia di concorrenza enunciate nel Trattato, non è destinato a tutelare soltanto gli interessi di concorrenti o consumatori, bensì la struttura del mercato e, in tal modo, la concorrenza in quanto tale. Pertanto, l'accertamento della sussistenza dell'oggetto anticoncorrenziale di un accordo non può essere subordinato alla circostanza che i consumatori finali siano privati dei benefici di una concorrenza efficace in termini di approvvigionamento o di prezzi (v., per analogia, sentenza *T-Mobile Netherlands* e a., cit., punti 38 e 39). Ne consegue che, subordinando l'esistenza di un oggetto anticoncorrenziale alla prova che le condizioni generali di vendita implicino inconvenienti per i consumatori finali ed escludendo l'esistenza di tale oggetto nelle condizioni medesime, il Tribunale è incorso in un errore di diritto».

siano privati dei benefici di una concorrenza efficace in termini di approvvigionamento o di prezzi. Va invece provata l'alterazione del mercato, considerato come teatro della concorrenza e non come luogo ove viene protetto solo l'interesse del consumatore. Nel caso *T-Mobile Netherlands*¹¹⁷ la Corte, pur partendo da premesse identiche, perviene a conclusioni che sono totalmente diverse. La Corte afferma che l'art. 81 CE (ora art. 101 TFUE), come le altre regole in materia di concorrenza enunciate nel Trattato, non è destinato a tutelare soltanto gli interessi immediati di singoli concorrenti o consumatori, bensì la struttura del mercato e, in tal modo, la concorrenza in quanto tale. Pertanto, contrariamente a quanto sembra ritenere il giudice del rinvio, l'accertamento della sussistenza dell'oggetto anticoncorrenziale di una pratica concordata non può essere subordinata all'accertamento di un legame diretto di quest'ultima con i prezzi al dettaglio¹¹⁸. Il che vuol dire che anche il benessere del consumatore non è bastevole a far ritenere efficiente il mercato. La decisione perviene poi ad affermare che: «per quanto riguarda la valutazione del carattere anticoncorrenziale di una pratica concordata come quella di cui trattasi nella causa principale, occorre ricordare in primo luogo che (...) affinché vi sia un oggetto anticoncorrenziale, è sufficiente che la pratica concordata sia tale da produrre effetti dannosi per la concorrenza. In altri termini, tale pratica concordata deve semplicemente essere idonea in concreto, tenuto conto del contesto giuridico ed economico nel quale si inserisce, ad impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza nel mercato comune». In tal modo si finisce per estendere a dismisura i confini della restrizione per oggetto perché l'esame si sposta su una realtà fatta di congetture niente affatto concrete. Si afferma infatti che: «ogni operatore economico deve determinare autonomamente la condotta che intende seguire sul mercato comune; se è vero che la suddetta esigenza di autonomia non esclude il diritto degli operatori economici di reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei loro concorrenti, nondimeno essa vieta rigorosamente che fra gli operatori stessi abbiano luogo contatti, diretti o indiretti, in grado di influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente attuale o potenziale; che in un mercato oligopolistico fortemente concentrato, come quello oggetto della causa principale, lo scambio di informa-

¹¹⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 4 giugno 2009 in causa n. C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV*, *cit. supra*, nota 28.

¹¹⁸ L'affermazione è usata in *Glaxo* (*cit. supra*, nota 103) per favorire un esame del mercato ed evitare che venga presa in considerazione solo un'eventuale diminuzione del benessere del consumatore e non il funzionamento del mercato, nonché nel caso *T-Mobile* (*loc. cit.*) per limitare l'esame alla restrizione per oggetto e per evitare che la presenza di effetti favorevoli ai consumatori impedisse di ritenere la restrizione lesiva per oggetto.

zioni può consentire alle imprese di conoscere le posizioni sul mercato, nonché la strategia commerciale dei loro concorrenti e, di conseguenza, *può alterare sensibilmente* la concorrenza in essere fra gli operatori economici». Può alterare ..., ma nessuno lo accerta ed il caso *John Deere* (v. *supra*, nota 42), menzionato peraltro nella sentenza, aprirebbe a ben diversi discorsi.

Nel già citato caso *Cartes Bancaires* (v. *supra*, nota 57) la Corte è fortemente attratta da un approccio basato sulla valutazione economica. Tale approccio è favorito dall'Avvocato Generale Wahl, con lo stesso ruolo nel caso *Hungária*¹¹⁹. In quest'ultimo caso la Corte parte dall'assunto che affinché un accordo abbia un oggetto anticoncorrenziale è sufficiente che es-

¹¹⁹ *Hungária*, cit. *supra*, nota 8, ivi si afferma che, per ricadere sotto il divieto enunciato all'art. 101, par. 1, TFUE, un accordo deve avere per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno. Nel caso in cui venga dimostrato l'oggetto anticoncorrenziale di un accordo, non è necessario indagare i suoi effetti sulla concorrenza. Però, nel caso in cui l'analisi del contenuto dell'accordo non abbia rivelato un grado sufficiente di dannosità per la concorrenza, occorrerà esaminare i suoi effetti e, per poterlo vietare, dovranno sussistere tutti gli elementi comprovanti che il gioco della concorrenza è stato, di fatto, impedito, ristretto o falsato in modo sensibile. La distinzione tra infrazioni per oggetto e infrazioni per effetto si fonda sul fatto che talune forme di collusione tra imprese possono essere considerate, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza. Per valutare se un accordo comporti una restrizione della concorrenza per oggetto, occorre riferirsi al contenuto delle sue disposizioni, agli obiettivi che esso mira a raggiungere, nonché al contesto economico e giuridico nel quale esso si colloca. Nel valutare detto contesto, occorre altresì prendere in considerazione la natura dei beni o dei servizi coinvolti e le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione.

La Corte, assumendo che solo alcune restrizioni sono restrittive per oggetto *ex se* (perché l'esperienza ne ha già spiegato gli effetti nocivi) ipotizza un esame sugli obiettivi legittimi perseguiti dall'accordo e delinea un test in cui l'esame della restrizione per oggetto passa per due fasi: nella prima si valuta la restrizione in base al dato esperienziale, nella seconda si valuta la restrizione nello specifico contesto economico-giuridico in cui si colloca.

L'analisi economica si svolge sugli effetti (intesi come diversa gradazione di una restrizione per oggetto): «nel caso in cui l'analisi di un tipo di coordinamento tra imprese non presenti un grado sufficiente di dannosità per la concorrenza, occorrerà, per contro, esaminarne gli effetti e, per vietarlo, dovranno sussistere tutti gli elementi comprovanti che il gioco della concorrenza è stato, di fatto, impedito, ristretto o falsato in modo significativo», sentenza della Corte di giustizia dell'11 settembre 2014 in causa n. C-67/13P, *Groupement des cartes bancaires (CB)* c. *Commissione*, cit. *supra*, nota 57. Sul punto, P. FATTORI, *The impact of Groupement des Cartes Bancaires on competition law enforcement*, in *Rivista Italiana Antitrust*, 2015, n. 2, p. 22 ss.

D. SCHWARZ, in *Object or effect: where do competition authorities need to draw the line?*, reperibile sul sito internet <https://communities.lawsociety.org.uk/download?ac=8129>, afferma che: «unfortunately, the legal and economic context has, at times, been interpreted to include an abridged analysis of the effects of an agreement. In Allianz Hungaria, the ECJ held that an assessment of the economic context involved assessing "the structure of the market, the existence of alternative distribution channels and their respective importance and the market power of the companies concerned". As both Italianer and Harrison have pointed out, this appears to involve analysing the effects of the agreement to establish whether a restriction by object has occurred. A similar abridged effects analysis has been advocated by Mahtani and by Advocate General Trstenjak in GSK where there is uncertainty over whether an object restriction exists. It also resembles the "quick look" analysis employed in the US whereby the depth of inquiry depends on the level of analysis needed in each circumstance. An abridged economic effects analysis is therefore employed in the US for those actions which would clearly have an anti-competitive effect on markets, but which are not per se illegal».

so sia capace di produrre effetti negativi sulla concorrenza, vale a dire che sia concretamente idoneo ad impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza in seno al mercato interno. Afferma poi l'inutilità di un esame fattuale del conteso economico giuridico quando l'accordo è capace di esplicare gravi effetti negativi sul mercato. Conclude affermando che tuttavia resterà ancora da verificare se gli accordi verticali controversi nel procedimento principale rivelino un grado di dannosità per la concorrenza, sul mercato delle assicurazioni automobilistiche, sufficiente per configurare una restrizione della concorrenza per oggetto.

Viene così accolta una nozione rigorosa¹²⁰ di restrizione per oggetto¹²¹.

Nel caso *Maxima Latvija*¹²² la Corte afferma che l'esame della restrizione per oggetto precede quella sugli effetti e che nella nozione di restrizione (della concorrenza) per oggetto rientrano, tra altri, quei tipi di coordinamento tra imprese che presentano un grado di dannosità sufficiente perché si possa ritenere che l'esame dei loro effetti non sia necessario. La Corte afferma tuttavia l'esigenza di un controllo della realtà dei fatti e delle condizioni effettive del mercato. Si fondano così le premesse per l'approccio economico della decisione *Intel*¹²³ che costituisce uno dei punti di emersione più forti di questa tendenza.

Voler ritenere bastevole *ex se* una restrizione per oggetto ai fini della sua valutazione, prescindendo dall'esame degli effetti concreti, appare, allo stato, un eccessivo tributo ad una concezione della concorrenza comunitaria non più al passo con i tempi. Appare irrealistico giudicare restrittiva *ex se* una clausola solo attraverso un esame formale, avulso dal mercato.

Non sussiste più la necessità di affermare un mercato unico comunitario, riservando alle Autorità della concorrenza spazi di manovra molto elevati ed esonerandole dall'onere della prova degli effetti della restrizione.

¹²⁰ L'Avvocato Generale Wahl, nella causa *Cartes Bancaires*, cit. supra, nota 57, si era opposto un'incontrollata estensione della nozione di oggetto.

¹²¹ G. COSMO, *Methods for Determining whether an Agreement Restricts Competition: Comment on Allianz Hungária*, in *EL Rev.*, 2013, pp. 542-551; D. HARRISON, *The Allianz Hungária case: The ECJ's judgment could have ugly consequences*, in *Competition Law Insight*, 2013, pp. 10-12.

¹²² Sentenza della Corte di giustizia del 26 novembre 2015 in causa n. C-345/14, *SIA Maxima Latvija c. Konkurences padome*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, novembre 2015, EU:C:2015:784.

¹²³ Sentenza della Corte di giustizia del 6 settembre 2017 in causa n. C-413/14 P, *Intel Corporation Inc. c. Commissione*, cit. supra, nota 49. Ivi la Corte rileva che il Tribunale ha accolto acriticamente l'argomentazione della Commissione secondo la quale gli sconti fedeltà concessi da un'impresa in posizione dominante hanno, per loro stessa natura, la capacità di limitare la concorrenza, cosicché non era necessaria un'analisi di tutte le circostanze della fattispecie né, in particolare, effettuare un *test* AEC (conosciuto in inglese con il nome di «*as efficient competitor test*»).

Posizioni non più attuali: lo dimostra la posizione tenuta dalla Commissione e dalla Corte a proposito dei contratti di distribuzione limitata (esclusiva o selettiva); contratti volti idealmente a creare limitazioni al territorio o alla clientela, ma spesso funzionali alla migliore e più vasta offerta di prodotti al mercato senza che necessariamente intervengano sui parametri della concorrenza, anzi, in molti casi, migliorandoli.

L'analisi economica dovrebbe pertanto precedere ogni statuizione formale per accertare come effettivamente interviene nel funzionamento del mercato¹²⁴. Se a questa analisi si aggiunge quella sugli obiettivi legittimi perseguiti dalle parti con l'accordo, si rafforzano le possibilità di valutare la distribuzione limitata fuori dal par. 1 dell'art. 101 TFUE.

9. Conclusioni

Il Regolamento (Cee) n. 1983/83 della Commissione¹²⁵ afferma che: «gli accordi di distribuzione esclusiva della categoria definita nell'articolo 1 dal presente regolamento possono incorrere nel divieto dell'articolo 85, paragrafo 1; tuttavia solo eccezionalmente ciò si verificherà per gli accordi di distribuzione esclusiva fra imprese di un solo Stato membro e riguardanti la rivendita di prodotti all'interno del medesimo Stato membro; peraltro, ove tali accordi siano atti a pregiudicare il commercio tra Stati membri, ma rispondano a tutte le condizioni del presente regolamento, non vi è motivo di escluderli dal beneficio dell'esenzione per categoria».

L'affermazione che raramente gli accordi di distribuzione esclusiva che operano all'interno di uno Stato possono essere ritenuti anticompetitivi avrebbe permesso una lettura del par. 1 dell'art. 101 TFUE più orientata

¹²⁴ Lo scambio di informazioni viene ritenuto una restrizione per oggetto, ma spesso è privo di effetti collusivi se esaminato nel mercato. La valenza dannosa dello scambio di informazioni si rinviene nella riduzione dell'incertezza strategica degli operatori i quali preferiscono un comportamento allineato al rischio del mercato; tuttavia, in molti casi, uno scambio di informazioni serve per aumentare la trasparenza del mercato. Non è infrequente la ricerca da parte delle imprese di informazioni sul mercato attraverso agenzie specializzate (*market intelligence*) al fine di aumentare le loro conoscenze. Nel caso *Asnef* (*cit. supra*, nota 23) si afferma che l'esistenza o meno di una restrizione della concorrenza ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE dipende dal contesto economico e giuridico in cui il registro si inquadra, e in particolare dalle condizioni economiche del mercato e dalle caratteristiche del registro stesso. Qualora l'offerta su un mercato sia fortemente concentrata, lo scambio di talune informazioni può, in particolare a seconda del tipo di informazioni che sono scambiate, consentire alle imprese di conoscere la posizione e la strategia commerciale dei loro concorrenti sul mercato, falsando in tal modo la rivalità su tale mercato e accrescendo la probabilità di una collusione, o comunque facilitandola. Per contro, se l'offerta è frammentata, la diffusione e lo scambio di informazioni tra concorrenti possono essere neutri, o anche positivi, per la natura competitiva del mercato.

¹²⁵ *Cit. supra*, nota 62.

alla valutazione degli effetti dell'accordo sui parametri della concorrenza nel mercato rilevante.

Evidentemente quanto sopra indicato nel Regolamento (Cee) n. 1983/83 non faceva trasparire la vera intenzione della Commissione: quella di considerare la distribuzione esclusiva una restrizione sul territorio e, come tale, vietata *ex se* dal par. 1 dell'art. 101 TFUE, avendo oggetto illecito. In quanto illecito per oggetto, un accordo esclusivo avrebbe dovuto essere conforme ai regolamenti di esenzione sulle intese verticali o superare l'esame del par. 3 della predetta norma.

La Corte di giustizia ha adottato due orientamenti diversi a proposito delle restrizioni per oggetto, partendo però da un punto comune: alcune di queste restrizioni sono particolarmente gravi e rilevano *ex se*, senza necessità di valutare gli effetti dell'intesa. Da una parte ha utilizzato una nozione ampia di restrizione per oggetto, disancorandola (anche, in alcuni casi) dal danno alla concorrenza, dall'altra ha utilizzato una nozione restrittiva, per casi limitatissimi¹²⁶.

L'interpretazione restrittiva apre la strada ad una visione unitaria della restrizione per oggetto che accoglie anche la nozione di restrizione per effetto: in questo modo viene a cadere l'affermazione che l'illecito *antitrust* è sempre un illecito di pericolo (v. *supra*, nota 105), seppure possa considerare un'antigiuridicità a livello effettivo o *potenziale* (pur sempre, però, legato a valutazioni concrete sul mercato di riferimento).

La sorpresa destata dal caso *Expedia* muove dalla singolare prospettazione di un illecito *antitrust* avulso dal mercato e dalla lesione alla concorrenza. Questa prospettazione non è del tutto in linea con gli *Orientamenti sulle restrizioni verticali* del 2010 che affermano: «perché gli accordi verticali siano restrittivi per effetto occorre che pregiudichino la concorrenza effettiva o potenziale in misura tale che, *con ragionevole probabilità*, si possano prevedere effetti negativi sui prezzi, sulla produzione, sull'innovazione o sulla varietà o qualità dei beni e dei servizi offerti sul mercato rilevante. I probabili effetti negativi sul mercato devono essere sensibili. Effetti anticoncorrenziali sensibili sono possibili quando almeno una delle parti detenga o acquisisca un certo potere di mercato e l'accordo contribuisca a creare, mantenere o rafforzare tale potere di mercato, ovvero consenta alle parti di avvalersene».

L'assenza di effetti negativi sul mercato si registra a livello del par. 1 dell'art. 101 TFUE, e tale giudizio si chiude ritenendo l'accordo estraneo alla previsione. Tale operazione non ha ovviamente la finalità di un bilan-

¹²⁶ Cfr. R. H. BORK, *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division*, in *74 Yale Law Journal* 775 (1965).

ciamento degli aspetti negativi e positivi (analisi dell'efficienza dell'accordo), ma quella di osservare i legittimi (e necessari) obiettivi che l'accordo vuole perseguire, come li persegue nel mercato¹²⁷ e con quali effetti. La stessa Commissione dà conto che determinate strategie (ad esempio il lancio di nuovi prodotti) generano condizioni di mercato del tutto diverse da quelle della vendita di prodotti maturi: è dunque evidente che anche accordi di distribuzione limitata (distribuzione esclusiva o selettiva) in mercati trasparenti e concorrenziali possono non ricadere nel par. 1 dell'art. 101 TFUE¹²⁸ perché inoffensivi¹²⁹, giustificati e non immediatamente volti a ristabilire le barriere nazionali nel commercio tra Stati membri (impedendo il perseguimento degli obiettivi principali della Comunità, cfr. caso *Grundig*), salvo non contengano restrizioni verticali gravi (ad esempio fissazione prezzi dei rivenditori, divieto di vendite passive).

Non sono probabilmente ancora maturi i tempi per ritenere che la distribuzione esclusiva e quella selettiva quantitativa¹³⁰ vadano esaminate

¹²⁷ Nel caso *Pierre Fabre*, cit. supra, nota 73, si discute dell'imposizione ai farmacisti, rivenditori di alcuni prodotti, di venderli solo in aree limitate alla presenza di un farmacista, così escludendo le vendite tramite internet. La Corte afferma che l'art. 101, n. 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che una clausola contrattuale che, nell'ambito di un sistema di distribuzione selettiva, impone che le vendite di prodotti cosmetici e di igiene personale siano effettuate in uno spazio fisico alla presenza obbligatoria di un farmacista laureato, con conseguente divieto di utilizzare internet per tali vendite, costituisce una restrizione per oggetto ai sensi di detta disposizione se, a seguito di un esame individuale e concreto del tenore e dell'obiettivo della clausola contrattuale in parola nonché del contesto giuridico ed economico in cui essa si colloca, risulta che, alla luce delle caratteristiche dei prodotti di cui trattasi, tale clausola non è oggettivamente giustificata.

¹²⁸ S. SOLIDORO - M. BOTTA - P. L. PARCU, *Antitrust Enforcement in Europe after Intel and Cartes Bancaires. A kind of a trouble to enjoy*, Università di Firenze, Centro R. Schumann, 2018, rilevano come nel caso *Intel* si afferma l'importante principio per cui l'impresa dominante può respingere la presunzione di abuso (di posizione dominante) se giustifica la sua condotta in base a principi economico/giuridici. In tal caso la Commissione deve analizzare gli effetti della condotta sul mercato e la capacità di escludere un concorrente altrettanto efficiente.

¹²⁹ L'argomento è speso da A. ITALIANER, *Competitor agreement*, cit. supra, nota 1, ed è ripreso da G. BRUZZONE, *Le restrizioni per oggetto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: alla ricerca di un approccio sistematico*, cit. supra, nota 18.

¹³⁰ Al par. 62 degli *Orientamenti aggiuntivi in materia di restrizioni verticali negli accordi per la vendita e la riparazione di autoveicoli e per la distribuzione di pezzi di ricambio per autoveicoli* del 2010, in *Gu-Ue* n. C 138 del 28 maggio 2010, p. 16 ss., la distribuzione selettiva qualitativa non è ricompresa nel par. 1 dell'art. 101 TFUE, salvo non si verifichino, in fatto, restrizioni sul mercato e non siano presenti altri canali di arbitraggio.

Non mancherebbero gli spunti per questo approccio, v. sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 1982 in causa n. 262/81, *Coditel c. Cine Vog*, in *Raccolta*, 1982, p. 3381, EU:C:1982:334, ove si afferma: «per quanto riguarda più particolarmente il contratto che concede il diritto esclusivo di rappresentazione di un film per un determinato periodo nel territorio di uno Stato membro, da parte del titolare del diritto d'autore su tale opera, spetta ai giudici nazionali effettuare gli opportuni controlli e in particolare accertare se l'esercizio del diritto esclusivo di rappresentazione crei ostacoli artificiali e ingiustificati rispetto alle esigenze dell'industria cinematografica, o la possibilità di corrispettivi che vadano oltre la giusta remunerazione degli investimenti fatti, o un'esclusiva di durata eccessiva rispetto a tali esigenze, e se, in via generale, tale esercizio in una zona geografica determinata sia atto ad impedire, restringere o alterare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune».

fuori dal par. 1, dell'art. 101 TFUE, ma è fuor di dubbio che ciò consentirebbe un approccio più vicino al contesto economico giuridico in cui si sviluppano le prevalenti forme di distribuzione dei prodotti o dei servizi sul mercato¹³¹, senza necessità di immediatamente verificarne la corrispondenza ai regolamenti di esenzione per categoria, utili, invece, a regolare determinati settori, come è avvenuto nel Regolamento (Ue) n. 461/2010 relativo al settore della fornitura di servizi di assistenza *post-vendita* nel settore automobilistico (mercato che si ritiene dominato dai costruttori di veicoli). Il riferimento del par. 1 dell'art. 101 TFUE all'offensività degli accordi che contribuiscono a dividere i mercati o la clientela non è un divieto generalizzato, ma contestualizzato¹³².

Gian Franco Simonini*

SINTESI

Nella valutazione delle intese restrittive per oggetto ex art. 101 TFUE la Corte di giustizia ha utilizzato, prevalentemente, un approccio formale, limitandosi ad esaminare la loro astratta capacità di modificare sensibilmente i parametri della concorrenza, trascurando di effettuare un esame sugli effetti realmente pro-

¹³¹ Già evidenziato nel caso *Nungesser* (sentenza della Corte di giustizia dell'8 giugno 1982 in causa n. 258/78, *Nungesser c. Commissione*, in *Raccolta*, 1982, p. 2015, EU:C:1982:211) ove si afferma che «una licenza esclusiva del diritto di costituzione» per determinate varietà di sementi, purché sia «una licenza aperta», cioè riguardi solo «il rapporto contrattuale fra il titolare del diritto ed il licenziatario» non è di per sé incompatibile con l'art. 85, n. 1, del Trattato.

¹³² Nella decisione del 17 dicembre 2018 della Commissione europea relativa al caso AT.40428, *Guess* (v. la sintesi in *Gu-Ue* n. C 47 del 6 febbraio 2019, p. 5 ss.), si assiste ad un compendio delle posizioni delle varie sentenze della Corte di giustizia sul tema delle restrizioni per oggetto; il compendio individua un terreno omogeneo quando, invece, sono intervenute differenziazioni non certo irrilevanti. *Ivi* si afferma: «It is settled case-law that certain types of conduct reveal a sufficient degree of harm to competition that it may be found that there is no need to examine their effects. This arises from the fact that certain types of coordination between undertakings can be regarded, by their very nature, as being harmful to the proper functioning of normal competition. Consequently, certain collusive behaviour may be considered so likely to have negative effects on competition that it may be considered redundant, for the purposes of applying Article 101(1) of the Treaty, to prove that this behaviour has actual or potential effects on the market. To determine whether an agreement reveals such a sufficient degree of harm to competition regard must be had inter alia to: (a) the content of its provisions; (b) the objectives it seeks to attain; and (c) the economic and legal context of which it forms a part. When determining that context, it is also necessary to take into consideration the nature of the goods or services affected, as well as the real conditions of the functioning and structure of the market or markets in question». Applicando questo esame si valutano gli effetti prodotti dall'intesa sul mercato, diversamente dai casi *Expedia* o *T-Mobile*.

* Avvocato / Foro di Modena; Docente a contratto / Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

dotti sul mercato. Ci si può chiedere se tale approccio possa essere giustificato solo per un numero limitatissimo di restrizioni gravi (per loro stessa natura) e quindi costituisca un'eccezione, mentre in tutti gli altri casi sia, invece, necessaria (alla luce delle teorie economiche) una valutazione degli effetti dell'intesa, quale naturale e consequenziale prolungamento del precedente esame. Ci si può ulteriormente chiedere se quest'ultimo approccio economico sia solo un'influenza «dello spirito del tempo e di una tendenza passeggera» e se le restrizioni per oggetto possano continuare ad essere valutate alla stregua di una fattispecie di pericolo astratto, insensibile alle condizioni reali del mercato di riferimento (rilevate in via diretta o controfattuale).

ABSTRACT

In the evaluation of restrictive agreements for object as per art. 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union, the Court of Justice has mainly used a formalistic approach by examining their ability to significantly modify the parameters of competition, neglecting to carry out an examination on the effects actually produced on the market. It may be asked whether this approach can be justified only for a very limited number of serious restrictions (per their nature) and therefore this approach would constitute an exception, while in all other cases it is, instead, necessary (in the light of economic theories) an evaluation of the effects of the agreement, as a natural and consequential extension of the previous examination. It may be further questioned whether "the Court should not allow itself to be influenced so much by current thinking or ephemeral trends, but should have regard rather to the legal foundations on which the prohibition of abuse of a dominant position rests in EU law" or the Court is to directly examine the market or in a counterfactual way.

CONSIGLIO EUROPEO*

Riunione straordinaria del Consiglio europeo (Articolo 50), 21 marzo 2019 - Conclusioni **

1. Il Consiglio europeo prende atto della lettera della prima ministra Theresa May del 20 marzo 2019.

2. In risposta, il Consiglio europeo approva lo strumento relativo all'accordo di recesso e la dichiarazione congiunta integrativa della dichiarazione politica concordati tra la Commissione europea e il governo del Regno Unito a Strasburgo l'11 marzo 2019.

3. Il Consiglio europeo acconsente a una proroga fino al 22 maggio 2019, a condizione che l'accordo di recesso sia approvato dalla Camera dei Comuni la prossima settimana. Se l'accordo di recesso non sarà approvato dalla Camera dei Comuni la prossima settimana, il Consiglio europeo acconsente a una proroga fino al 12 aprile 2019 e si attende che il Regno Unito indichi prima di tale data il percorso da seguire, in vista dell'esame da parte del Consiglio europeo.

4. Il Consiglio europeo ribadisce che non è possibile riaprire l'accordo di recesso che è stato concordato tra l'Unione e il Regno Unito nel novembre 2018. Ogni impegno, dichiarazione o altro atto unilaterale dovrebbe essere compatibile con la lettera e lo spirito dell'accordo di recesso.

5. Il Consiglio europeo chiede di proseguire i lavori sulle misure di preparazione e di emergenza a tutti i livelli per far fronte alle conseguenze del recesso del Regno Unito, prendendo in considerazione tutti gli esiti possibili.

6. Il Consiglio europeo continuerà a occuparsi della questione.

* Il testo integrale delle Conclusioni del Consiglio europeo è reperibile sul sito internet <http://www.consilium.europa.eu/it/european-council/conclusions/>.

** A seguito della notifica a norma dell'art. 50 del TUE, il membro del Consiglio europeo che rappresenta lo Stato membro che recede non partecipa né alle deliberazioni né alle decisioni del Consiglio europeo che lo riguardano.

Conclusioni del Consiglio europeo, 21 - 22 marzo 2019

I. Occupazione, crescita e competitività

1. Il Consiglio europeo ha proceduto a uno scambio di opinioni sulla situazione economica attuale. Approva gli ambiti strategici prioritari individuati nell'analisi annuale della crescita e invita gli Stati membri a inserirli nei prossimi programmi nazionali di riforma e programmi di stabilità e convergenza, con l'obiettivo di stimolare la crescita e l'occupazione tramite investimenti e riforme. Approva altresì il progetto di raccomandazione del Consiglio sulla politica economica della zona euro.

2. Una base economica solida è di fondamentale importanza per la prosperità e la competitività dell'Europa e per il suo ruolo sulla scena mondiale. Tale obiettivo dovrebbe essere conseguito attraverso un approccio integrato che affronti le sfide attuali ed emergenti su scala mondiale e in materia di tecnologia, sicurezza e sostenibilità e metta in relazione tutte le politiche e dimensioni pertinenti: l'Unione economica e monetaria, che dovrebbe essere approfondita; il mercato unico in tutte le sue dimensioni, quale pietra angolare della crescita dell'Unione; una politica industriale assertiva, che consenta all'UE di rimanere una potenza industriale; una politica digitale lungimirante, adatta a un'epoca di trasformazione digitale e all'emergere dell'economia dei dati; e una politica commerciale ambiziosa e solida, che garantisca concorrenza leale, reciprocità e mutui vantaggi. Si dovrebbe prestare debita attenzione ad un miglioramento del contesto imprenditoriale per le PMI, allo sviluppo delle competenze e alla dimensione sociale.

(Omissis)

4. Nel marzo 2020 il Consiglio europeo procederà a una discussione globale sul rafforzamento della base economica dell'UE, sulla scorta di un contributo esaustivo della Commissione.

II. Cambiamenti climatici

5. Il Consiglio europeo:

- ribadisce il proprio impegno a favore dell'accordo di Parigi e riconosce la necessità di intensificare gli sforzi globali tesi a far fronte ai cambiamenti climatici alla luce dei dati scientifici più recenti, segnatamente la relazione speciale dell'IPCC sugli impatti di un riscaldamento globale di 1,5 °C al di sopra dei livelli preindustriali; *(Omissis)*

III. Relazioni esterne

6. Il Consiglio europeo ha preparato il vertice UE-Cina che si terrà il 9 aprile 2019. Ha proceduto a uno scambio di opinioni sulle relazioni generali con la Cina nel contesto globale.

7. Cinque anni dopo l'annessione illegale della Crimea e di Sebastopoli da parte della Russia, l'UE resta determinata nel suo impegno a favore della sovranità

tà e dell'integrità territoriale dell'Ucraina. L'UE ribadisce che non riconosce e continua a condannare questa violazione del diritto internazionale che rimane una sfida diretta alla sicurezza internazionale. L'UE mantiene il suo impegno ad attuare la propria politica di non riconoscimento.

(*Omissis*)

IV. Garantire elezioni europee libere e regolari e combattere la disinformazione

9. Accogliendo con favore gli importanti lavori compiuti al riguardo nei mesi scorsi, il Consiglio europeo chiede maggiori sforzi coordinati per affrontare gli aspetti interni ed esterni della disinformazione e proteggere le elezioni europee e nazionali in tutta l'UE. La condivisione delle informazioni è fondamentale in tale contesto e la recente istituzione del sistema di allarme rapido costituisce un importante progresso. Il Consiglio europeo esorta gli operatori privati come le piattaforme online e i *social network* a dare piena attuazione al codice di buone pratiche e a garantire *standard* più elevati di responsabilità e trasparenza. Chiede di proseguire gli sforzi coordinati volti a salvaguardare i sistemi democratici dell'Unione e contrastare le minacce immediate e a lungo termine poste dalla disinformazione, quale parte integrante del potenziamento della resilienza dell'UE alle minacce ibride. Il Consiglio europeo tornerà sulla questione nella riunione di giugno sulla base di una relazione sugli insegnamenti tratti elaborata dalla presidenza in cooperazione con la Commissione e l'alto rappresentante, al fine di orientare la nostra risposta a lungo termine.

Riunione straordinaria del Consiglio europeo (Articolo 50), 10 aprile 2019 - Conclusioni***

1. Il Consiglio europeo prende atto della lettera del 5 aprile 2019 in cui la prima ministra Theresa May chiede un'ulteriore proroga del termine di cui all'art. 50, par. 3, del TUE.

2. In risposta, il Consiglio europeo esprime il suo accordo su una proroga, così da consentire la ratifica dell'accordo di recesso. Tale proroga non dovrebbe superare la durata minima necessaria e in nessun caso il 31 ottobre 2019. Se l'accordo di recesso è ratificato dalle due parti prima di tale data, il recesso avrà luogo il primo giorno del mese successivo.

3. Il Consiglio europeo sottolinea che occorre evitare che la proroga compro-

*** A seguito della notifica a norma dell'art. 50 del TUE, il membro del Consiglio europeo che rappresenta lo Stato membro che recede non partecipa né alle deliberazioni né alle decisioni del Consiglio europeo che lo riguardano.

metta il regolare funzionamento dell'Unione e delle sue istituzioni. Se al 23-26 maggio 2019 il Regno Unito sarà ancora membro dell'UE, ed entro il 22 maggio 2019 non avrà ratificato l'accordo di recesso, dovrà organizzare le elezioni del Parlamento europeo conformemente al diritto dell'Unione. In caso non ottemperi a tale obbligo, il recesso avrà luogo il 1° giugno 2019.

4. Il Consiglio europeo ribadisce che l'accordo di recesso non può essere riaperto e che ogni impegno, dichiarazione o altro atto unilaterale dovrebbe essere compatibile con la lettera e lo spirito dell'accordo di recesso e non deve ostacolare l'attuazione.

5. Il Consiglio europeo sottolinea che tale proroga non può essere utilizzata per avviare negoziati sulle future relazioni. Tuttavia, qualora la posizione del Regno Unito dovesse cambiare, il Consiglio europeo è disposto a riconsiderare la dichiarazione politica sulle future relazioni, in linea con le posizioni e i principi stabiliti nei suoi orientamenti e nelle sue dichiarazioni, anche per quanto riguarda il campo di applicazione territoriale delle future relazioni. (*Omissis*)

Conclusioni del Consiglio europeo, 20 giugno 2019

I. Il prossimo ciclo istituzionale

1. Il Consiglio europeo ha adottato una nuova agenda strategica 2019-2024 per l'Unione. Nell'ottobre 2019 discuterà del seguito dell'agenda strategica.

(*Omissis*)

II. Quadro finanziario pluriennale (*Omissis*)

III. Cambiamenti climatici (*Omissis*)

IV. Disinformazione e minacce ibride

6. Sulla scorta della relazione della presidenza e dei contributi della Commissione e dell'alto rappresentante per quanto riguarda gli insegnamenti tratti in materia di disinformazione e di garanzia di elezioni libere e regolari, il Consiglio europeo chiede un impegno costante per sensibilizzare al tema della disinformazione e rafforzare la preparazione e la resilienza delle nostre democrazie di fronte a tale fenomeno. Accoglie con favore l'intenzione della Commissione di procedere a una valutazione approfondita dell'attuazione degli impegni assunti dalle piattaforme *online* e da altri firmatari nel quadro del codice di buone pratiche. La continua evoluzione delle minacce e il crescente rischio di interferenze dolose e manipolazioni online, associati allo sviluppo dell'intelligenza artificiale e di tecniche di raccolta dati, richiedono una valutazione costante e una risposta adeguata.

(*Omissis*)

V. Relazioni esterne

(Omissis)

13. Il Consiglio europeo ribadisce la richiesta alla Russia di rilasciare senza condizioni i marinai ucraini detenuti, restituire le imbarcazioni sequestrate e garantire il libero passaggio di tutte le navi attraverso lo Stretto di Kerch, conformemente al diritto internazionale.

14. Il Consiglio europeo esprime la sua estrema preoccupazione per il decreto presidenziale russo del 24 aprile, che semplifica il rilascio dei passaporti in alcune zone delle regioni ucraine di Donetsk e Luhansk, in contrasto con lo spirito e gli obiettivi degli accordi di Minsk.

15. Il Consiglio europeo continuerà a monitorare la situazione nell'Ucraina orientale ed è pronto a prendere in esame ulteriori opzioni, fra cui il non riconoscimento dei passaporti russi rilasciati in contrasto con gli accordi di Minsk, in stretto coordinamento con i partner internazionali. Il Consiglio europeo chiede l'urgente ripresa degli sforzi negoziali in vista dell'attuazione degli accordi di Minsk e misure volte a ristabilire la fiducia tra le parti.

(Omissis)

VI. Altri punti *(Omissis)*

ALLEGATO Una nuova agenda strategica 2019-2024

Negli ultimi anni il mondo è diventato sempre più instabile, complesso e soggetto a rapidi cambiamenti. Ne risultano sia opportunità che sfide. Nei prossimi cinque anni l'UE può rafforzare – e rafforzerà – il proprio ruolo in questo contesto mutevole. Insieme saremo determinati e chiari nei nostri obiettivi, costruendo sulla base dei valori e dei punti di forza che caratterizzano il nostro modello. Si tratta dell'unica via efficace per dare forma al mondo di domani, promuovere gli interessi dei nostri cittadini, delle nostre imprese e delle nostre società e salvaguardare il nostro stile di vita.

La presente agenda strategica fornisce un quadro generale e un indirizzo per tale approccio. Il suo obiettivo è orientare i lavori delle istituzioni nei prossimi cinque anni. L'agenda è incentrata su quattro priorità principali:

- proteggere i cittadini e le libertà
- sviluppare una base economica forte e vivace
- costruire un'Europa verde, equa, sociale e a impatto climatico zero
- promuovere gli interessi e i valori europei sulla scena mondiale

Infine, l'agenda stabilisce le modalità con cui realizzare tali priorità.

Proteggere i cittadini e le libertà *(Omissis)*

Sviluppare la nostra base economica: il modello europeo per il futuro *(Omissis)*

Costruire un'Europa verde, equa, sociale e a impatto climatico zero *(Omissis)*

Promuovere gli interessi e i valori dell'Europa nel mondo *(Omissis)*

Realizzare le nostre priorità

L'UE deve affrontare le sfide interne ed esterne in modo integrato. Affinché l'azione esterna sia efficace abbiamo bisogno di una forte base economica interna.

Le nostre istituzioni devono concentrarsi su ciò che realmente conta. In linea con i principi di sussidiarietà e proporzionalità, l'UE deve essere grande sulle grandi questioni e piccola sulle piccole. Deve lasciare agli attori economici e sociali il margine di manovra necessario affinché possano creare e innovare. Sarà importante dialogare con i cittadini, la società civile e le parti sociali, come anche con gli attori regionali e locali.

Le nostre istituzioni opereranno in linea con lo spirito e la lettera dei trattati. Rispetteranno i principi di democrazia, Stato di diritto, trasparenza e parità tra i cittadini e tra gli Stati membri. La buona governance dipende anche dall'attuazione e dall'applicazione rigorose delle politiche decise e delle regole concordate, che dovranno essere monitorate attentamente.

(*Omissis*)

Riunione straordinaria del Consiglio europeo, 30 giugno, 1° e 2 luglio 2019 - Conclusioni

1. Il Consiglio europeo ha eletto Charles Michel presidente del Consiglio europeo per il periodo dal 1° dicembre 2019 al 31 maggio 2022. Ha chiesto al segretario generale del Consiglio di assistere il presidente eletto del Consiglio europeo nel periodo di transizione.

2. Il Consiglio europeo ha accolto con favore la decisione dei capi di Stato o di governo delle parti contraenti del trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria la cui moneta è l'euro di nominare Charles Michel presidente del Vertice euro per il periodo dal 1° dicembre 2019 al 31 maggio 2022.

3. Il Consiglio europeo ha adottato la decisione che propone al Parlamento europeo Ursula von der Leyen per la carica di presidente della Commissione europea.

4. Il Consiglio europeo considera Josep Borrell Fontelles il candidato adeguato per la carica di alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, fatto salvo l'accordo della neoeletta presidente della Commissione.

5. Il Consiglio europeo considera Christine Lagarde la candidata adeguata per la carica di presidente della Banca centrale europea, previo ricevimento della raccomandazione e delle opinioni pertinenti in conformità dei trattati.

DOCUMENTAZIONE

ATTI DEL TRENTUNESIMO CONVEGNO ANNUALE DI AIGLI (ASSOCIAZIONE INTERNAZIONALE GIURISTI DI LINGUA ITALIANA) TENUTOSI A STRESA NEI GIORNI 27-30 SETTEMBRE 2018, SUL TEMA «LA RIVOLUZIONE NELLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI»

Presentazione

Il fervore registrato tra maggio e settembre 2018 sul tema della protezione dei dati personali spiega perché AIGLI abbia voluto trattare questo argomento il 28 settembre 2018, al suo 31° Convegno Annuale tenutosi a Stresa, in Italia, sul Golfo Borromeo del Lago Maggiore.

Formata da giuristi provenienti da diverse nazioni, da diversi continenti, accomunati dalla capacità e dall'intento di discutere in lingua italiana (con le sottigliezze che detta lingua permette), AIGLI ha ritenuto di consentire ai congressisti il confronto reciproco e con valenti relatori sulla materia appena rinnovata della protezione dei dati personali.

Come è noto, infatti, dal 25 maggio 2018 è in vigore il Regolamento n. 2016/679 dell'Unione europea sulla protezione dei dati personali, c.d. GDPR, immediatamente vincolante, che riguarda i soggetti e le imprese con sede in Europa, come pure tutti i soggetti, anche extraeuropei, che abbiano attività o contratti in Europa.

Contemporaneamente in America il discorso sulla protezione dei dati personali è divenuto sempre più nevralgico in connessione con lo sviluppo del *web*, e non solo come reazione agli scandali che hanno coinvolto i grandi *social network* (sebbene proprio la previsione del coinvolgimento

di colossi del *web* sembri aver inciso sull'ammontare davvero alto delle sanzioni che sono state previste in Europa per la violazione delle regole sulla protezione dei dati personali).

Ancora, all'entrata in vigore del GDPR sono seguiti nei vari Stati i decreti attuativi e di armonizzazione delle regole preesistenti, quale per esempio, in Italia, il dlgs n. 101 del 10 agosto 2018, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* del 4 settembre 2018, ed in vigore a partire dal 19 settembre 2018, cioè giusto qualche giorno prima dei lavori del Convegno di AIGLI.

Il Consiglio Direttivo di AIGLI ha voluto intitolare il Convegno «*La rivoluzione nella protezione dei dati personali*», al fine di mettere l'accento sulle novità introdotte dal GDPR, quale l'applicabilità ai soggetti che svolgano affari sul territorio europeo pur avendo sede fuori dall'Unione europea, e sull'accelerazione impressa alla creazione di una coscienza ben più forte di quella preesistente.

In questo ambito, AIGLI ha tenuto a sottolineare prima di tutto il legame tra l'evoluzione del concetto di *privacy* e l'evoluzione delle tecnologie. L'importanza oggi attribuita alla *privacy*, infatti, si comprende pensando al costante vertiginoso sviluppo di tecnologie sempre più penetranti, cui nulla sfugge. Oltre che una spiegazione storica e sociologica, tale legame diviene una chiave interpretativa delle stesse norme, varate spesso tenendo presente le banche dati informatiche, i *social network* ed i colossi del *web*.

La comprensione di siffatto legame potrà essere d'aiuto anche nell'applicazione delle regole, per evitare distorsioni eccessivamente penalizzanti, da un lato, e sfruttare al meglio la difesa approntata dalle leggi, dall'altro lato.

Inoltre AIGLI ha voluto presentare una panoramica sui profili applicativi del GDPR, utile non solo ai giuristi europei ma anche ai giuristi extraeuropei, vista l'estensione dell'applicazione del Regolamento a qualunque soggetto operi in Europa.

Un esempio di adeguamento delle normative nazionali al GDPR è offerto dal Belgio, perché tale Stato è parso particolarmente veloce e preparato sul punto, pronto ad applicare il Regolamento e ad armonizzare ad esso la propria normativa precedente con particolare tempestività.

Affrontando gli approcci dei diversi Paesi, ci si è chiesti se le normative negli Stati Uniti (il plurale "normative" è dovuto ovviamente alle differenti legislazioni dei singoli Stati USA) non siano altrettanto rigorose ma nel contempo più misurate.

Esaminiamo, per esempio, le sanzioni.

In Europa esse vanno da un minimo ad un massimo altissimo, a di-

screzione delle autorità che dovranno calibrare la misura. La gravità della sanzione pare essere stata pensata per quelle grandi imprese per le quali sanzioni inferiori sarebbero state indifferenti. Diversamente, però sanzioni molto alte appaiono tali da poter "uccidere" imprese più piccole alle quali venissero applicate.

Negli Stati Uniti, viceversa, esistono legislazioni che prevedono sanzioni basse: tali sanzioni, però, vanno moltiplicate per ogni singolo soggetto che abbia visto violate le norme sul trattamento dei propri dati personali.

Il risultato finale può essere ugualmente un ammontare esorbitante, ma almeno il sistema ha in sé un criterio per calibrare la misura della sanzione.

D'altro canto, l'automatismo della moltiplicazione può portare a rigidità (ed alla morte della piccola impresa che abbia sbagliato) forse evitabili con un'applicazione prudente della sanzione europea.

Come spesso accade, dai lavori di AIGLI emerge un insieme di vantaggi che si possono conseguire e di problemi che si possono evitare, grazie ad una maggior consapevolezza delle differenze e delle analogie dei diversi sistemi, nei quali necessariamente gli scambi transnazionali portano ad operare.

Il professor Fausto Capelli, Direttore della Rivista «*Diritto comunitario e degli scambi internazionali*», ha voluto onorare AIGLI della sua presenza nonché ospitare sulla *Rivista* anzidetta i lavori del 31° Convegno Annuale. Di ciò AIGLI è grata e ringrazia.

Irene Elettra Pelargonio*

SINTESI

L'applicabilità del Regolamento n. 2016/679 dell'Unione Europea (c.d. «GDPR») a tutti i soggetti, anche extraeuropei, con attività o contratti in Europa, il fervore in America sull'argomento della protezione dei dati personali, la connessione del tema della *privacy* con lo sviluppo del *web* hanno portato AIGLI a discutere di tutela dei dati personali nel Convegno sul Golfo Borromeo del Lago Maggiore.

Il legame tra *privacy* e nuove tecnologie è apparso una chiave interpretativa delle norme e delle loro applicazioni nei diversi Paesi.

* Avvocato; Presidente di AIGLI - Associazione Internazionale Giuristi di Lingua Italiana

ABSTRACT

The applicability of the 2016/679 European Union Regulation (the so-called GDPR) to all subjects (including non-Europeans) with activities or contracts in Europe, the fervor in America on the subject of the protection of personal data and the connection of the theme of privacy with the development of the Web, have led AIGLI to discuss the protection of personal data in the Conference on the Borromeo Gulf of Lake Maggiore.

The link between privacy and new technologies has appeared to be a key to interpret the laws and their applications in different countries.

IL RUOLO DEL RESPONSABILE DEL TRATTAMENTO (DATA PROCESSOR) PRIMA E DOPO IL REGOLAMENTO (UE) N. 2016/679 E IL SUO RAPPORTO CONTRATTUALE CON IL TITOLARE DEL TRATTAMENTO (DATA CONTROLLER)

Sommario: **1.** *Premessa* - **2.** *La figura del Responsabile del trattamento nel Codice Privacy* - **3.** *Il Responsabile del trattamento nel Regolamento (Ue) n. 2016/679* - **4.** *Il rapporto giuridico tra Titolare del trattamento e Responsabile del trattamento* - **5.** *La responsabilità del Responsabile del trattamento* - **6.** *Le clausole contrattuali* - **7.** *Aspetti contrattuali di rilievo nel rapporto tra Titolare e Responsabile del trattamento: alcuni casi concreti.*

1. Premessa

Il Regolamento (Ue) n. 2016/679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, che abroga la direttiva n. 95/46/Ce (*General Data Protection Regulation*, individuato anche con l'acronimo «GDPR»), ha portato con sé un nuovo scenario normativo.

Il legislatore italiano si è adeguato al Regolamento europeo con il D.Lgs. n. 101/2018, che modifica ed integra il Codice Privacy (D.Lgs. n. 196/2003).

Molteplici sono le novità introdotte dalla normativa comunitaria: dal principio di *accountability* e i collegati concetti di *privacy by design e by default*, alla ridefinizione, quantomeno parziale, dei ruoli dei soggetti coinvolti nel trattamento dati. Il Titolare del trattamento (c.d. *Data Controller*), il Responsabile del trattamento (c.d. *Data Processor*) ed il soggetto interessato (c.d. *Data Subject*), il contitolare (c.d. *Data Joint Controller*), e il

Responsabile per la protezione dei dati personali (c.d. *Data Protection Officer* o anche indicato con l'acronimo DPO) sono alcuni dei protagonisti della "rivoluzione" che il GDPR ha portato nell'approccio alla normativa sulla protezione dei dati personali.

Nel presente lavoro, che riprende, sviluppandola, la mia relazione al Convegno annuale dell'AIGLI tenutosi a Stresa, l'analisi si limiterà alla figura del Responsabile del trattamento dei dati, che è stata oggetto di importanti modifiche ad opera del Regolamento europeo. Occorre, pertanto, soffermarsi sulle definizioni di «Titolare del trattamento» e di «Responsabile del trattamento» fornite dal GDPR, per poter definire gli aspetti contrattuali che legano queste due figure.

Il Titolare del trattamento è definito dall'art. 4, n. 7, del GDPR come «*la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali; quando le finalità e i mezzi di tale trattamento sono determinati dal diritto dell'Unione o degli Stati Membri, il Titolare del trattamento o i criteri specifici applicabili alla sua designazione possono essere stabiliti dal diritto dell'Unione o dagli Stati membri*»¹. Pertanto, ai sensi della Guida all'applicazione del Regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali, «*si impone ai Titolari di definire specificamente (con un atto giuridicamente valido ai sensi del diritto nazionale) il rispettivo ambito di responsabilità e i compiti con particolare riguardo all'esercizio dei diritti degli interessati*»².

Il Responsabile del trattamento è invece definito all'art. 4, n. 8, del GDPR come «*la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che tratta dati per conto del titolare del trattamento*»³. Questa figura è anche disciplinata dall'art. 28 del Regolamento, nel quale si prevede che il Responsabile del trattamento debba presentare «*garanzie sufficienti*» per mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate, nonché garantire la tutela dell'interessato.

Il rapporto tra il Titolare e il Responsabile del trattamento, soprattutto sotto il profilo della garanzia da parte del Responsabile al rispetto della normativa sulla *privacy*, è uno dei pilastri dell'*accountability*, ovvero della

¹ Ai sensi dell'art. 4, n. 7, del Regolamento (Ue) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva n. 95/46/Ce (Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati).

² Garante per la protezione dei dati personali, *Guida all'applicazione del Regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali*, reperibile sul sito internet www.garanteprivacy.it.

³ Ai sensi dell'art. 4, n. 8, del Regolamento (Ue) n. 2016/679, *cit. supra*, nota 1.

c.d. responsabilizzazione dei soggetti destinatari del Regolamento europeo, un concetto da tempo noto agli interpreti della materia. In particolare, un primo riferimento al principio di «responsabilizzazione» si ritrova nelle Linee Guida Privacy dell'OCSE del 1980⁴, aggiornate dalle «*Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*» del 2013. Ispirandosi alle Linee Guida OCSE, il *Working Party Article 29*⁵ ha emesso il «*parere 3/2010 sul principio di accountability*»⁶: in questo parere si stabilisce che il Titolare del trattamento deve essere in grado di dimostrare di avere adottato tutte le misure giuridiche, organizzative, tecniche, per la protezione dei dati personali, anche attraverso l'elaborazione di specifici modelli organizzativi e di essere in grado di dimostrare in modo positivo e proattivo che i trattamenti di dati effettuati sono adeguati e conformi alla nuova normativa europea in materia di protezione dei dati personali. Il parere anticipa i concetti che sono ad oggi espressamente previsti dal GDPR per dare sostanza al principio di *accountability*, tra cui quello della *privacy by design* e *privacy by default*.

2. La figura del Responsabile del trattamento nel Codice Privacy

La figura del Responsabile del trattamento era già presente nel quadro normativo italiano delineato dal D.Lgs. n. 196/2003 («Codice Privacy»). Secondo il disposto dell'art. 4, comma 1, lett. g., del Codice Privacy, per Responsabile del trattamento si intendeva «*la persona fisica, la persona giuridica, la pubblica amministrazione e qualsiasi altro ente, associazione od organismo preposti dal titolare al trattamento di dati personali*»⁷.

Ai sensi dell'art. 29 del Codice Privacy, il Responsabile poteva essere designato dal Titolare «*facoltativamente*», e, se designato, doveva essere individuato tra soggetti che per esperienza, capacità ed affidabilità forni-

⁴ OECD, *Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*, 1980, reperibile sul sito internet <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheProtectionofPrivacyandTransborderFlowsOfPersonalData.htm>.

⁵ Il Gruppo di Lavoro Articolo 29 per la protezione dei dati (anche detto "Working Party Article 29" o "WP29") è un organo consultivo europeo, istituito dall'art. 29 della direttiva n. 95/46/Ce e formato dai rappresentanti dei Garanti dei Paesi membri e dal Garante europeo per la protezione dei dati personali). Oggi, in seguito all'entrata in vigore del GDPR, il WP29 è stato rinominato Comitato europeo per la protezione dei dati personali (anche detto *European Data Protection Board*, *EDPB*). L'EDPB è l'organismo consultivo di riferimento per l'interpretazione del GDPR.

⁶ Gruppo di Lavoro Articolo 29 per la protezione dei dati (WP29), *opinion 3/2010 on the principle of accountability*, WP173 adottate il 13 luglio 2010.

⁷ Ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. g., del Codice in materia di protezione dei dati personali (D.Lgs. n. 196/2003).

vano idonea garanzia del pieno rispetto delle disposizioni in materia di trattamento⁸.

Il rapporto tra Titolare e Responsabile, nel quadro normativo vigente anteriormente all'entrata in vigore del GDPR, si basava su una nomina meramente facoltativa e di natura esclusivamente privatistica. Il Titolare stesso poteva dunque determinare, decidendo di avvalersi di un diverso soggetto per trattare i dati⁹, come disciplinare il rapporto con il Responsabile e come regolare i relativi diritti ed obblighi, senza che la normativa di riferimento intervenisse per regolare la forma ed il contenuto di tale rapporto giuridico.

Nella prassi applicativa italiana¹⁰ si distingueva inoltre tra la figura del c.d. Responsabile interno e quella del c.d. Responsabile esterno, nonostante tale distinzione non trovasse riscontri normativi nella direttiva n. 95/46/Ce¹¹, né nel Codice Privacy (D.Lgs. n. 196/2003).

Tale distinzione – invero molto utile per una corretta definizione dei ruoli nell'ambito dei processi di *compliance* alla data privacy di enti particolarmente complessi e con processi di trattamento stratificati – era sostenuta da un'interpretazione estensiva del dettato normativo del Codice Privacy: infatti, la figura del Responsabile del trattamento – come era disciplinata dall'art. 29 – presupponeva, sulla base del mero dato letterale – «*facoltativamente*» e «*se designato*» – che il Titolare del trattamento potesse designare il Responsabile sia come soggetto interno (ad esempio un soggetto interno designato nell'ambito dell'organizzazione aziendale dal Titolare come referente, per una determinata area o settore delle attività di direzione e coordinamento dei soggetti a sé sottoposti sotto il profilo del trattamento dei dati) sia come soggetto esterno¹². Pertanto, il Titolare era libero di valutare – prendendo in considerazione la propria complessità organizzativa – se demandare a soggetti esterni la funzione di Responsabile, oppure se designare in tale ruolo un soggetto (o più soggetti) in seno alla stessa organizzazione ovvero se nominare entrambi ed aveva ampia libertà nel determinare le forme con le quali veicolare tali nomine. Non infrequente era infatti nella prassi il ricorso ad ordini di servizio per la nomina

⁸ Ai sensi dell'art. 29 del Codice in materia di protezione dei dati personali (D.Lgs. n. 196/2003).

⁹ M. FARINA - F. VOLTAN, *La nuova privacy*, Forlì, Experta Srl, 2011p. 31.

¹⁰ Sul tema tra gli altri anche R. ACCIAI, *Il diritto alla protezione dei dati personali*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2003; R. IMPERIALI, *Codice della privacy. Commento alla normativa sulla protezione dei dati personali*, Milano, Il Sole 24 Ore, 2004.

¹¹ Gruppo di Lavoro Articolo 29 per la protezione dei dati, *opinion 1/2010 on the concept of "controller" and "processor"*, adottata il 16 febbraio 2010, WP169, p. 26.

¹² M. G. MANGIA, *Art. 29, Responsabile del trattamento*, in C. M. BIANCA - F. D. BUSNELLI (a cura di), *Protezione dei dati personali. Commentario*, Padova, Cedam, 2007, p. 654.

di responsabili interni all'organizzazione del Titolare o di mandati sotto la forma di lettere di nomina per i responsabili esterni a tale organizzazione).

3. La figura del Responsabile del trattamento nel Regolamento (Ue) n. 2016/679

La figura del Responsabile del trattamento ha una specifica collocazione anche all'interno del Regolamento (Ue) n. 2016/679: è infatti definita nell'art. 4, n. 8, e dall'art. 28 del GDPR.

Mentre l'art. 4, n. 8, del GDPR si limita ad articolare una definizione di Responsabile del trattamento sostanzialmente in linea con la previgente normativa, l'art. 28 entra nel merito del ruolo e definisce, in primo luogo, i requisiti soggettivi che deve rivestire la persona fisica o giuridica che tratta i dati personali per conto del titolare del trattamento.

Il Responsabile dovrà infatti essere scelto tra soggetti che sono in grado di fornire «*garanzie sufficienti*» per mettere in atto le misure tecniche ed organizzative adeguate a svolgere il trattamento dei dati nel rispetto: *i.* delle istruzioni impartite dal titolare e *ii.* delle disposizioni contenute nel Regolamento.

Il GDPR, pur non innovando l'essenza della figura del Responsabile del trattamento, attribuisce indubbiamente a tale figura «*maggior responsabilità nella gestione del trattamento dei dati*»¹³ rispetto alla previgente normativa.

Il Regolamento stabilisce inoltre sia la forma sia il contenuto dell'atto di nomina del Responsabile da parte del Titolare.

Secondo quanto stabilito dall'art. 28 del GDPR, il Responsabile è infatti nominato dal Titolare del trattamento tramite «contratto o altro atto giuridico a norma del diritto dell'Unione o degli Stati membri, che vincoli il Responsabile del trattamento al Titolare del trattamento e che stipuli la materia disciplinata e la durata del trattamento, la natura e la finalità del trattamento, il tipo di dati personali e le categorie di interessati, gli obblighi e i diritti del titolare del trattamento»¹⁴.

In altre parole, l'accordo che lega il Data Controller al Data Processor non è più «*facoltativo*» – come in precedenza previsto dall'art. 29 del Codice privacy, antecedente al D.Lgs. n. 101/2018 – bensì «*obbligatorio*»: ovverosia, il Titolare non ha più la facoltà di "operare" una scelta discre-

¹³ G. M. RICCIO - G. SCORZA - E. BELISARIO, *GDPR e normativa privacy commentario*, Milano, Wolters Kluwer Ipoa, 2018, p. 268.

¹⁴ Ai sensi dell'art. 28, comma 3, del Regolamento (Ue) n. 2016/679, *cit. supra*, nota 1.

zionale in ordine alla designazione del Responsabile del trattamento.

Nello specifico, il contratto di designazione prevede che il Responsabile del trattamento:

a. deve trattare i dati personali soltanto «*su istruzione documentata del Titolare*», salvo qualora lo richieda il diritto dell'Unione o nazionale cui è soggetto il Responsabile del trattamento. Secondo parte della dottrina¹⁵, tale obbligo di ricevere «*istruzione documentata da parte del Titolare*» sembrerebbe imporre in capo al Responsabile la necessità di documentare le istruzioni ricevute, al fine di dimostrare di aver agito conformemente al GDPR (comportando che, anche a fronte di istruzioni ricevute oralmente, in situazioni di urgenza, graverebbe sul Responsabile l'onere di documentare dette istruzioni in un momento successivo);

b. deve garantire che le persone autorizzate al trattamento dei dati personali rispettino il principio di riservatezza o abbiano un adeguato obbligo legale di riservatezza;

c. deve adottare tutte le misure di sicurezza del trattamento, previste dall'art. 32 del GDPR; ovviamente per quanto concerne le attività di trattamento che gli sono state affidate dal Titolare;

d. deve rispettare le condizioni previste per ricorrere ad un altro Responsabile del trattamento (ossia «*rispetti i limiti dell'autorizzazione speciale o generale e ingaggi il sub-processor in modo tale che ribalti back to back gli obblighi e le garanzie che cadono sul primo Responsabile*»¹⁶);

e. deve assistere il Titolare del trattamento per garantire il rispetto degli obblighi previsti per la sicurezza dei dati personali, tenendo conto della natura del trattamento e delle informazioni a disposizione del Responsabile del trattamento;

f. su scelta del Titolare deve cancellare o restituire tutti i dati personali dopo che è terminata la prestazione dei servizi relativi al trattamento e cancellare le copie esistenti, salvo che il diritto dell'Unione o degli Stati membri preveda la conservazione dei dati;

g. deve mettere a disposizione del Titolare del trattamento tutte le informazioni necessarie per dimostrare il rispetto degli obblighi previsti in capo al Responsabile del trattamento, e consenta e contribuisca alle attività di revisione, comprese le ispezioni, realizzate dal Titolare del trattamento o da altro soggetto da questi incaricato.

Un'altra importante novità è prevista all'art. 28, par. 4, del GDPR, con

¹⁵ P. VOIGT - A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR)*, Cham, Springer International Publishing, 2017, p. 82.

¹⁶ G. MARINO, *I soggetti privacy*, in G. CASSANO - V. COLAROCO - G. B. GALLUS - F. P. MICOZZI (a cura di), *Il processo di adeguamento al GDPR*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, p. 48 ss.

cui si prevede che, ove il Responsabile del trattamento debba nominare un sub-responsabile, per specifiche attività di trattamento tale nomina avvenga riflettendo i medesimi obblighi contrattuali che legano Titolare ed il Responsabile (primario). Infatti, quest'ultimo risponderà nei confronti del Titolare dell'inadempimento dell'eventuale sub-responsabile, anche ai fini del risarcimento di eventuali danni causati dal trattamento, salvo dimostri che l'evento dannoso «*non gli è in alcun modo imputabile*» (art. 82, par. 1 e par. 3).

Nello specifico, il rapporto tra Responsabile e sub-responsabile può essere equiparato al rapporto tra appaltatore e sub-appaltatore. Il contratto di sub-appalto, previsto dall'art. 1676 ss. c.c., prevede infatti che l'appaltatore trasferisca a terzi l'esecuzione di parte della prestazione negoziale, così configurando un vero e proprio appalto che si caratterizza, rispetto al contratto-tipo, solo per essere un contratto derivato da altro contratto stipulato a monte, che ne costituisce il presupposto. Ciò che caratterizza il contratto di subappalto è il rapporto di accessorietà rispetto al contratto d'appalto principale, nel senso che esso cessa di esistere una volta che il rapporto principale cessa la propria efficacia, ovvero sia invalidato o risolto¹⁷.

In ipotesi di ricorso al sub-appalto – evenienza che richiede sempre una previa autorizzazione scritta da parte del Titolare, sia essa specifica o generale – il Responsabile:

1. dovrà imporre al proprio sub-responsabile, mediante un contratto o un altro atto scritto, gli stessi obblighi di cui all'art. 28, par. 3, del GDPR, contenuti nell'accordo tra il primo e il Titolare del trattamento, (in particolare sotto il profilo delle misure di sicurezza adeguate al trattamento)¹⁸;

2. risponderà direttamente nei confronti del Titolare per eventuali inadempimenti della propria catena di sub-fornitura;

3. qualora abbia ricevuto un'autorizzazione generale al subappalto, informerà il Titolare di eventuali modifiche in ordine alla modifica o alla sostituzione di taluno dei propri subappaltatori, dando così l'opportunità al Titolare di opporsi a tali modifiche¹⁹.

Pertanto, il nuovo quadro legislativo tratteggiato stabilisce che il Responsabile del trattamento condivide in certa misura le responsabilità del Titolare del trattamento in ordine al risarcimento del danno a terzi, ed è

¹⁷ E. BRANDOLINI, *La responsabilità dell'appaltatore e del direttore dei lavori per vizi e difformità delle opere*, Rimini, Maggioli Editore, 2012; sul tema anche F. MESSINEO, *Contratto derivato - subcontratto*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè Editore, X, p. 80.

¹⁸ G. FINOCCHIARO, *GDPR: la responsabilità si potrà delegare. Nasce la figura del sub-responsabile*, in *Digital4legal*, reperibile sul sito internet www.digital4.bit.

¹⁹ G. FAGGIOLI, *GDPR, gli impatti sui contratti di outsourcing, Cloud e servizi ICT*, in *Digital4legal*, in *Digital4legal*, reperibile sul sito internet www.digital4.bit.

oggetto di autonome sanzioni amministrative, a differenza di quanto previsto dal Codice privacy – previgente alle modifiche operate dal D.Lgs. n. 101/2018 – nel quale la sanzione amministrativa era sempre diretta nei confronti del Titolare.

4. Il rapporto giuridico tra Titolare del trattamento e Responsabile del trattamento

Come abbiamo già visto con il GDPR, il rapporto tra Titolare e Responsabile del trattamento si basa su un contratto o altro atto giuridicamente vincolante (art. 28 del GDPR). La possibilità di ricorrere allo strumento negoziale accentua *l'accountability*²⁰ e coinvolge entrambi gli attori del trattamento «responsabilizzandoli».

In tal senso, l'art. 28 del Regolamento elenca i compiti del Responsabile – enfatizzando la collaborazione che questi è tenuto a prestare al Titolare e prevedendo una sua peculiare responsabilità diretta – così come, nuovi obblighi per il Responsabile, tra i quali:

a. adottare misure tecniche e organizzative per garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio, e precisamente le misure richieste dall'art. 32 del GDPR;

b. istituire un registro dei trattamenti per conto di ciascun Titolare (art. 30, par. 2, del GDPR);

c. designare un Responsabile per la protezione dei dati personali (anche detto «*Data Protection Officer*» – «DPO»), ove ne ricorrano i presupposti (art. 37 ss. del GDPR);

d. nominare un rappresentante, qualora non sia stabilito nel territorio europeo (art. 27, par. 1, del GDPR);

e. cooperare con le autorità di controllo (art. 31 del GDPR);

mentre, tra le obbligazioni condivise con il Titolare, rientrano quelle di

f. adottare idonee misure di sicurezza, cooperare con il Titolare per la valutazione d'impatto (DPIA) e/o in caso di *Data Breach*.

In questo contesto, il Titolare del trattamento avrà l'onere di trattare i dati personali, sempre sulla base dei *principi di privacy by design, privacy by default, accountability*, attraverso:

a. una valutazione della probabilità e della gravità del rischio legato al trattamento dei dati (anche detta «DPIA»);

²⁰ M. SIANO, *Responsabilità del titolare del trattamento*, in G. M. RICCIO - G. SCORZA - E. BELISARIO (a cura di), *GDPR e normativa privacy commentario*, cit. supra, nota 13, p. 236 ss.

- b. l'implementazione di misure di sicurezza adeguate per limitare i rischi;
- c. un modello organizzativo che garantisca la *compliance* al Regolamento.

Sulla base di nuovi obblighi e responsabilità in capo ai soggetti coinvolti nel trattamento, si impone di rivisitare i contratti tra Titolare e Responsabile del trattamento dati.

La designazione a «Responsabile del trattamento» potrà quindi ritenersi a tutti gli effetti valida a condizione che essa:

- a. risulti da atto scritto recante data certa;
- b. il Responsabile possenga tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni attribuite;
- c. conferisca al Responsabile tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni attribuite.

Ai fini di una qualificazione giuridica del rapporto che lega il Titolare al Responsabile, nella prassi si riconduce all'istituto del mandato (art. 1703 ss. c.c.), essendo quest'ultimo un atto di autonomia privata con il quale si attua una distribuzione di compiti e una ripartizione di competenze e responsabilità. Inoltre, è interessante l'inquadramento della nomina di Responsabile come elemento accessorio in un contesto come il contratto di appalto: ad esempio, quando la nomina di Responsabile avviene nell'ambito di un contratto che prevede l'incarico per lo sviluppo e la manutenzione di un sistema informatico integrato. In questo caso, laddove il trattamento dei dati sia inscindibilmente connesso all'oggetto della prestazione dell'appaltatore, le norme del mandato lasciano strada a quelle dell'appalto. Si pensi, ad esempio, alle norme che regolano la revisione del corrispettivo per le variazioni necessarie al progetto (art. 1660 c.c.) che prevedono l'intervento del giudice in assenza di accordo tra le parti, o legittimano l'appaltatore a recedere ed a richiedere una equa indennità qualora l'importo superi 1/6 del corrispettivo complessivo, o il committente a recedere e a corrispondere un equo indennizzo qualora le variazioni siano di notevole entità. O ancora si pensi alla garanzia prevista dall'art. 1668 c.c. per difetti dell'opera, intendendosi per difetti, ad esempio, un sistema informatico non *compliant* con il GDPR.

5. La responsabilità del Responsabile del trattamento

Il regime di responsabilità che coinvolge la figura del Responsabile del trattamento è delineato dall'art. 82, il quale prevede che: «il Responsa-

bile del trattamento risponde per il danno causato dal trattamento solo se non ha adempiuto gli obblighi del presente regolamento specificatamente diretti ai responsabili del trattamento o ha agito in modo difforme o contrario rispetto alle legittime istruzioni del titolare del trattamento».

Per chiarezza, alla luce degli obblighi imposti al Responsabile del trattamento, potrebbero applicarsi sanzioni, a titolo esemplificativo, nei seguenti casi:

- a. se il Responsabile agisse travalicando le lecite istruzioni del Titolare o contrariamente a tali istruzioni;
- b. se il Responsabile non aiutasse il Titolare a rispettare i suoi obblighi (ad esempio, per una notifica di una violazione di dati o per una valutazione di impatto);
- c. se il Responsabile non mettesse a disposizione del Titolare le informazioni che gli consentirebbero di dimostrare il rispetto degli obblighi gravanti sul titolare stesso, o che gli permetterebbero di effettuare *l'audit*;
- d. se il Responsabile non informasse il Titolare che una sua istruzione costituisce violazione del GDPR,
- e. se designasse il sub-responsabile senza essere stato previamente autorizzato dal Titolare;
- f. se si rivolgesse a un sub-responsabile che non presentasse garanzie sufficienti;
- g. se non designasse il DPO, essendovi obbligato;
- h. se non tenesse il registro delle attività di trattamento svolte per conto del Titolare.

Nel caso in cui non siano rispettati gli obblighi previsti dal Regolamento, l'organo competente ad irrogare le sanzioni è il Garante per la protezione dei dati personali – ai sensi dell'art. 15, comma 3, del D.Lgs. n. 101/2018 – e lo stesso dovrà avere cura di valutare caso per caso le violazioni, affinché le sanzioni siano sempre «*effettive, proporzionate e dissuasive*» (art. 83, comma 1, GDPR), tenendo in debito conto le circostanze di cui all'art. 83, comma 2, GDPR, ossia la «*natura, la gravità, la durata della violazione, il carattere doloso o colposo della stessa, le categorie di dati personali interessate dalla violazione*».

In particolare, l'art. 83 del GDPR distingue tra:

1. le violazioni c.d. di minore gravità, per le quali sono previste le sanzioni amministrative pecuniarie di importi fino a 10 milioni di euro o, per le imprese (come chiarito dalle *Linee Guida del Gruppo di Lavoro WP29, n. 253*), fino al 2% del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente, se superiore, e riguardano nello specifico le violazioni degli obblighi imposti ad esempio al Titolare o al Responsabile del tratta-

mento (artt. 8, 11, da 25 a 39, 42 e 43 GDPR); e

2. le sanzioni più pesanti – in considerazione della maggiore gravità delle fattispecie alle quali sono ricondotte – le quali ammontano fino a 20 milioni di euro o, per le imprese, fino al 4% del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente, se superiore, e riguardano nello specifico le seguenti violazioni:

- dei principi di base del trattamento, comprese le condizioni relative al consenso, a norma degli artt. 5, 6, 7 e 9;
- dei diritti degli interessati a norma degli articoli da 12 a 22;
- i trasferimenti di dati personali a un destinatario in un Paese terzo o un'organizzazione internazionale a norma degli articoli da 44 a 49;
- qualsiasi obbligo ai sensi delle legislazioni degli Stati membri adottate a norma del capo IX;
- l'inosservanza di un ordine, di una limitazione provvisoria o definitiva di trattamento o di un ordine di sospensione dei flussi di dati dell'autorità di controllo (ovvero il Garante Privacy) ai sensi dell'art. 58, par. 2, o il negato accesso in violazione dell'art. 58, par. 1, GDPR.

Pertanto, in caso di violazione di uno degli obblighi in capo al Responsabile, questo sarà passibile di una sanzione amministrativa pecuniaria di ammontare fino a euro 10.000.000,00 o per le imprese fino al 2% del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente, se superiore (art. 83, par. 4, GDPR).

Come previsto nelle «Linee Guida riguardanti l'applicazione e la previsione delle sanzioni amministrative pecuniarie ai fini del Regolamento (Ue) n. 2016/679», adottate dal WP29, «i Titolari del trattamento e i Responsabili del trattamento hanno l'obbligo di attuare misure tecniche e organizzative volte a garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio, di condurre valutazioni di impatto sulla protezione dei dati e di mitigare i rischi arrecati ai diritti e alle libertà personali dal trattamento dei dati personali. Tuttavia, quando si verifica una violazione e l'interessato ne subisce i danni, la parte responsabile dovrebbe fare quanto in suo potere per ridurre le conseguenze della violazione per il o i soggetti coinvolti. Tale comportamento responsabile (o la sua assenza) sarà preso in considerazione dall'Autorità di controllo nella scelta della o delle misure correttive e nel calcolo della sanzione da imporre nel caso specifico»²¹.

Sulla base di ciò, e sui criteri dettati dall'art. 83 del GDPR (natura, gravità e durata della violazione; il carattere doloso o colposo della viola-

²¹ Gruppo di lavoro Articolo 29 per la protezione dei dati, Linee guida riguardanti l'applicazione e la previsione delle sanzioni amministrative pecuniarie ai fini del Regolamento (Ue) n. 2016/679, adottate il 3 ottobre 2017, 17/IT, WP 253.

zione), si valuterà caso per caso il grado di responsabilità del Titolare o del Responsabile del trattamento a seguito del verificarsi di una violazione.

In passato, l'esperienza disciplinare delle autorità di controllo nell'ambito della direttiva n. 95/46/Ce ha optato per un livello di flessibilità nei confronti di quei Titolari o Responsabili del trattamento che hanno ammesso la violazione e che si sono assunti la responsabilità di correggere o limitare le loro azioni.

Alcuni esempi, indicati nelle Linee Guida in precedenza richiamate, potrebbero essere i seguenti:

a. aver contattato altri Titolari e/o Responsabili del trattamento, che potrebbero essere stati coinvolti in un'estensione del trattamento, ad esempio nel caso in cui alcuni dati sono stati erroneamente condivisi con terze parti;

b. azione tempestiva adottata dal Titolare e/o Responsabile del trattamento per impedire la prosecuzione o l'espansione della violazione a un livello o a una fase che avrebbe determinato ripercussioni ben più gravi²².

In conclusione, la figura di Responsabile che emerge dal Regolamento si intreccia con obblighi e responsabilità che necessitano di un solido supporto contrattuale, che ne tessa la trama e ne riordini le fila, per consentire ai principali attori del trattamento un'immediata comprensione delle condotte che devono tenere per garantire gli interessati e garantirsi l'immunità dalle sanzioni.

6. Le clausole contrattuali

È fondamentale avere nei contratti di durata una clausola che preveda la «successione nel tempo» delle leggi in modo da garantire la *compliance* del Responsabile agli obblighi in base alle previsioni legislative che si succedono nel tempo. Si pensi, ad esempio, ai contratti di durata pluriennale, sottoscritti prima del GDPR, quando il Responsabile aveva un diverso e minore compito da svolgere rispetto a quelli imposti dal GDPR, ma che continuano quindi ad operare dopo il GDPR, quando invece il Responsabile è più onerato. Una clausola ben strutturata può consentire di regolare in modo adeguato questi nuovi impegni del Responsabile, limitarne l'impatto, prevederne il corrispettivo. Da un diverso punto di vista, per altro si potrebbe anche sostenere che in alcuni casi il contratto di nomina del Responsabile, sottoscritto prima del GDPR, possa essere eventualmente risolto per eccessiva onerosità laddove l'adempimento degli obblighi previsti

²² *Ibidem.*

dal GDPR sia eccessivamente oneroso per il soggetto Responsabile, o egli non abbia una adeguata struttura o competenza per far fronte agli impegni previsti dal GDPR.

7. Aspetti contrattuali di rilievo nel rapporto tra Titolare e Responsabile del trattamento: alcuni casi concreti

Nel rapporto tra Titolare e Responsabile del trattamento problemi possono sorgere proprio in relazione ai profili di responsabilità, legati ad esempio alla validità di clausole contrattuali preesistenti all'entrata in vigore del GDPR, oppure legate alla ripartizione di responsabilità tra Titolare e Responsabile del trattamento, laddove non espressamente previsto nel contratto.

Un esempio concreto potrebbe essere il seguente.

1. La società Beta effettua – sui sistemi informatici del cliente Alpha e nell'ambito di un contratto in essere con quest'ultimo – operazioni di trattamento di dati personali di titolarità del cliente Alpha stesso. La società Beta è stata nominata Responsabile del trattamento da parte del cliente Alpha, Titolare del trattamento. Prima della definitiva entrata in vigore del GDPR, la società Beta segnala al cliente la necessità di mettere in atto, sui sistemi del cliente Alpha utilizzati per il trattamento da parte della società Beta, nuove o più robuste misure tecniche e organizzative al fine di garantire, una volta entrato in vigore il GDPR, un livello di sicurezza adeguato al rischio esistente (art. 32 GDPR).

In caso di assenza di una pattuizione contrattuale espressa che ponga a carico di una delle parti i costi di adeguamento, la valutazione dovrà essere necessariamente effettuata sulla base del caso concreto e dunque sulla tipologia di misure proposte e sulla loro stretta necessità rispetto ai compiti delegati alla società Beta nel contratto. Laddove si dovesse ritenere che le misure che la società Beta intende implementare non sono strettamente necessarie all'esecuzione del mandato medesimo o comunque eccessive rispetto ad una valutazione di adeguatezza ai sensi dell'art. 32 del GDPR, esse potranno essere economicamente imputabili alla società Beta; diversamente, qualora ricadano in misure che debbono essere attuate per adempiere al mandato e siano strettamente necessarie per garantire la *compliance* all'art. 32 del GDPR, queste potranno essere ragionevolmente poste a carico della società Alpha.

2. Un ulteriore esempio concreto potrebbe essere il seguente:

Alla società Beta è richiesto di «adottare tutte le necessarie misure di sicurezza». In tal caso, ai sensi dell'art. 32 del GDPR, che prevede che le misure di sicurezza adeguate siano adottate dal Titolare e dal Responsabile, la società Beta potrebbe essere tenuta ad adottare tali misure proprio per adempiere al mandato e poiché il mandato, ai sensi del contratto stipulato dalle parti in tal caso, si intende a titolo oneroso, avrebbe titolo per richiedere il relativo compenso alla società Alpha. Tuttavia, occorrerà verificare se nella lettera di nomina di responsabile non sia comunque precisato che tale nomina avviene a titolo gratuito. In tal caso, sarà più difficile sostenere che l'adeguamento preveda un impegno economico aggiuntivo da parte della società Alpha. Del pari sarà più difficile richiedere il pagamento alla società Alpha dell'*upgrade* di sicurezza, laddove nella lettera di nomina a Responsabile o nel contratto il perimetro delle misure di sicurezza sia già esattamente delineato, e con esso l'ambito del mandato. In tale circostanza, infatti, si potrebbe applicare l'art. 1711 c.c. con la conseguenza che, eccedendo il mandato, tali attività siano imputabili al mandatario e dunque i relativi costi rientrino nel portafoglio del mandatario. L'art. 1712 c.c. prevede comunque che il mandatario debba comunque senza ritardo comunicare al mandante l'esecuzione del mandato e il ritardo del mandante a rispondere dopo aver ricevuto tale comunicazione per un tempo superiore rispetto a quello richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi importa approvazione anche se il mandatario si è discostato dalle istruzioni o ha ecceduto i limiti del mandato. Pertanto, laddove la società Beta abbia adottato tali misure, per essere in *compliance* con l'art. 32 del GDPR ed evitare qualsiasi rischio di sanzioni, sarebbe comunque consigliabile che la società Beta desse tempestiva comunicazione alla società Alpha di tale condotta così che, nell'ipotesi in cui la società Alpha non dovesse rispondere alcunché in un tempo ragionevole, la società Beta potrebbe invocare a suo favore la previsione dell'art. 1712 c.c. e dunque pretendere che i relativi oneri siano a carico di Alpha.

3. Ancora, in termini di ripartizione delle responsabilità tra Titolare e Responsabile, potrebbe verificarsi la seguente fattispecie.

Qualora la società Beta abbia segnalato al cliente Alpha che le misure di sicurezza che ha adottato non risultano conformi a quanto previsto dal GDPR, il grado di responsabilità di Alpha potrebbe assurgere a livello di dolo o della colpa grave e limitare se non escludere di conseguenza la responsabilità di Beta. Inoltre, la società Beta potrà liberarsi avendo dimostrato di aver agito con la massima diligenza e fatto quanto era nelle sue

possibilità per attivare tali misure e dunque andare esente da dolo, ma anche da colpa, laddove materialmente impossibilitata ad eseguire l'*upgrade* di sicurezza che ha suggerito al cliente Alpha di svolgere.

Dall'analisi di queste fattispecie, risulta necessario che il Titolare sia chiamato a rivisitare i contratti posti in essere prima del GDPR, e basare i successivi su un'attenta valutazione del rischio che può generare il trattamento dei dati.

Lorenzo Conti*

SINTESI

L'impatto della rivoluzione sulla protezione dei dati ha i suoi riflessi anche sui soggetti coinvolti nel trattamento dei dati personali. Tra questi, figura rilevante è il Responsabile del trattamento, presente già nel Codice Privacy (D.Lgs. n. 196/2003) e ripresa con alcune novità dal Regolamento (Ue) n. 2016/679. Nello specifico, la novità principale si traduce nel rapporto contrattuale che lega il Responsabile e il Titolare del trattamento: infatti, come previsto dall'art. 28 del GDPR, è il Titolare stesso che designa il Responsabile del trattamento, attraverso un contratto o altro atto giuridico vincolante, non più sulla base di una nomina meramente facoltativa, ma obbligatoria.

Il GDPR introduce obblighi diretti in capo al Responsabile del trattamento per la prima volta, a differenza del "vecchio" Codice privacy che riteneva solo il Titolare del trattamento dei dati responsabile per non essere *compliance* alla normativa sulla protezione dei dati.

È proprio alla luce dei nuovi obblighi e delle responsabilità posti in capo al Responsabile del trattamento dal GDPR che si possono attribuire allo stesso sanzioni amministrative pecuniarie, qualora non rispetti obblighi posti dal GDPR medesimo. Tali sanzioni sono tratteggiate nelle Linee Guida riguardanti l'applicazione e la previsione delle sanzioni amministrative pecuniarie ai fini del Regolamento (Ue) n. 2016/679, adottate dal WP29, le quali aiutano a comprendere al meglio l'art. 83 del Regolamento. In conclusione, sulla base del principio di *accountability* – base portante del GDPR – si è delineata una nuova figura di Responsabile del trattamento, che da un lato ha maggiori obblighi e responsabilità e dall'altro è in grado essa stessa di designare un sub-responsabile, il quale a sua volta dovrà attenersi al rapporto contrattuale stretto tra responsabile principale e Titolare.

* Avvocato / Foro di Milano; Partner dello Studio Legale Rucellai & Raffaelli

Versione riveduta ed integrata della relazione presentata al Convegno AIGLI (Associazione Internazionale Giuristi di Lingua Italiana), Stresa, 27-30 settembre 2018

ABSTRACT

The impact of the revolution on data protection has its effects also on the subjects involved in the processing of personal data. Among these, a relevant figure is the Data Processor, already present in the Privacy Code (Legislative Decree n. 196/2003) and resumed with some changes in Regulation (EU) n. 2016/679. In particular, the new is in the relationship between the Data Processor and the Data Controller: in fact, as required by art. 28 of the GDPR, the Data Controller appoints the Data Processor, through a contract or other legal act, no more on a purely optional appointment, but mandatory. The GDPR introduces direct obligations for Data Processor for the first time, whereas the "old" Privacy Code only holds Data Controllers liable for data protection non-compliance.

In fact, in the light of the new obligations and responsibilities attributed on Data Processor by the GDPR, can be attributed to him administrative pecuniary sanctions, if it does not comply with the obligations imposed by the GDPR. Sanctions that are outlined in the Guidelines on the application and setting of administrative fines for the purposes of the Regulation n. 2016/679, adopted by WP29, which help to better understand art. 83 of the Regulation. In conclusion, on the basis of the principle of accountability – the base of the GDPR – there is a new figure of Data Processor, which has more obligations and responsibility and is able itself to designate a sub-processor, who must comply with the contractual relationship between the first Data Processor and the Data Controller.

BREVI OSSERVAZIONI SUL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI DELLE PERSONE DECEDUTE IN ITALIA DOPO IL REGOLAMENTO (UE) N. 2016/679

Sommario: **1.** *Dopo il GDPR* - **2.** *Dopo l'adeguamento al GDPR* - **3.** *Il mandato dell'interessato all'esercizio dei diritti.*

Il considerando n. 27 del Regolamento (Ue) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 (c.d. GDPR), come è noto, recita: «*Il presente regolamento non si applica ai dati personali delle persone decedute. Gli Stati membri possono prevedere norme riguardanti il trattamento dei dati personali delle persone decedute*».

Semberebbe quindi che per i dati concernenti le persone decedute la c.d. rivoluzione nella protezione dei dati personali a causa del GDPR non sia avvenuta e che il GDPR resti estraneo alla disciplina del trattamento di tali dati.

In realtà non pare essere così, almeno in Italia.

1. Dopo il GDPR

Le disposizioni del GDPR, immediatamente applicabili, hanno sostituito quelle che in Italia erano contenute nell'art. 7 del dlgs n. 196 del 30 giugno 2003, «Codice in materia di protezione dei dati personali».

Ed in forza dell'art. 9 del citato dlgs n. 196/2003, i diritti contenuti nell'art. 7 del decreto medesimo (ovvero i diritti dell'interessato oggi normati dal GDPR) riferiti a dati personali concernenti persone decedute «possono essere esercitati da chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell'interessato o per ragioni familiari meritevoli di protezione».

Dunque appare sostenibile che, fin dalla sua applicazione – cioè a decorrere dal 25 maggio 2018 (art. 99 comma 2) – i cambiamenti portati dal GDPR siano applicabili anche ai diritti riferiti a dati personali concernenti persone decedute, in tanto in quanto per esse potranno essere esercitati i diritti come stabiliti dal GDPR.

2. Dopo l'adeguamento al GDPR

Il dlgvo n. 101 del 10 agosto 2018, intendendo adeguare la normativa nazionale italiana al GDPR, ha espressamente abrogato l'art. 7 del precedente summenzionato dlgvo n. 196/2003.

Ora è l'art. 2 *terdecies* del dlgvo n. 101/2018 a disciplinare in Italia i diritti riguardanti le persone decedute: esso prevede la possibilità di vietare l'esercizio di tali diritti, dispone i limiti dell'esercizio e del divieto (commi 2, 3, 4, 5), individua i soggetti abilitati ad esercitare tali diritti (comma 1).

Il comma 1 dell'art. 2 *terdecies* del dlgvo n. 101/2018 in particolare specifica: «I diritti di cui agli articoli da 15 a 22 del Regolamento riferiti ai dati personali concernenti persone decedute possono essere esercitati da chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell'interessato, in qualità di suo mandatario, o per ragioni familiari meritevoli di protezione».

Questo comma sembrerebbe a prima vista una riproposizione delle parole dell'art. 9 del dlgvo n. 196/2003, ma a ben vedere non è solo questo.

La nuova norma contiene, in più, l'inciso «in qualità di suo mandatario» riferito a chi agisce a tutela dell'interessato. Adesso chi agisce deve avere o un interesse proprio o ragioni familiari meritevoli di protezione o un mandato da parte dell'interessato.

3. Il mandato dell'interessato all'esercizio dei diritti

Sul mandato da parte dell'interessato vale la pena di soffermarsi.

Prima di tutto, chi è l'interessato che funge da mandante?

Per rispondere – essendo il decreto legislativo espressamente finalizzato all'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del GDPR – si dovrebbe guardare alle norme alle quali ci si vuole adeguare.

Ebbene, l'art. 4 del GDPR, alla prima definizione, stabilisce che per dato personale si intende qualsiasi informazione «riguardante una persona fisica identificata o identificabile ("interessato")».

Dunque l'«interessato» è la persona fisica dei cui dati personali si tratta.

Quindi, per i dati personali concernenti persone decedute, l'interessato pare essere la persona deceduta stessa, la quale abbia ritenuto di incaricare un terzo di tutelarla.

Orbene, se un mandatario è ammesso ad esercitare i diritti garantiti dal GDPR riferiti ad un mandante defunto, siamo in presenza di un'eccezione alla regola di cui all'art. 1722, n. 4, del codice civile italiano, che contempla la morte del mandante fra le cause di estinzione del mandato.

Si tratta dunque del mandato *post mortem exequendum*, conferito ed accettato durante la vita del mandante ma con oggetto un incarico da eseguirsi dopo la morte del mandante, per conto di questi?¹

O si tratta di un mandato unilaterale *post mortem* (o *mortis causa* in senso stretto) che non è un contratto ma un semplice incarico ad un soggetto di compiere determinate attività, che può essere contenuto perfino in un testamento?

Viene in rilievo il problema dell'ammissibilità o della nullità del mandato testamentario² o conferito senza rigore di forme³. In ogni caso la morte deve essere un evento che funga da termine o condizione, senza assumere rilevanza causale⁴.

La *ratio* di tutela dell'interessato sui dati personali dovrebbe far aprire le porte alle ipotesi più larghe, spaziando dal contratto al testamento, visto che già esistono disposizioni testamentarie che conferiscono poteri o incarichi dopo la morte del testatore⁵.

¹ Cass. Civ., sez. III, ord., 15 maggio 2018, n. 11763: «È valido ed efficace nel nostro ordinamento un mandato "post mortem exequendum" conferito ed accettato durante la vita del mandante ed avente per oggetto un incarico (anche se di contenuto patrimoniale) da eseguirsi dal mandatario dopo la morte del mandante e per conto di questo; tuttavia, la validità di un mandato da eseguirsi "post mortem" è subordinata alla circostanza che la natura dell'affare non sia in contrasto con le norme fondamentali che disciplinano la successione "mortis causa" e in specie la successione testamentaria, atteso che la volontà del defunto, relativamente ai beni dell'eredità, non può operare, "post mortem", che come volontà testamentaria, nelle forme, nei modi e nei limiti determinati dalla legge». Cfr. G. SICCHIERO, *Disciplinare notarile: divieto di patto successorio e contratto a favore di terzo post mortem*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 17 gennaio 2018, p. 2; N. DI STASO, *Il mandato post mortem exequendum*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2011, 10, p. 685.

² Per la nullità, cfr. la più risalente Cass. Civ. 28 luglio 1950, n. 2146. Per l'ammissibilità, Cass. Civ., sez. VI-2, ord. 20 maggio 2015, n. 10415: «È ammissibile nel nostro ordinamento la disposizione testamentaria – a contenuto non patrimoniale – con cui si dà incarico ad una società di cremazione di procedere all'incenerimento della salma (sez. I, 9 maggio 1969, n. 1584)». F. A. MONCALVO, *Sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2010, 1, p. 56.

³ Cass. Civ., sez. III, 29 aprile 2006, n. 10035; Cass. Civ., sez. I, 23 maggio 2006, n. 12143. Cfr. A. ANSALDO, *In tema di mandato post mortem*, in *Nuova Giur. Civ. Commentata*, 2007, 4, 1, p. 496.

⁴ Cass. Civ., sez. II, 9 maggio 2000, n. 5870.

⁵ Cfr., ad esempio, gli artt. 630, 631, c. 2 e c. 3 c.c.; art. 733, c. 2 c.c.; art. 700 c.c. Inoltre possono esistere oneri apposti alle disposizioni (art. 647 c.c.) o legati obbligatori (art. 671 c.c.).

Per contro il fatto che si tratti di una deroga alla disposizione di cui all'art. 1722, n. 4, c.c. potrebbe giustificare un orientamento restrittivo, per chi ritenga che quello portato dall'art. 1722, n. 4, c.c. sia un principio generale⁶.

Secondo il comma 5 dell'art. 2 *terdecies* del dlgs n. 101/2018, il divieto dell'esercizio dei diritti riferiti a dati personali di un defunto non può produrre effetti pregiudizievoli per l'esercizio da parte dei terzi dei diritti patrimoniali che derivano dalla morte dell'interessato nonché del diritto di difendere in giudizio i propri interessi.

Allo stesso modo del *divieto*, anche il *mandato* all'esercizio del diritto non dovrebbe ostacolare i medesimi diritti dei terzi.

Non si tratta di mera specularità o analogia con il suddetto comma 5, ma piuttosto della prevalenza delle norme successorie, almeno di quelle generali ed inderogabili quali il divieto di patti successori nonché del diritto alla difesa, costituzionalmente garantito per tutti.

Ci si può interrogare anche sull'ammissibilità della configurazione di una "proposta di mandato", irrevocabile, da accettarsi dopo la morte del mandante.

In particolare ci si può domandare se e quando, ai sensi dell'art. 1329, comma 2, c.c. siffatta proposta resti efficace dopo la morte del proponente, dal momento che la fattispecie della proposta irrevocabile pare configurarsi soltanto laddove sia stato apposto un termine all'obbligo di tenerla ferma, termine considerato elemento essenziale dall'art. 1329 c.c.⁷.

La natura dell'affare o altre circostanze non parrebbero escludere tale efficacia in questo caso, ma il rinvio dell'accettazione a dopo la morte sembrerebbe quasi appiattare la fattispecie su quella del mandato unilaterale *post mortem*.

Maria Francesca Lanzio*

⁶ Cass. Civ., sez. unite, 10 maggio 2006, n. 10706; Cass. Civ., sez. lav., 25 giugno 1988, n. 4323.

⁷ Cass. Civ., 11 ottobre 1983, n. 5910.

* Avvocato / Foro di Torino

Relazione presentata al Convegno AIGLI (Associazione Internazionale Giuristi di Lingua Italiana), Stresa, 27-30 settembre 2018

SINTESI

Le norme nazionali che tutelano i dati personali dei defunti fanno sì che il GDPR incida anche in questo ambito, che apparentemente ne era rimasto escluso.

In Italia le norme di adeguamento al GDPR aprono interrogativi sull'inquadramento del mandato, a suo tempo conferito dal defunto, al terzo incaricato per la tutela dei dati personali.

ABSTRACT

The national regulations securing the personal data of deceased people make the GDPR influence also this area, which was apparently excluded from its application.

In Italy, the adaptation rules to the GDPR have opened questions about the framework of the mandate that the interested party, then deceased, had conferred to the third party in charge for the protection of his personal data.

CHE COS'È IL «GDPR» - QUAL È LA LEGGE APPLICABILE SECONDO L'ORDINAMENTO GIURIDICO GRECO

Sommario: *Premessa - 1. Cosa si intende per "dati personali" e in cosa consiste la loro elaborazione - 2. Altre definizioni terminologiche importanti contenute nel "Regolamento" - 3. Autorità di vigilanza - 4. Quali imprese riguarda e per quali di esse sono previste deroghe - 5. Entrata in vigore del "Regolamento" - 6. Principi di base che disciplinano il trattamento dei dati personali - 7. Quali sono gli obblighi delle imprese - 8. In quali circostanze si designa un Responsabile della protezione dei dati (art. 37) - 9. Quali sono le sanzioni in caso di mancata applicazione del "Regolamento" - 10. Certificazione e Organismi di certificazione - 11. Indicazioni per la preparazione delle imprese fornite dall'Autorità garante greca (ΑΠΔΠΧ).*

Premessa

Il GDPR (*General Data Protection Regulation*) - Regolamento generale per la protezione dei dati personali - Regolamento (Ue) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016¹ (di seguito, per brevità: «Regolamento»), si riferisce alla definizione di un quadro normativo complessivo per il trattamento dei dati personali negli Stati membri dell'Unione europea e sostituisce la precedente normativa costituita dalla direttiva n. 95/46/Ce. Tale direttiva era stata recepita nella legislazione greca dalla legge n. 2472/1997².

¹ In *Gu-Ue* n. L 119 del 4 maggio 2016, p. 1 ss. Il testo del Regolamento è reperibile sul sito internet www.eur-lex.europa.eu.

² Per ulteriori approfondimenti si rimanda al sito internet della Autorità greca di protezione dei dati personali - Αρχή Προστασίας Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα (ΑΠΔΠΧ) http://www.dpa.gr/portal/page?_pageid=33,123437&_dad=portal&_schema=PORTAL. Non ci stiamo riferendo, pertanto, a qualcosa di completamente nuovo.

La tutela delle persone fisiche, con riguardo al trattamento dei dati personali, è un diritto fondamentale. L'art. 8, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea («la Carta») e l'art. 16, par. 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) stabiliscono che ognuno ha il diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano.

Il Regolamento è vincolante in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in tutti gli Stati membri (non è cioè richiesto alcun adattamento speciale della legislazione nazionale: art. 83 del Regolamento medesimo).

1. Cosa si intende per «dati personali» e in cosa consiste la loro elaborazione

Le prime definizioni di base contenute nel Regolamento sono le seguenti:

1. «"dato personale": qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile («interessato»); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale»;

2. «"trattamento": qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione».

2. Altre definizioni terminologiche importanti contenute nel Regolamento

1. «Titolare del trattamento»: indica «la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali; quando le finalità e i mezzi di tale trattamento sono determinati dal diritto dell'Unione o degli Stati membri, il titolare del trattamento o i criteri specifici applicabili alla sua designazione possono essere stabiliti dal diritto dell'Unione o degli Stati membri»;

2. «responsabile del trattamento»: è «la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che tratta dati personali per conto del titolare del trattamento»;

3. «violazione dei dati personali»: è una violazione della sicurezza che comporta, in via accidentale o illecita, la distruzione, la perdita, la modifica, la divulgazione non autorizzata o l'accesso ai dati personali trasmessi, memorizzati o comunque oggetto di elaborazione;

4. «autorità di controllo»: è un organismo pubblico indipendente istituito dallo Stato membro incaricato di seguire l'esecuzione del Regolamento, al fine di tutelare i diritti e le libertà fondamentali delle persone con riguardo al trattamento dei dati che li riguardano e di facilitare la libera circolazione dei dati personali nell'Unione;

5. «Responsabile della Protezione dei Dati personali (RPD)» – *Data Protection Officer* (DPO): è la persona fisica che informa gli utenti i cui dati vengono trattati dall'azienda ed è anche colui che entra in contatto con l'autorità di vigilanza;

6. «Organismo di monitoraggio»: «Fatti salvi i compiti e i poteri dell'autorità di controllo competente di cui agli artt. 57 e 58, il controllo della conformità con un codice di condotta ai sensi dell'art. 40 può essere effettuato da un organismo in possesso del livello adeguato di competenze riguardo al contenuto del codice e del necessario accreditamento a tal fine dell'autorità di controllo competente».

3. Autorità di vigilanza

Va rilevato il fatto che oggi in Grecia esiste il Garante per la Protezione dei Dati personali (GPDP), che è un'autorità indipendente di rilevanza costituzionale. Il GPDP è stato istituito con la legge n. 2472/1997, che recepisce nella legislazione greca la direttiva europea n. 95/46/Ce. Inoltre, in materia di protezione dei dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche, il GPDP applica la legge n. 3471/2006, che recepisce nell'ordinamento giuridico nazionale la direttiva europea n. 2002/58/Ce.

4. Quali imprese riguarda e per quali di esse sono previste deroghe

Riguarda tutte le imprese (pubbliche e private) che gestiscono, in qualsiasi forma, dati personali di dipendenti, collaboratori, clienti o altre persone fisiche: questo significa che esso si applica a quasi tutte le imprese.

Tuttavia, per tener conto della situazione specifica delle micro, piccole e medie imprese, il presente Regolamento prevede una deroga in favore

delle aziende che occupano meno di 250 persone (art. 30, par. 5) per quanto riguarda la tenuta dei registri.

In particolare, il par. 5 dell'art. 30 del Regolamento stabilisce che gli obblighi di cui ai paragrafi dell'art. 30, attinenti alle informazioni che i «titolari del trattamento» sono tenuti a includere nel registro delle attività di trattamento, non si applicano ad azienda od organismi che occupano meno di 250 persone, a meno che il trattamento effettuato possa apportare rischi per i diritti e le libertà della persona interessata, l'elaborazione non sia casuale o il trattamento comprenda le speciali categorie di dati di cui all'art. 9, par. 1 o il trattamento di dati personali relativi a condanne penali e reati di cui all'art. 10.

Le istituzioni e gli organi dell'Unione nonché gli Stati membri e le rispettive autorità di vigilanza sono inoltre sollecitati a prendere in considerazione le esigenze specifiche delle micro, piccole e medie imprese per ciò che riguarda l'attuazione del Regolamento³.

Pertanto, la competente Autorità di vigilanza greca dovrebbe al più presto precisare quali sono gli obblighi specifici delle imprese, a seconda delle loro dimensioni.

5. Entrata in vigore del Regolamento

Il Regolamento si applica a decorrere dal 25 maggio 2018 (art. 99 del Regolamento). Il periodo di due anni che intercorre tra la data di approvazione del Regolamento e la sua entrata in vigore è servito da periodo di adattamento per le aziende.

6. Principi di base che disciplinano il trattamento dei dati personali

Sulla base dell'art. 5 i dati personali sono:

«a. trattati in modo lecito, corretto e trasparente nei confronti dell'interessato ("liceità, correttezza e trasparenza");

b. raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo che non sia incompatibile con tali finalità; un ulteriore trattamento dei dati personali a fini di archiviazione nel pubblico

³ Il concetto di micro, piccole e medie imprese deve fondarsi sull'art. 2 dell'allegato alla Raccomandazione n. 2003/361/Ce, in *Gu-Ue* n. L 124 del 20 maggio 2003, p. 36 ss. La categoria delle micro, piccole e medie imprese (PMI) comprende imprese che occupano meno di 250 persone e il cui fatturato annuo non è superiore a 50 milioni di euro o il cui totale di bilancio annuo non supera i 43 milioni di euro.

interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici non è, conformemente all'art. 89, par. 1, considerato incompatibile con le finalità iniziali ("limitazione della finalità");

c. adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati ("minimizzazione dei dati");

d. esatti e, se necessario, aggiornati; devono essere adottate tutte le misure ragionevoli per cancellare o rettificare tempestivamente i dati inesatti rispetto alle finalità per le quali sono trattati ("esattezza");

e. conservati in una forma che consenta l'identificazione degli interessati per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati; i dati personali possono essere conservati per periodi più lunghi a condizione che siano trattati esclusivamente a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici, conformemente all'art. 89, par. 1, fatta salva l'attuazione di misure tecniche e organizzative adeguate richieste dal (...) Regolamento a tutela dei diritti e delle libertà dell'interessato ("limitazione della conservazione");

f. trattati in maniera da garantire un'adeguata sicurezza dei dati personali, compresa la protezione, mediante misure tecniche e organizzative adeguate, da trattamenti non autorizzati o illeciti e dalla perdita, dalla distruzione o dal danno accidentali ("integrità e riservatezza").

2. Il titolare del trattamento è competente per il rispetto del par. 1 e in grado di provarlo ("responsabilizzazione")».

Il trattamento (art. 6) è lecito solo se, e nella misura in cui, ricorra almeno una delle seguenti condizioni:

a. l'interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità;

b. il trattamento è necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso;

c. il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento;

d. il trattamento è necessario per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica;

e. il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento;

f. il trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore».

7. Quali sono gli obblighi delle imprese

Le aziende sono ormai chiamate ad occuparsi, anche in via ufficiale, della protezione dei loro sistemi informativi e della tutela dei propri dati, operando regolarmente controlli di sicurezza delle reti e delle infrastrutture, attuando politiche e procedure di sicurezza, e procedendo alla formazione degli utenti di sistemi informativi con riferimento al corretto utilizzo degli stessi.

Il Regolamento impone, ai titolari del trattamento, una serie di nuovi obblighi che derivano dai principi di base del GDPR e in particolare dal principio di trasparenza rafforzata nei metodi di raccolta, elaborazione e conservazione dei dati e dal nuovo principio di responsabilizzazione, secondo il quale il responsabile del trattamento è tenuto a conformarsi a tutti i principi relativi al trattamento dei dati personali e deve essere in grado di dimostrare di averlo fatto.

Ogni responsabile del trattamento (art. 30) e, ove applicabile, il suo rappresentante, tengono un registro delle attività di trattamento svolte sotto la propria responsabilità. Tale registro contiene tutte le seguenti informazioni:

a. il nome e i dati di contatto del titolare del trattamento e, ove applicabile, del contitolare del trattamento, del rappresentante del titolare del trattamento e del responsabile della protezione dei dati;

b. le finalità del trattamento;

c. una descrizione delle categorie di interessati e delle categorie di dati personali;

d. le categorie di destinatari ai quali i dati personali sono stati o saranno comunicati, compresi i destinatari di Paesi terzi od organizzazioni internazionali;

e. ove applicabile, i trasferimenti di dati personali verso un Paese terzo o un'organizzazione internazionale, compresa l'identificazione del Paese terzo o dell'organizzazione internazionale e, per i trasferimenti di cui al secondo comma dell'art. 49, la documentazione delle garanzie adeguate;

f. ove possibile, i termini ultimi previsti per la cancellazione delle diverse categorie di dati;

g. ove possibile, una descrizione generale delle misure di sicurezza tecniche e organizzative di cui all'art. 32, par. 1.

Tenuto conto (art. 24) della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, nonché dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire, ed essere in grado di dimostrare, che il trattamento è effettuato conformemente al presente Regolamento.

Tenendo conto (art. 32) dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'oggetto, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche del rischio di varia probabilità e gravità per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare del trattamento e il responsabile del trattamento mettono in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio, che comprendono, tra le altre, se del caso:

- a.* la pseudonimizzazione e la cifratura dei dati personali;
- b.* la capacità di assicurare su base permanente la riservatezza, l'integrità, la disponibilità e la resilienza dei sistemi e dei servizi di trattamento;
- c.* la capacità di ripristinare tempestivamente la disponibilità e l'accesso dei dati personali in caso di incidente fisico o tecnico;
- d.* una procedura per testare, verificare e valutare regolarmente l'efficacia delle misure tecniche e organizzative al fine di garantire la sicurezza del trattamento.

2. Nel valutare l'adeguato livello di sicurezza, si tiene conto in special modo dei rischi presentati dal trattamento che derivano in particolare dalla distruzione, dalla perdita, dalla modifica, dalla divulgazione non autorizzata o dall'accesso, in modo accidentale o illegale, a dati personali trasmessi, conservati o comunque trattati.

In caso di violazione dei dati personali (art. 33), il titolare del trattamento notifica la violazione all'autorità di controllo competente a norma dell'art. 55 senza ingiustificato ritardo e, ove possibile, entro 72 ore dal momento in cui ne è venuto a conoscenza, a meno che sia improbabile che la violazione dei dati personali presenti un rischio per i diritti e le libertà delle persone fisiche. Qualora la notifica all'autorità di controllo non sia effettuata entro 72 ore, è corredata dei motivi del ritardo.

8. In quali circostanze si designa un Responsabile della protezione dei dati (art. 37)

Il titolare del trattamento e il responsabile del trattamento designano un responsabile della protezione dei dati ogniqualvolta:

- a.* il trattamento è effettuato da un'autorità pubblica o da un organismo pubblico, eccettuate le autorità giurisdizionali quando esercitano le loro funzioni giurisdizionali;
- b.* le attività principali del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento consistono in trattamenti che, per loro natura, ambito di applicazione e/o finalità, richiedono il monitoraggio regolare e sistematico degli

interessati su larga scala (a titolo indicativo: ospedali, società di elaborazione di sistemi di sorveglianza e di sicurezza); oppure

c. le attività principali del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento consistono nel trattamento, su larga scala, di categorie particolari di dati personali di cui all'art. 9 o di dati relativi a condanne penali e a reati di cui all'art. 10 (a titolo indicativo: istituti di credito, ospedali, compagnie di assicurazione, aziende informatiche, società di elaborazione dei dati di consumo).

Il responsabile della protezione dei dati è designato in funzione delle qualità professionali, in particolare della conoscenza specialistica della normativa e delle prassi in materia di protezione dei dati, e della capacità di assolvere i compiti di cui all'art. 39.

Il responsabile della protezione dei dati può essere un dipendente del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento oppure assolvere i suoi compiti in base a un contratto di servizi.

Il responsabile della protezione dei dati (art. 39) è incaricato almeno dei seguenti compiti:

a. informare e fornire consulenza al titolare del trattamento o al responsabile del trattamento nonché ai dipendenti che eseguono il trattamento in merito agli obblighi derivanti dal presente Regolamento nonché da altre disposizioni dell'Unione o degli Stati membri relative alla protezione dei dati;

b. sorvegliare l'osservanza del presente Regolamento, di altre disposizioni dell'Unione o degli Stati membri relative alla protezione dei dati nonché delle politiche del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento in materia di protezione dei dati personali, compresi l'attribuzione delle responsabilità, la sensibilizzazione e la formazione del personale che partecipa ai trattamenti e alle connesse attività di controllo;

c. fornire, se richiesto, un parere in merito alla valutazione d'impatto sulla protezione dei dati e sorvegliarne lo svolgimento ai sensi dell'art. 35;

d. cooperare con l'autorità di controllo;

e. fungere da punto di contatto per l'autorità di controllo per questioni connesse al trattamento, tra cui la consultazione preventiva di cui all'art. 36, ed effettuare, se del caso, consultazioni relativamente a qualunque altra questione.

9. Quali sono le sanzioni in caso di mancata applicazione del Regolamento

L'art. 58 definisce i poteri di ogni autorità di controllo mentre l'art. 83 indica le sanzioni associate a tali poteri.

I poteri di cui dispone l'autorità di controllo consistono nell'imporre misure correttive, quali avvertimenti, ammonimenti, limitazioni e ordini di rettifica, oltre che nel comminare sanzioni amministrative, a seconda delle circostanze, a norma dell'art. 83 del Regolamento.

Ogni autorità di controllo provvede affinché le sanzioni amministrative pecuniarie inflitte in relazione alle violazioni del Regolamento siano in ogni singolo caso effettive, proporzionate e dissuasive. Le sanzioni amministrative pecuniarie sono inflitte, in funzione delle circostanze di ogni singolo caso, in aggiunta o in alternativa alle misure di cui all'art. 58.

L'importo delle sanzioni, a seconda delle violazioni, è riportato nella tabella riportata nella pagina seguente.

Ogni Stato membro può prevedere norme che dispongano se e in quale misura possano essere inflitte sanzioni amministrative pecuniarie ad autorità pubbliche e organismi pubblici istituiti in tale Stato membro.

Inoltre, gli Stati membri stabiliscono le norme relative alle altre sanzioni per le violazioni del Regolamento in particolare per le violazioni non soggette a sanzioni amministrative pecuniarie a norma dell'art. 83, e adottano tutti i provvedimenti necessari per assicurarne l'applicazione. Tali sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive.

2. Ogni Stato membro notifica alla Commissione le disposizioni di legge adottate ai sensi del par. 1 al più tardi entro 25 maggio 2018, e comunica senza ritardo ogni successiva modifica.

10. Certificazione e Organismi di certificazione

Ai sensi dell'art. 42 del Regolamento, gli Stati membri, le autorità di controllo, il comitato e la Commissione incoraggiano, in particolare a livello di Unione, l'istituzione di meccanismi di certificazione della protezione dei dati nonché di sigilli e marchi di protezione dei dati allo scopo di dimostrare la conformità al Regolamento dei trattamenti effettuati dai titolari del trattamento e dai responsabili del trattamento. Sono tenute in considerazione le esigenze specifiche delle micro, piccole e medie imprese.

Sanzioni nel Regolamento (Ue) n. 2016/679	
Importo della sanzione	Tipo di infrazione
<p>fino a 10.000.000 EUR, o per le imprese, fino al 2% del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente, se superiore</p>	<p>obblighi del <i>titolare del trattamento e del responsabile del trattamento</i> a norma degli artt. 8, 11, da 25 a 39, 42 e 43</p>
	<p>obblighi dell'<i>organismo di certificazione</i> a norma degli artt. 42 e 43</p>
	<p>obblighi dell'<i>organismo di controllo</i> ai sensi dell'art. 41, par. 4</p>
<p>fino a 20.000.000 EUR, o per le imprese, fino al 4% del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente, se superiore</p>	<p>i principi di base del trattamento, comprese le condizioni relative al consenso, a norma degli artt. 5, 6, 7 e 9</p>
	<p><i>i diritti degli interessati</i> a norma degli articoli da 12 a 22</p>
	<p><i>i trasferimenti di dati personali a un destinatario in un paese terzo o un'organizzazione internazionale</i> a norma degli articoli da 44 a 49</p>
	<p><i>qualsiasi obbligo ai sensi delle legislazioni degli Stati membri adottate a norma del capo IX</i> che comprende disposizioni riguardanti specifiche situazioni di trattamento dei dati, come quelle relative a scopi giornalistici e a scopi di espressione accademica, artistica o letteraria, a finalità di trattamento nel contesto di rapporti di lavoro subordinato, a scopi di archiviazione nell'interesse pubblico o a scopi scientifici o di ricerca storica o a fini statistici, nonché a finalità di trattamento dei dati relativi a chiese e associazioni religiose.</p>
	<p>l'inosservanza di un ordine, di una limitazione provvisoria o definitiva di trattamento o di un ordine di sospensione dei flussi di dati dell'autorità di controllo ai sensi dell'art. 58, par. 2, o il negato accesso in violazione dell'art. 58, par. 1.</p>
	<p>l'inosservanza di un ordine da parte dell'autorità di controllo di cui all'art. 58, par. 2.</p>

Ai sensi dell'art. 43, fatti salvi i compiti e i poteri dell'autorità di controllo competente di cui agli artt. 57 e 58, gli organismi di certificazione in

possesso del livello adeguato di competenze riguardo alla protezione dei dati, rilasciano e rinnovano la certificazione, dopo averne informato l'autorità di controllo al fine di consentire alla stessa di esercitare i suoi poteri a norma dell'art. 58, par. 2, lett. h., ove necessario.

11. Indicazioni per la preparazione delle imprese fornite dall'Autorità garante greca (ΑΠΔΠΧ)⁴

1. Aggiornamento - Preparazione: informate le risorse umane della vostra organizzazione riguardo alle prossime modifiche, sottolineandone le gravi conseguenze in caso di eventuali violazioni. Valutate i rischi potenziali per i dati personali da voi raccolti e trattati. Configurate una strategia per fronteggiare i potenziali rischi mediante l'adozione di misure tecniche e organizzative.

2. Registrazione: avete l'obbligo di tenere specifici archivi di trattamento dei dati? In caso di risposta affermativa, registrate attentamente tutti i dati da voi conservati e trasmettete i trattamenti che effettuate, il loro scopo e la relativa base giuridica.

3. Controllo di conformità: verificate costantemente che nel trattamento dei dati siano rispettati i principi che disciplinano il trattamento legittimo dei dati personali e che siano rispettati i diritti della persona interessata.

4. Controllo del consenso: verificate i metodi per assicurarvi del consenso relativo a qualsiasi scopo di trattamento dei dati personali da voi perseguito.

5. Revisione delle politiche e delle procedure di protezione dei dati: aggiornate le procedure per la gestione delle richieste e la tutela dei diritti dei cittadini, in particolare di quelli relativi alla cancellazione dei dati (diritto all'oblio) o alla consegna degli stessi in un formato elettronico leggibile (portabilità dei dati).

6. Valutazione d'impatto: dovrete essere in grado di valutare le probabilità di occorrenza dei rischi e le loro conseguenze sui dati personali.

7. Responsabile protezione dei dati: a seconda dell'attività che svolgete, considerate se sia necessario designare un «Responsabile della protezione dei dati».

8. Violazione dei dati: adottate metodi opportuni per rilevare, registrare e indagare eventuali violazioni. Possedete una procedura per notificare le violazioni all'Autorità di controllo e alle persone interessate?

⁴ Reperibili sul sito internet <http://www.dpa.gr/pls/portal/url/ITEM/67829E630933141AE050A8C07D2435D8>.

9. *Attività svolta in più di uno Stato membro*: in questo caso, siete tenuti a suggerire quale è lo Stato in cui svolgete principalmente la vostra attività.

10. *Trasferimento di dati al di fuori dell'UE*: se trasmettete dati a Paesi terzi, scegliete un meccanismo di trasmissione, come ad esempio le Norme Vincolanti d'Impresa (BCRs), le Clausole Contrattuali Standard (SCC), le certificazioni al Privacy Shield (per gli Stati Uniti).

Iannis Tsamichas*

SINTESI

Questo saggio tratta delle sfide, dei pericoli e delle opportunità relative al rapporto tra dati personali e normativa legale. In particolare, riguarda l'applicazione del GDPR secondo la legislazione greca e dell'Unione europea.

ABSTRACT

This essay discusses the challenges, dangers and opportunities involved in the engagement between personal data and legal regulation. Specifically, it regards the application of the GDPR according to the Greek and European Union legislation.

* Avvocato / Foro di Atene (Grecia)

Relazione presentata al Convegno AIGLI (Associazione Internazionale Giuristi di Lingua Italiana), Stresa, 27-30 settembre 2018

APPLICAZIONE DEL REGOLAMENTO GENERALE SULLA PROTEZIONE DEI DATI AI DATI PERSONALI DEGLI AVVOCATI FRANCESI: UN'ESPERIENZA PRATICA

Nei mesi di giugno e luglio 2018 si potevano individuare su internet i dati personali di ogni avvocato francese circa la sua attività professionale in materia giudiziaria.

In particolare, non solo la durata di attività ma anche i dati circa la natura dei clienti, i settori trattati, le percentuali e l'evoluzione del giro d'affari dall'inizio dell'attività professionale.

Le informazioni si ottenevano cercando su un motore di ricerca il nome e cognome dell'avvocato considerato, aggiungendo la menzione: «*avvocato di tale città*» e la dicitura «*doctrine*».

Essendome accorto per caso su un treno, tornando da una perizia nel Sud della Francia, grazie ad una simpatica viaggiatrice che non conoscevo prima e che fece subito una ricerca internet sul mio nominativo, ne fui sorpreso e ne informai poco dopo per *e-mail* il presidente in carica ed un precedente presidente del consiglio dell'ordine degli avvocati del foro di Parigi, che si mostrarono non al corrente e molto sorpresi.

Detto questo, visto il tema del presente Convegno, dopo avere fatto una nuova ricerca questi ultimi giorni sul sito internet di cui sopra, constatato che nonostante rimangono talune informazioni, i dati più sensibili sono stati tolti.

Non si sa se ciò sia dovuto al mio intervento. Il fatto è che la modifica è drastica ed è intervenuta dopo l'entrata in vigore in Francia del RGPD (*Règlement Général sur la Protection des Données personnelles et ressources humaines*) in data 25 maggio 2018.

Jean-François Sampieri-Marceau*

SINTESI

Questo piccolo intervento narra un'esperienza di avvocato francese riguardo ai propri dati sul web.

ABSTRACT

This short statement narrates the experience of a French lawyer with his own data on the web.

* Avocat à la Cour d'appel de Paris

Intervento al Convegno AIGLI (Associazione Internazionale Giuristi di Lingua Italiana), Stresa, 27-30 settembre 2018

LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI IN BRASILE: I PRINCIPALI ASPETTI DELLA LEGGE N. 13.709/2018

Sommario: **1. Definizioni** - **2. Fondamenti e condizioni per il trattamento dei dati** - **Finalità specifica e consenso** - **3. Diritti acquisiti dai titolari** - **4. Applicabilità** - **5. Responsabilizzazione e sanzioni.**

Il 14 agosto 2018 è stata promulgata dal Presidente della Repubblica la legge n. 13.709, che è la prima Legge generale di protezione dei dati personali (LGPDP) in Brasile e che definisce le situazioni nelle quali i dati personali possono essere raccolti e trattati, *online* o con altri metodi, sia dai privati sia dalla pubblica amministrazione. Molto ispirata al Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali (*General Data Protection Regulation - GDPR*), che è entrato in vigore recentemente, la nuova legge rappresenta un avanzamento del Brasile per quel che riguarda il trattamento dei dati.

La LGPDP entrerà in vigore il 15 febbraio 2020, diciotto mesi dopo la sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale (*Diário Oficial da União*) e, durante questo periodo, le aziende pubbliche e private dovranno adattarsi a un modello che è già praticato in grande parte dei Paesi del mondo.

1. Definizioni

La nuova regolamentazione definisce come «dato personale» tutte le informazioni che possano essere utilizzate per identificare una persona. In questo senso, sono considerati dati personali il nome o il soprannome, l'indirizzo di residenza, l'indirizzo elettronico, il numero di carta di identità, i dati di localizzazione, l'indirizzo IP, lo storico di navigazione, ecc.

Nell'ambito dei dati personali i «dati sensibili», riguardano l'origine razziale o etnica, la convinzione religiosa, l'opinione politica, l'affiliazione a sindacato o a organizzazione di carattere religioso, filosofico o politico, i dati relativi alla salute o alla vita sessuale, i dati genetici o biometrici. La legge stabilisce che i registri di tali dati sensibili devono ricevere un trattamento differenziato e il livello più alto di protezione, per evitarne qualsiasi abuso o discriminazione.

La legge distingue il *controllore*, persona fisica o giuridica, di diritto pubblico o privato, al quale spettano le decisioni relative al trattamento dei dati personali, dall'*operatore*, persona fisica o giuridica, di diritto pubblico o privato, che provvede al trattamento dei dati a nome del controllore.

2. Fondamenti e condizioni per il trattamento dei dati - Finalità specifica e consenso

Con la nuova legge, per ottenere e trattare i dati personali – con qualsiasi mezzo e tipo di supporto (cartaceo, elettronico, sonoro, immagine, ecc.) – è obbligatorio il consenso del titolare, salvo che il trattamento sia necessario per:

- a. l'adempimento di obbligo legale o regolamentare da parte del responsabile per il trattamento;
- b. l'esecuzione di politiche pubbliche;
- c. lo svolgimento di studi da parte di organi di ricerca, senza l'individualizzazione della persona;
- d. la protezione della vita o dell'integrità fisica del titolare o di terzi;
- e. la tutela della salute, con procedura realizzata da professionisti dell'area o da entità sanitarie;
- f. l'esecuzione di contratto o procedure preliminari relative a un contratto;
- g. richieste in procedure giudiziali, amministrative o arbitrali;
- h. la protezione del credito, nei termini del Codice di Difesa del Consumatore.

Ogni volta che un'azienda richiede dei dati personali, deve informare sulla finalità (legittimo interesse) e fornire all'utente l'opzione di concordare o meno con la raccolta dei suoi dati. Se il titolare accetta di fornire i suoi dati, l'azienda avrà il diritto di trattarli, purché in conformità con la legge e sempre osservando la finalità specifica dichiarata al momento della richiesta del consenso da parte dell'utente.

Per quanto riguarda il consenso, è importante rilevare che il controllo-

re deve essere capace di dimostrare che l'autorizzazione è stata data in modo inequivoco, senza pregiudizio del diritto del titolare di ritirare il suo consenso in qualsiasi momento. Il consenso del titolare dovrà essere richiesto anche per la trasmissione dei dati ad altri controllori, salvo nelle ipotesi di esonero previste dalla legge. Qualora i titolari abbiano reso i propri dati personali manifestamente pubblici, il consenso non sarà necessario per il trattamento.

Una volta ottenuto il diritto di trattare i dati, le aziende avranno una serie di adempimenti da osservare:

- i.* eliminare i dati non appena raggiunta la finalità, salvo in caso di provvedimento giuridico contrario;
- ii.* notificare ai titolari e all'autorità competente una comunicazione per informarli in caso di incidente comportante la perdita di informazioni;
- iii.* adottare misure di sicurezza per evitare accessi non autorizzati, perdita, trasferimento, modifica o qualsiasi altra operazione illecita di trattamento.

Il trattamento dei dati personali di bambini e adolescenti potrà essere eseguito soltanto con il consenso specifico di almeno uno dei genitori o del responsabile legale. In questi casi, l'operatore dovrà mantenere pubblica l'informazione relativa ai tipi di dati raccolti, al loro modo di utilizzo e alle procedure per l'esercizio dei diritti previsti nella legge. La raccolta dei dati personali di bambini e adolescenti senza il consenso dei genitori può essere fatta soltanto se i dati servono a contattare i responsabili, utilizzati un'unica volta e senza la loro registrazione. Inoltre, la partecipazione di bambini e adolescenti a giochi, applicazioni di internet e altre attività non potrà essere condizionata alla fornitura di dati.

3. Diritti acquisiti dai titolari

Come risultato della nuova regolamentazione, il titolare ha acquisito una serie di diritti importanti, come la possibilità di accedere ai suoi dati registrati dalle aziende, che gli dovranno essere forniti senza difficoltà od ostacoli, nel modo più rapido e semplice. Il titolare potrà inoltre richiedere la correzione di dati non esatti o non aggiornati, nonché l'esclusione di tali informazioni.

La legge n. 13.709/2018 permette, inoltre, che il titolare dei dati avanzi richieste sui risultati delle analisi o sulle decisioni che siano state prese esclusivamente in base al loro trattamento automatizzato, come le note di credito o i profili di consumo.

4. Applicabilità

La legge si applica a qualsiasi operazione di trattamento realizzata con dati personali in territorio brasiliano, purché:

- a. le attività di trattamento siano relative all'offerta di beni o servizi in Brasile o a titolari che si trovino in Brasile; o
- b. i dati personali da trattarsi all'estero siano stati raccolti in territorio brasiliano.

Come conseguenza, la legge sarà anche applicabile a società con sede all'estero, nel caso in cui si versi in una delle ipotesi di cui sopra.

Il trasferimento internazionale dei dati sarà permesso soltanto per Paesi il cui regime giuridico consenta un «livello adeguato» di protezione oppure se l'azienda responsabile per il trasferimento garantisca l'adempimento della legge brasiliana.

La legge non sarà applicata al trattamento dei dati realizzato a fini esclusivamente privati e non economici. Non sarà neanche applicabile a fini giornalistici, artistici, accademici, di sicurezza pubblica, di difesa nazionale, sicurezza dello Stato e attività di investigazione e repressione di infrazioni penali.

La pubblica amministrazione non può concedere ad aziende private i dati personali che si trovino nelle proprie banche dati, salvo che si tratti di dati che siano già accessibili al pubblico.

Inoltre, la legge non si applica in relazione ai dati personali anonimizzati, cioè quelli sottoposti ad un processo irreversibile di "anonimizzazione" e per questo non possono essere associati a una persona fisica identificata o identificabile.

5. Responsabilizzazione e sanzioni

In caso di infrazione alla legge, chi abbia violato la legge sarà assoggettato a una pena di avvertimento, multa semplice o multa giornaliera, sospensione parziale o totale di funzionamento e altre sanzioni, come la pubblicità della decisione di condanna. Le multe possono raggiungere fino al 2% del fatturato dell'azienda o del suo gruppo economico in Brasile, purché tale valore non oltrepassi l'ammontare di R\$ 50 milioni. Le sanzioni applicabili possono essere attenuate qualora sia comprovata l'esistenza di programmi di *compliance* per la protezione dei dati.

Nei termini della nuova legge, gli operatori sono solidalmente responsabili con i controllori in caso di violazione delle disposizioni normative o in caso di non osservanza delle istruzioni fornite dal controllore.

È importante rilevare che il testo originale del progetto di legge (che ha generato la legge n. 13.709/2018) prevedeva la creazione di una autorità di *enforcement*, l'Autorità Nazionale di Protezione dei Dati – ANPD, un ente autarchico speciale con la competenza di curare la protezione dei dati, controllare e applicare le sanzioni. Tuttavia, tale previsione è stata vietata dal Presidente della Repubblica, che dovrà varare, nei prossimi mesi, una normativa per regolamentare l'applicazione della nuova legge, includendo la previsione dell'autorità competente per la sua fiscalizzazione, aspetto ancora non definito.

Samantha Alvares - Geórgia Costa - Ellen Key Passini*

SITOGRAFIA

<https://jconline.ne10.uol.com.br/canal/politica/nacional/noticia/2018/08/18/lei-de-protecao-de-dados-trara-impactos-a-pessoas-empresas-e-governos-351441.php>

<https://www12.senado.leg.br/noticias/infograficos/2018/07/lei-vai-coibir-violacao-e-mau-uso-de-dados>

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/07/10/projeto-de-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais-e-aprovado-no-senado>

<https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2018/08/temer-sanciona-lei-de-protecao-de-dados-com-veto-orgao-de-supervisao.html>

<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/primeiras-impressoes-da-nova-lei-geral-de-protecao-de-dados/>

SINTESI

Il 14 agosto, 2018 è stata emanata la legge n. 13.709/2018, la prima legge brasiliana di protezione dei dati personali («LGPD»), che entrerà in vigore il 15 febbraio 2020.

Ampiamente ispirata al Regolamento europeo per la protezione dei dati («GPDR»), la LGPD rappresenta un progresso per il Brasile in materia di trattamento dei dati personali, mettendolo in condizioni di parità con molti Paesi che possiedono già una regolamentazione sul tema.

La nuova normativa definisce le situazioni in cui i dati personali possono essere raccolti e trattati, sia da aziende private sia da parte della pubblica amministrazione, attribuisce una serie di diritti ai titolari dei dati e stabilisce, anche, sanzioni in caso di violazioni, tra cui multe e sospensione operativa.

* Passini & Alvares Sociedade de Advogados - www.passinialvares.com.br.

Relazione presentata al Convegno AIGLI (Associazione Internazionale Giuristi di Lingua Italiana), Stresa, 27-30 settembre 2018

Il campo di applicazione della LGPD è ampio: incide, infatti, su tutte le attività imprenditoriali che richiedono l'uso di dati personali, e non si restringe ai limiti geografici del Brasile, potendo applicarsi anche alle società con sede all'estero.

In questo modo, la nuova legislazione motiverà aggiustamenti e cambiamenti importanti nel modo in cui le aziende e la pubblica amministrazione gestiscono i dati personali in Brasile.

ABSTRACT

In August 14th, 2018 the Law n. 13.709/2018, the first Brazilian General Data Protection Law (LGPD) was sanctioned, and it will be effective from February 15th, 2020.

Strongly inspired by the European General Data Protection Regulation – GDPR, the LGPD represents a Brazilian advance in data treatment, placing it in a position of equality with many countries that already have a regulation about the matter.

The new legislation establishes the situations in which the personal data can be collected and treated, both by private companies and the Public System, attributes a series of rights to the data holders, and also establishes sanctions in the case of legislation infringement, including fines and suspension of operation.

The LGPD scope of application is broad, applying to all the business activities that involve the use of personal data, and is not restricted to the geographical limits of Brazil, may be applied even to companies with head offices abroad.

In this way, the new legislation will motivate adequacies and important changes in the way companies and the Public System deal with the management of personal data in Brazil.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Sommario: 1. *La rivoluzione nella protezione dei dati personali* - 2. *Libertà individuale o fastidio inutile?*

Concludendo i lavori del XXXI Convegno annuale dell'AIGLI emergono due domande generali:

1. siamo in presenza di una rivoluzione nella protezione dei dati personali?
2. il GDPR ha creato un aumento di libertà individuale o è soprattutto un fastidio per le imprese?

1. La rivoluzione nella protezione dei dati personali

Il titolo dei lavori del XXXI Convegno annuale dell'AIGLI è «*La rivoluzione nella protezione dei dati personali*». Durante la preparazione del convegno, il Consiglio dell'AIGLI dapprima ha preso in considerazione un titolo più modesto per i lavori: «*La protezione di dati personali*»; in seguito, invece, ha scelto la formulazione «*La rivoluzione ...*» – anche per rendere il titolo più divertente ed eventualmente più attraente per molti.

Traendo le conclusioni dei lavori – al termine delle discussioni di oggi – mi chiedo se abbiamo avuto ragione ad aggiungere al titolo l'espressione «*La rivoluzione*». Per rispondere a questa domanda, a mio avviso, bisogna distinguere tra l'impatto oggettivo giuridico e quello soggettivo del tema affrontato.

In *modo oggettivo* si giunge magari alla conclusione che non si tratta di una rivoluzione. Già dal 1995 esistevano la direttiva sulla tutela dei dati

personali (direttiva n. 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 circolazione di tali dati) e le rispettive leggi di attuazione nei singoli Stati membri della Comunità europea. Regole corrispondenti esistevano da tempo anche in Paesi al di fuori della Comunità europea. Ora abbiamo il Regolamento generale sulla protezione dei dati (in breve «GDPR» - Regolamento (Ue) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva n. 95/46/Ce) e di nuove leggi di attuazione laddove il Regolamento GDPR ha lasciato "spazio" per i singoli Stati membri.

In sostanza, i principi generali sono sempre più o meno i medesimi. La rivoluzione oggettiva è forse soprattutto nelle sanzioni. Per il resto qualcuno potrebbe dire che non c'è nessuna rivoluzione, che è una normale riforma con tentativo di unificazione comunitaria. Questo potrebbe essere, in sintesi, il risultato di una riflessione sull'impatto giuridico oggettivo.

La mia impressione però è diversa se guardo *all'impatto soggettivo* e agli sviluppi degli ultimi due-tre anni. Si può certamente parlare di un movimento o di un'ondata che – come uno tsunami – ha colpito le aziende e le professioni di consulenza legale e infine ha prodotto anche riflessi mediatici notevoli.

Mi sembra che non ci sia avvocato che non sia stato coinvolto in qualche modo (qualcuno di più, qualcuno di meno) e sicuramente nessuna azienda che non abbia sentito la necessità di occuparsi di quest'argomento. Nessuno di noi che non abbia ricevuto un'incredibile ondata di e-mail per chiedere il nostro consenso o per informarci su chi intendesse fare che cosa con i nostri dati personali. (Approfitto dell'occasione per osservare che – a mio avviso – molte di queste e-mail erano inutili non solo perché erano un fastidio per la loro quantità, ma anche dal punto di vista legale).

Tutti questi sviluppi hanno avuto la conseguenza di far diventare l'argomento della tutela dei dati personali – in passato uno dei tanti temi della c.d. "*compliance*" nell'ordinamento giuridico e nell'ottica delle imprese e degli individui – un tema di rilevanza e di tendenza.

Fatto è che negli ultimi due-tre anni nessun altro argomento giuridico ha creato come questo un'attenzione e una consapevolezza sia da parte dei consulenti legali sia da parte di tutte le aziende e addirittura dai *mass media*.

Concludendo la riflessione sulla questione se si tratti o meno di «rivoluzione», dal punto di vista dell'impatto oggettivo giuridico si può arrivare a opinioni divergenti.

Invece, per quanto riguarda l'impatto soggettivo, sostengo che sia la

consapevolezza sull'esistenza e sulla rilevanza della materia da parte dei titolari e degli interessati sia la richiesta di consulenza sul tema hanno visto un cambiamento notevole che si potrebbe bene chiamare «rivoluzione».

2. Libertà individuale o fastidio inutile?

Alla luce dei nostri lavori, ma non solo, ci si può chiedere se gli sviluppi nell'ambito della protezione dei dati personali (e, in particolare, in Europa il Regolamento GDPR) abbiano portato un aumento della libertà individuale o se invece – come ritenuto da molte persone – sia soprattutto un fastidio inutile.

Si tratta di punti di vista. È, infatti, molto diffusa la percezione che il GDPR sia considerato dalle *aziende* un *fastidio*. Anche alcuni degli *individui* interessati ritengono che comunque a loro non importi.

Ma torniamo al punto di vista dell'individuo interessato: in numerosi seminari sul tema, da noi organizzati per varie imprese, ho chiesto ai partecipanti che cosa pensassero in qualità di individui interessati, quindi nel ruolo di soggetti di tutela del Regolamento. Un'opinione molto diffusa, espressa dai presenti, era la seguente: «*Non m'interessa, non ho mica niente da nascondere*». Tale considerazione, però, per il singolo potrebbe rivelarsi abbastanza pericolosa nel proprio futuro.

Il Regolamento GDPR – indipendentemente dal fatto che lo si consideri una rivoluzione o una normale riforma – ha per lo meno coinvolto tantissime persone in un processo di riflessione e discussione sull'argomento. Anche se molti oggi credono che per loro non fosse un problema essere trasparenti penso che invece ogni persona abbia interesse a non essere trasparente, in particolare nei confronti di grandi aziende e di Stati.

La storia purtroppo insegna che le informazioni sugli individui che oggi non sembrano importanti o delicate, domani possono essere decisive o pericolose e di conseguenza limitare la libertà individuale.

Ritengo che l'aumento della consapevolezza sia già in corso e che, a prescindere dal fatto che il Regolamento GDPR sia un provvedimento legislativo correttamente adottato e applicato, esso rappresenti una norma *per cercare di rafforzare le nostre libertà individuali* mettendoci a disposizione strumenti per *proteggere* i nostri dati personali o tentare di *riprenderne il controllo*, avendo finora forse omesso di curarcene con attenzione. Meglio un legislatore che introduca nuove norme con l'intenzione di aumentare la libertà individuale invece di uno che le introduca con l'intento contrario.

Rivolgo quindi il mio sguardo al futuro, curioso di scoprire quale sarà la prossima grande questione di politica giuridica che avrà un effetto simile nelle professioni di consulenza legale e nella coscienza della società in generale.

Ringrazio tutti i partecipanti al nostro Convegno.

Claudio Arturo*

SINTESI

Il presente testo cerca una risposta alla domanda se il GDPR abbia portato una rivoluzione nella protezione dei dati personali o meno. Inoltre, cerca di valutare se il GDPR debba essere considerato soprattutto un aumento del "fastidio burocratico" per le varie imprese che lo devono applicare o se invece comporti un "aumento di libertà individuale" di ciascuno.

ABSTRACT

This text tries to find an answer to the question whether the GDPR has brought a revolution in the protection of personal data or not. In addition, the text aims to assess whether the GDPR should be considered primarily as an increase in "bureaucratic nuisance" for the various companies that have to apply it or whether instead it is an "increase in individual freedom" of everyone.

* Rechtsanwalt / Mediator, socio dello Studio legale PFKA - Esslinggasse 5/14 - 1010 Wien (Austria) - Telefon: +43 1 586 21 80 - claudio.arturo@pfka.eu - www.pfka.eu

Relazione presentata al Convegno AIGLI (Associazione Internazionale Giuristi di Lingua Italiana), Stresa, 27-30 settembre 2018

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

CARLO CATTANEO E LO SPIRITO D'IMPRESA: RICOMINCIAMO DA CARLO CATTANEO*

Che questa Università sia intitolata a Carlo Cattaneo non è frutto del caso ma di una precisa raccomandazione del Comitato scientifico formato oltre che dal sottoscritto, che lo coordinò, da studiosi del calibro di Giorgio Fuà, Hyman Minsky, Camillo Bussolati, Gerardo Broggin, Sergio Noja e che si giovò della collaborazione esterna di Paolo Sylos Labini, Carlo Lacaita e del grande matematico del MIT di Boston e Accademico dei Lincei Gian-Carlo Rota.

Insieme al poderoso progetto scientifico e didattico, infatti, il Comitato formulò la raccomandazione di intitolare l'Università a Carlo Cattaneo. Questa raccomandazione non si basava su aspetti comunicazionali, ma voleva esprimere, con coerenza, il contenuto del progetto che, a sua volta, interpretava la volontà dei promotori. Questi volevano fondare una Università, proveniente dal mondo imprenditoriale, che formasse i giovani a conoscere l'impresa, principale protagonista dello sviluppo economico, a capirne lo spirito ed i valori, a rispettarne le sue varie forme e dimensioni e a far crescere in sé non solo le tecniche manageriali ma la spinta all'im-

* Relazione tenuta il 10 aprile 2019 presso la LIUC - Università Cattaneo di Castellanza al convegno su: «Carlo Cattaneo, ieri e oggi», in occasione della giornata dedicata al 150° anniversario della morte di Carlo Cattaneo (1869-2019).

prenditorialità e all'innovazione. E, dunque, era obbligato il riferimento a Carlo Cattaneo, unico economista italiano (accanto ai contemporanei Giorgio Fuà e Paolo Sylos Labini) che ha capito e inserito nella riflessione economica il ruolo e lo spirito d'impresa e dei suoi principali fattori: intelligenza e volontà, che producono innovazione. Cattaneo è il nostro Schumpeter e si sarebbe certamente trovato perfettamente a suo agio nella definizione di impresa di Schumpeter: chiamiamo impresa il luogo dove si producono innovazioni e chiamiamo imprenditori coloro che le producono.

Molteplici sono i campi nei quali Cattaneo dispiegò il suo poliedrico ingegno e la sua generosa passione, ma in questa sede è importante concentrarsi su Cattaneo economista dell'impresa e dello sviluppo. Più in particolare mi riferirò ai suoi due saggi economici più sistematici e profondi: *Industria e Morale* (1845) e *Del pensiero come principio di economia pubblica* (1861). Il secondo è stato il primo scritto di Carlo Cattaneo mai tradotto in inglese (nel 2001) e distribuito nel mondo accademico americano (Lexington Books, 2003).

È interessante, perché ci porta diritti al cuore del nostro tema, ricordare come si arrivò a questa traduzione ed alla prima edizione americana.

Nel 1994, dopo la bufera di Tangentopoli, Milano era parecchio in ginocchio e spiritualmente depressa. Per tentare di risollevare un po' gli spiriti vitali, come assessore all'economia del Comune, promossi una manifestazione importante: 10 Nobel per Milano. Invitammo a Milano simultaneamente 10 premi Nobel significativi di varie discipline per una serie di incontri in varie sedi con la cittadinanza.

Fu una manifestazione molto ben organizzata, apprezzata dai milanesi e con effetti assai positivi sullo spirito della città. La manifestazione fu poi replicata per altri due o tre anni consecutivi.

Nella prima edizione era presente, tra i dieci Nobel, Gary S. Becker, importante e simpatico economista americano dello sviluppo, lo studioso che più di tutti aveva contribuito a rovesciare il paradigma sino ad allora dominante: il motore dello sviluppo non era il capitale (come sosteneva la teoria dominante) ma la conoscenza (*knowledge*).

Nel corso di un dibattito pubblico io mi rivolsi a Becker con queste parole: «professore io la seguo da tempo, la stimo e condivido le sue idee; ma ci tengo che Lei sappia che, in questa città, 150 anni fa, operò un economista, che si chiamava Carlo Cattaneo, che sosteneva cose molto simili a quelle che sostiene lei, senza ricevere il premio Nobel». Becker simpaticamente mi rispose: «well, send me a translation».

Fu così che mi misi a cercare una traduzione, e scoprii con raccapriccio che mai uno scritto di Carlo Cattaneo era stato tradotto in inglese. Al-

lora, insieme a Carlo Lacaita, facemmo fare (al giurista e amico Avv. Ruggero Palma di Castiglione) una traduzione inglese (che riceverà, qualche anno dopo, l'apprezzamento dagli esperti di Lexington Books) e realizzammo una bella edizione bilingue con l'editore italiano Scheiwiller, nel 2001, in occasione del centenario della nascita di Carlo Cattaneo. Due anni dopo (2003), l'editore accademico americano Lexington Books, avendo visto l'edizione italiana, su segnalazione di Michael Novak, filosofo, teologo, economista americano di livello internazionale, ci propose e realizzò una altrettanto bella edizione bilingue che fu diffusa nel mondo accademico americano. Vale la pena leggere insieme l'*incipit* della bella prefazione con la quale Novak ha arricchito l'edizione americana:

«Max Weber's classic paean to the Protestant ethic does not do full justice to the originality of Italian capitalism. And it is not only Weber who has failed to give Italy the accolades it deserves as the birth place of modern institutions: I mean, for example, the capitalist vitality of the cities of Northern Italy well before the advent of Calvinism; the first modern democratic constitutions (those of the Benedictines and the Dominicans); the defense of the rights of civil society, as first set forth by Albertanus of Brescia and St. Tommaso d'Aquino, etc...

In this same vein, the graceful and powerful essays on political economy by Carlo Cattaneo (1801-1869) might long ago have taken their place as classics alongside the work of Adam Smith, David Hume, and John Stuart Mill, except for the accident of not having been (until now) translated into English.

Thanks to Marco Vitale, one of Cattaneo's most significant essays appears here in English for the first time: "On Intelligence as a Principle of Public Economy" (1861). In lively, penetrating prose, rich in historical detail, and with a magnificent sweep across continents and cultures, Cattaneo self-consciously goes beyond Adam Smith to identify mind – that is, intelligence, and also will – as the main cause of the wealth of nations».

Ricevetti numerosi apprezzamenti dal mondo accademico americano per questa realizzazione (v. *infra*).

La verità è che Carlo Cattaneo era già più avanti anche di Becker e della scuola contemporanea della economia della conoscenza (*knowledge economy*). Infatti, il motore dello sviluppo non era, per lui, né il capitale, né il lavoro ma neppure la conoscenza. La conoscenza viene dopo come frutto dell'intelligenza e della volontà:

«Gli atti d'intelligenza che apersero ai popoli le fonti di ricchezza più vaste e universali, hanno dovuto necessariamente antecedere ad ogni produzione diretta, ad ogni ammasso scientifico. Non v'è lavoro, non v'è ca-

pitale, che non cominci con un atto d'intelligenza. Prima d'ogni lavoro, prima d'ogni capitale, quando le cose giacciono ancora non curate e ignote in seno alla natura, è l'intelligenza che comincia l'opera e imprime ad essa per la prima volta il carattere di ricchezza, il valore che hanno le cose non si rivela da sé, è il senno dell'uomo che le scopre... Ecco, nell'infanzia delle genti atteggiarsi le quattro forze produttive: intelligenza, natura, lavoro e capitale, in una serie che sempre e ad ogni volta viene aperta dall'intelligenza... Interamente nelle regioni del pensiero si preparano quindi i destini che danno e tolgono all'improvviso ai popoli e alle classi il possesso della terra e degli altri beni... Chiuso il circolo delle idee resta chiuso il circolo delle ricchezze... L'uomo interiore possiede due forze: *l'intelligenza e la volontà*. La volontà è principio di ricchezza quanto l'intelligenza».

Questa serrata progressione di pensiero testimonia la straordinaria modernità di Cattaneo come pensatore economico. Egli sostiene le sue conclusioni con una ricca serie di esempi storici e geografici che testimoniano le forti radici e la straordinaria modernità del suo pensiero. E noi potremmo arricchire i suoi esempi con molti altri tratti dal nostro tempo. Pensiamo al Venezuela che riceve dalla natura il dono di una grande ricchezza petrolifera che sperpera nel modo che abbiamo sotto gli occhi, infliggendo al suo popolo miserie e sofferenze inaudite. Pensiamo all'Italia che all'inizio degli anni Sessanta grazie all'Olivetti, ad alcuni centri della marina militare, all'Università di Pisa e al Politecnico di Milano, è all'avanguardia nell'elettronica, con Ippolito è all'avanguardia nel nucleare, con Mattei sta conquistando una relativa autonomia nella politica energetica dall'oppressivo monopolio delle sette sorelle petrolifere e nel giro di pochi anni perde tutto e viene implacabilmente relegata in Cat. B, dalla quale, pur tra alti e bassi, non si è più realmente ripresa: chiuso il circolo delle idee resta chiuso il circolo delle ricchezze.

Ma forse l'esempio più convincente della correttezza del pensiero di Cattaneo resta quello della Scozia del Settecento. Arthur Herman, l'autore di *«How the Scots invented the Modern World»* (New York, Three Rivers Press, 2011) scrive: *«Nel Settecento la Scozia era la più povera nazione indipendente d'Europa. Eppure questo paese culturalmente arretrato riuscì a diventare la ruota motrice del progresso europeo»*.

Nessuno all'inizio del Settecento poteva minimamente prevedere che la Scozia del Settecento avrebbe dato i natali ad Adam Smith (fondatore della teoria economica moderna), ad Adam Ferguson (fondatore della sociologia) e James Hutton (fondatore della geologia), a scrittori vigorosi come Walter Scott, a filosofi come David Hume, a fisici come James Maxwell, a inventori come Graham Bell (insieme a Meucci, inventore del

telefono) e James Watt (inventore della macchina a vapore) a Matthew Boulton (un imprenditore che con una serie di innovazioni rese più efficiente e diffondibile la macchina di Watt), a James Young (inventore del metodo di raffinazione del petrolio) e altri.

L'unica cosa certa per gli storici che hanno studiato lo straordinario fenomeno è che una grande influenza fu esercitata sulla Scozia da un importante sacerdote-politico che, sostenendo che tutti i cittadini dovevano poter leggere la Bibbia, riuscì ad imporre un intenso programma di alfabetizzazione che portò la Scozia a raggiungere a metà del Settecento un livello di alfabetizzazione diffusa enormemente superiore a quella dell'Inghilterra.

Mi sono soffermato su questa straordinaria vicenda per sottolineare due fatti. Il primo è la difficoltà di fare previsioni a lungo termine in materia economico-sociale perché c'è sempre, fortunatamente, un cigno nero o bianco che sia che, nel male o nel bene, spariglia le carte e rende la vita delle persone e dei popoli imprevedibile. Non per niente Goethe per indicare il flusso della storia parla «dell'arcano laboratorio di Dio». Il secondo è l'importanza dell'istruzione e dell'intelligenza come fattori primi dello sviluppo, importanza che non è certo una scoperta del nostro tempo. Tutta la scuola italiana del pensiero dello sviluppo e dell'economia civile (dall'illuminismo napoletano a quello lombardo) è pervasa da questo tema sino al vertice rappresentato, a mio giudizio, dal saggio di Carlo Cattaneo sul quale stiamo riflettendo, che è uno dei saggi più potenti mai scritti sulle rare radici dello sviluppo.

E ciò mi porta alla seconda riflessione che voglio fare. C'è chi pensa che lo sviluppo economico inizi solo con l'industrializzazione. E allora Firenze, Siena, Venezia, Genova, i grandi commerci, i grandi imprenditori come il pratese Francesco Datini che, fattosi dal nulla, lasciò ad un istituto di beneficenza un'eredità di 600.000 fiorini d'oro, pari a Kg. 247 di oro fino a 18 carati, e gli esemplari istituti di assistenza sociale come lo Spedale degli Innocenti di Firenze progettato dal Brunelleschi e finanziato sempre dal Datini, tutto questo e tanto altro da dove viene, cosa rappresenta? Naturalmente gli storici veri la pensano in modo diverso, come Braudel, che di Genova scrisse: «*se mai esiste una città diabolicamente capitalista prima dell'età capitalista europea e mondiale è proprio Genova, opulenta e sordida nello stesso tempo*» e ricorda che le galere genovesi istituirono un servizio regolare di linea tra Genova e Bruges nel 1295 e ci parla dei grandi scambi tra Genova e Istanbul, la New York del XVI secolo, con 700.000 abitanti (contro i 300.000 di Parigi, i 200.000 di Napoli, i 100.000 di Londra).

Dobbiamo rifondare molte cose. E nel fare ciò dobbiamo ritrovare, anche nella nostra storia, le radici vere dell'impresa del terzo millennio.

Dobbiamo liberarci dai pestilenziali modelli del capitalismo finanziario e selvaggio di matrice anglosassone, culturalmente e moralmente devastanti, che abbiamo rifilato a molte generazioni per quasi cinquant'anni. E riprendere, invece, i modelli dell'impresa toscana, lombarda, genovese, veneziana, quando l'imprenditore italiano era ai vertici mondiali ed insieme creava modelli di città, di benessere serio, di convivenza civile. Andiamo a Siena a riflettere come i grandi lanaioli e mercanti senesi abbiano, al contempo, creato grande ricchezza ed una grande cattedrale, un grande palazzo del popolo, una grande banca, che proprio nei giorni nostri hanno tentato di distruggere, un grande ospedale, Santa Maria della Scala, organizzazione esemplare per tutta Europa. Siena è la testimonianza viva che non esiste conflitto tra buona economia imprenditoriale e umanesimo civile, in uno sforzo continuo per tenere insieme economia, finanza, buon governo, arti, spiritualità, istituzioni sociali. Andiamo a riflettere sugli affreschi di natura civile sul Buongoverno di Ambrogio Lorenzetti nel Palazzo del Popolo e sugli affreschi di assistenza sociale del grande ospedale (grande impresa) di Santa Maria della Scala.

Il progetto «Welfare» non nasce nell'Ottocento o nel Novecento ma nasce lì, quando istituzioni produttive (imprese), opere di assistenza sociale, cultura, amministrazioni pubbliche, si saldano in un patto di buongoverno che dona frutti meravigliosi, dei quali ancora oggi beneficiamo. *La responsabilità prima degli imprenditori e delle scuole d'impresa è, oggi, quella di collaborare all'uscita da una concezione economica fine a sé stessa, che si è cacciata in un vicolo cieco senza speranza, per ricostruire un nuovo modello di sviluppo economico, sociale culturale, riaprendo ed aggiornando tanti esempi, stimoli, insegnamenti dei quali la nostra storia è così ricca, ricollegandosi anche al Rinascimento, in un approccio colto ed eclettico del quale Cattaneo è uno dei grandi testimoni.*

Dunque intelligenza e volontà, prima dei beni materiali, del capitale, del lavoro ma anche prima della conoscenza. Trovo una rappresentazione grafica della progressione cattaneana in un grafico dell'Ing. Perotto (allora capo della ricerca Olivetti e progettista del Modello 101, il primo computer da tavolo del mondo) che riferendosi alla società contemporanea evidenzia tre stadi di sviluppo: società dell'informazione, società della conoscenza, società dell'intelligenza. Il passaggio dalla società della conoscenza alla società dell'intelligenza è caratterizzato dall'uso che si fa della conoscenza. Intelligenza e volontà, dunque, come fattori principali di sviluppo. E cosa sono questi fattori se non l'essenza dell'impresa e dello spirito d'impresa, anche se Cattaneo non usa questa terminologia, ma parla di industria? Ma la usa questa terminologia un filosofo e teologo domenicano contemporaneo (che ho ragione di ritenere non conosca Cattaneo) che, in un saggio sulla *Spiritualità d'Impresa*, scrive:

«Le due facoltà dello spirito: intelligenza e volontà. Nella tradizione filosofica lo spirito ha due facoltà: l'intelligenza e la volontà... Intelligenza e volontà, per quanto siano facoltà ben distinte dello spirito umano, sono strettamente complementari. L'intelligenza conosce la singola cosa, la mette in relazione con le mie conoscenze precedenti e, soprattutto, con il mio mondo di idee. La volontà apprezza, valuta la cosa conosciuta come cattiva o come buona, se la apprezza come buona allora inizia a desiderarla e amarla. A questo punto, perché il desiderio e l'amore non siano vani e platonici, l'intelligenza comanda il raggiungimento di quel bene apprezzato, cioè la sua realizzazione. E infine, la volontà si mette all'opera». (PADRE GIORGIO CARBONE, *Spiritualità nell'impresa*. Piccola Biblioteca Inaz, 2011).

Ed è proprio qui, in questo incontro tra intelligenza e volontà, che pone le sue redini lo spirito d'impresa.

Queste coincidenze attraverso tempi e discipline diverse sono significative ma non certo sorprendenti. Anzi sono la conferma che il metodo cattaneano della interdisciplinarietà è l'unico metodo che permette di capire qualcosa di ciò che avviene nella società, proprio perché la vita e la società sono, per loro natura, interdisciplinari.

Chi ha meditato profondamente su «*Del pensiero come principio d'economia pubblica*» di Cattaneo non può aver dubbi sul fatto che egli si ponga, ancora oggi, molto più avanti di tanti che rivendicano infondate primogeniture sulla scoperta del valore della conoscenza come fattore di sviluppo, e molto più avanti anche del famoso *Punto Quattro* di Truman (1949). Quando egli parla di «intelligenza e volontà» come fattori centrali dello sviluppo, non si riferisce, infatti, alla formazione ed all'istruzione (attività alle quali peraltro credeva fortemente tanto da dedicare alle stesse il meglio di sé); non si riferisce neanche agli «ammassi scientifici» del Gioia, cioè alla conoscenza accumulata. Egli si riferisce a qualcosa che viene prima, a qualcosa che inizia il processo di emancipazione e di accumulo della conoscenza. All'intelligenza in sé, all'intelligenza non ancora istruita, unita alla volontà di trovare la propria strada, di essere artefici del proprio sviluppo, di operare sulle proprie risorse reali, ad un'attitudine morale e politica. Ecco perché la sua visione è strettamente legata al tema della libertà e soprattutto della libertà di intraprendere e della volontà collettiva e individuale di sviluppo, cioè di quello che oggi chiamiamo lo spirito d'impresa.

La riprova della fondatezza dell'analisi del Cattaneo e l'avanzamento e l'approfondimento delle sue idee sullo sviluppo, non li troviamo nei manuali di economia che, per la maggior parte, ripetono formule stanche di una dottrina morente, ma nella storia viva degli anni Ottanta e Novanta, quando, rottisi gli schemi collettivisti ed oppressivi, si liberano energie

umane e la libertà d'impresa occupa sfere crescenti nel mondo, e l'intelligenza e la volontà di tanti uomini, sotto ogni latitudine e longitudine, avviano allo sviluppo zone immense del mondo, che negli anni Sessanta e Settanta venivano da tutti gli esperti condannate ad un eterno sottosviluppo «per mancanza di capitale». Le visioni di Cattaneo le troveremo nelle grandi inchieste di *Guy Sorman* «*La nouvelle richesse des nations*», Fayard, 1987; «*Le capital, suite et fins*», Fayard, 1994), o in certi libri di storia e teoria d'impresa (come quelli di *Drucker* e di *Gilder*). E, con sorpresa di molti, le ritroveremo in alcune Encicliche della Dottrina Sociale della Chiesa. In parte già nella parte II della *Mater et Magistra* («Anzitutto va affermato che il mondo economico è creazione dell'iniziativa personale»), ma soprattutto nella «*Centesimus Annus*».

Parecchi grandi temi di Cattaneo si sviluppano come derivati della sua tesi di fondo, come: la visione dinamica dell'economia, il ruolo fondamentale della libertà e della concorrenza, l'unitarietà dell'economia, la globalizzazione dell'economia, i rapporti tra economia, industria e ambiente. Sono temi che tratto nella mia postfazione al testo di «*Intelligence as a principle of public economy*», ai quali rimando per non appesantire troppo la presente relazione. Solo un altro punto centrale devo qui citare avviandomi alla conclusione: il rapporto tra Industria e Morale.

Il positivismo di Cattaneo e degli studiosi dei quali è erede è tutt'altro che cieco, tutt'altro che ingenuo, tutt'altro che vittima dell'illusione "sulle magnifiche sorti e progressive". È un positivismo realista, di chi conosce a fondo gli alti e bassi delle vicende umane, di chi conosce la lentezza, la gradualità, la fatica dell'incivilimento, di chi ha sofferto disillusioni generali e personali, di chi sa che solo i processi di sviluppo che nascono dal basso, dalla maturazione collettiva, dalla valorizzazione dei propri talenti, dalla dura fatica intellettuale, materiale e morale, hanno possibilità di consolidamento, di chi, come Cattaneo, ha letto ed interiorizzato il Vico. Ma le difficoltà, le sconfitte, non uccidono la speranza, che non è mai ottuso ottimismo ma è impegno morale. Dai fatti ai pensieri e dai pensieri ai fatti. Per migliorarli, per contribuire, senza che le cadute e le contraddizioni spengano la speranza e l'impegno. Questa è la morale dell'industria e del lavoro, come Cattaneo la illustra in una sua altra splendida pagina, intitolata, appunto: «*Industria e morale*» (Relazione tenuta come relatore alla Società d'Incoraggiamento d'Arti e Mestieri, Milano, 1845, in «*Scritti economici*», ed. Le Monnier, 1956, Volume III): «*Dacché il destino dell'uomo fu quello di vivere coi sudori della fronte, ogni regione civile si distingue dalle selvaggie in questo, ch'ella è un immenso deposito di fatiche... Quella terra (Nota: si riferiva al territorio fra Milano, Lodi, Pavia) adunque, per nove decimi, non è opera della natura; è opera delle nostre*

mani; è una patria artificiale... Sì, un popolo deve edificare i suoi campi, come le sue città... Quindi è necessità, necessità morale, che ogni generazione inalzi i suoi templi e i suoi archi e modelli le sue sculture, e apra nuove vie per alpi e per lagune, e inarchi nuovi ponti non solo ormai sui fiumi, ma sui laghi, ma sui mari e non solo sopra lo specchio delle acque, ma fin per disotto ai tetri loro gorghi».

Dunque l'innovazione come elemento costitutivo dell'industria e dell'impresa, l'innovazione non come un accidente o una cosa eventuale ma come essenza e dovere dell'impresa. Dovere morale.

È qui che intelligenza e volontà, fattori costitutivi ed essenziali dello spirito d'impresa, si saldano con l'innovazione fattore essenziale dello sviluppo o, come dicevano meglio gli studiosi della scuola italiana, dell'incivilimento.

Possiamo dunque concludere con una riflessione sulle parole con le quali Cattaneo chiude il suo poderoso saggio:

«Raccogliendo, diremo che ogni nuovo trattato d'economia pubblica, dovrebbe formalmente classificare tra le fonti della ricchezza delle nazioni l'intelligenza e la volontà: l'intelligenza che scopre i beni, che inventa i metodi e gli strumenti, che guida le nazioni sulle vie della cultura e del progresso; la volontà che determina l'azione e affronta gli ostacoli.

Se i legislatori non possono con un colpo di verga magica creare in ogni paese i beni che la natura ha troppo inegualmente sparsi sulla terra, se non possono moltiplicare a piacimento il numero delle braccia e la potenza del lavoro, se non possono sempre cattivarsi il favore degli arbitri del capitale, certamente possono farsi promotori e vindici della libera intelligenza e della libera volontà.

Aggiunga ogni scrittore a queste nostre una nuova pagina, s'inoltri d'un passo nell'analisi da noi tentata; e una meno imperfetta sintesi della pubblica economia potrà risponder meglio al voto delle nazioni».

Il suo auspicio, la sua raccomandazione non è stata raccolta. Si sono volute percorrere altre vie, quelle del collettivismo e dello statalismo da un lato, quelle dell'economicismo astratto e del liberalismo e dell'individualismo selvaggio e della finanziarizzazione dell'economia dall'altro. Ma oggi il suo metodo, i suoi valori, la sua visione, che rappresentano un punto alto di un'intera tradizione di pensiero italiana, riaffiorano con grande vigore. La faticosa e dolorosa successione degli eventi del ventesimo secolo e dei nostri anni, la riprova dei fatti (alla quale egli ed i suoi predecessori giustamente assegnavano un ruolo decisivo), dimostrano che quei metodi, quei valori, quella visione erano profondamente corretti e sono profondamente attuali. Se la vittoria o la sconfitta di un pensatore e di un educatore

non si misurano sul metro del successo mondano ma sulla capacità delle sue idee di durare e rafforzarsi con il trascorrere del tempo, è giunto il momento di parlare di Carlo Cattaneo vincitore.

Per questo ho dato alla mia relazione un sottotitolo che è un vero e proprio appello:

«RICOMINCIAMO DA CARLO CATTANEO».

Marco Vitale**

«Caro Professore:

My colleague Prof. Leonardo Ligio gave me a copy of your book with Cattaneo's essay. After studying the Late-scholastics I began studying Italian religious authors of the XIXth century (Liberatore, Taparelli, Rosmini...) what a rich tradition. This book by Cattaneo and your essays are jewels and I will write reviews in English and in Spanish. My written Italian is not good but "il mondo ha bisogno di questa luce"».

Alejandro Rismondo Chafuen

«Dear Mr. Marco Vitale,

Thank you very much for sending me the essay by Carlo Cattaneo. It is indeed very interesting and premonitory. I hope that this work will be rediscovered by a large public. Best regards».

Ilya Prigogine (Nobel Prize for chemist -1977)

«Thank you for giving me a copy of the essay by Carlo Cattaneo, with your commentary and very nice inscription.

I have only had limited time so far to examine the book and your essay, but Cattaneo's work seems to be pioneering, and your commentary excellent. I look forward to reading both more carefully in the near future.

With best regards and thank you again.

Sincerely»

Gary S. Becker (Nobel Prize for economics - 1992)

«First let me thank you for the huge pleasure you gave me in your translation of the "Intelligence as a Principle of Public Economy". I enjoyed it at two levels: the beauty of Cattaneo's thinking and the beauty of your translation. As you say, "His hope, his recommendation, has not been followed". Is it too late? I hope that your gift to scholarship will make economists and politicians think again».

Sr. James Black (James Black Foundation)

** Economista d'impresa

L'ATTESA: CHI LA SUBISCE E CHI LA DOMINA PER PROGREDIRE

L'attesa disturba e inquieta numerosissime persone. Per la stragrande maggioranza è un fastidio perché viene percepita come una perdita di tempo.

La quasi totalità la subisce come un ostacolo che impedisce di agire e di operare. Ciò si verifica qualunque sia il motivo dell'attesa: quando l'invitato è in ritardo, quando l'aereo non parte puntualmente o quando il treno non è in orario.

In questi casi, chi deve attendere si indispettisce. Quali consigli possiamo offrirgli?

Il primo lo possiamo ricavare da una geniale intuizione di *Arthur Schopenhauer*, il solo vero filosofo le cui opere possono essere lette tutte da cima a fondo con profitto¹.

Altri consigli e suggerimenti si possono ricostruire facendo riferimento ai testi dei vari autori ripresi ne *Il libro aperto degli aforismi*².

Secondo Schopenhauer «*Si può dividere la società in due categorie: quella delle numerosissime persone che diventano furiose se devono*

¹ «Schopenhauer fece di tutto per essere letto, sia perché scrisse relativamente poco, se paragonato ad altri autori, sia perché usò uno stile, così bello e accattivante, che non ha l'eguale nella filosofia tedesca. Questo è un filosofo che si fa capire e che non trebbia mai paglia vuota. Non ha bisogno di interpreti, perché la sua prosa è così chiara ed essenziale, che il volerla filtrare sarebbe come voler ridistillare la grappa. Non s'incontrano mai, nei suoi libri, quelle lungagnate in chiave cabalistica e quegli orribili accozzi di parole tanto frequenti nei filosofi tedeschi e anche nei non tedeschi». (A. VERRECCHIA, *Introduzione*, in A. SCHOPENHAUER, *Metafisica dell'amore sessuale*, Milano, RCS Libri, 1997).

² F. CAPELLI (a cura di), *Il libro aperto degli aforismi*, (www.capellilex.it), Soveria Mannelli, Rubbettino Editore, 2015.

aspettare e quella composta dalle poche persone che trovano gradevole l'attesa perché offre loro la possibilità di riflettere ("meditare")».

In tedesco, il verbo usato da Schopenhauer per "riflettere" è «*nachdenken*», composto da «*denken* = pensare» e dalla preposizione temporale «*nach* = dopo», alternativamente anche preposizione spaziale che significa sia «dietro» sia «verso» nel senso della direzione.

Il tedesco, che non è una lingua spontanea ma costruita a tavolino, spiega dunque bene il processo mentale che si sviluppa in modo elementare e naturale quando «riflettiamo» ("meditiamo"). In effetti quando «meditiamo» noi non solo "pensiamo-dopo", ma anche "pensiamo-dietro" e "pensiamo-verso", per cui dobbiamo avere il tempo per farlo: ecco il valore dell'attesa sottolineato ed elogiato da Schopenhauer.

Consentendo di riflettere e di meditare, l'attesa svolge dunque una straordinaria funzione formativa perché educa alla *pazienza*³ che, non essendo classificata tra le virtù cardinali e teologali, deve essere considerata, proprio per questo, il segno distintivo della persona saggia.

Un elogio commovente dell'attesa, della pazienza e della saggezza si trova in questo splendido brano di Cesare Pavese: «*Diventare saggi vuol dire maturare come matura l'albero che non dà fretta al proprio sviluppo, ai propri rami e ai propri frutti e se ne sta fiducioso tra le tempeste ben piantato al suolo in attesa della primavera senza temere che, dopo la primavera, potrebbe non essere pronta a giungere l'estate. E l'estate, pazientemente attesa, giunge quando è il suo momento. Nella saggezza, come nella vita, la pazienza è tutto*».

In questo brano Cesare Pavese evoca quella saggezza che era stata definita da Thomas Paine «*Una pianta senza semi*», perché geneticamente non riproducibile in quanto unicamente derivata da un processo di assimilazione interiore. È anche un frutto della paziente attesa: per *François de La Rochefoucauld* «*La saggezza è per l'anima ciò che la salute è per il corpo*» e per *Baltasar Gracián* «*Uno dei principi della saggezza è quello di non scomporsi mai*».

La saggezza deve anche governare la cultura⁴. È pericoloso infatti separare la cultura dalla saggezza, perché la cultura, se rimane isolata, diven-

³ Dal latino *patiens* = che sopporta.

⁴ Il termine «cultura» deriva direttamente dalla parola latina *cultura*, che possiede, nella lingua originaria, il significato concreto e quello figurato propri della parola *cultura* mantenuti anche nella lingua italiana e può essere così inteso sia nel senso concreto di *coltura*, *coltivazione*, sia in quello figurato di *cura*, *riguardo*. Nella sua evoluzione il termine *cultura* è stato inteso come complesso di conoscenze ed esperienze rientranti nel patrimonio intellettuale e spirituale di una persona, così da diventarne la parte caratterizzante la sua identità. Con l'espressione «*cultura animi*», sia Cicerone sia Orazio hanno inteso far riferimento all'*educazione*.

ta mera erudizione. Questo aspetto è stato acutamente osservato da *Somerset Maugham*, autore di grande successo, secondo cui «*La cultura non serve a nulla se non nobilita e forma il carattere. Di regola genera erudizione e, molto spesso, vanità. Chi non ha visto il sorrisetto di sufficienza dello studioso quando corregge una citazione sbagliata o l'espressione infastidita dell'intenditore quando qualcuno ammira un quadro che egli non apprezza? Aver letto mille libri non è più meritevole di aver arato mille campi*».

Sull'erudizione⁵ così si esprime in modo elegante il grande Schopenhauer: «*L'erudizione sta al genio come le note al testo*». Il giudizio di William Hazlitt è invece drastico «*Se volete avere un'idea della potenza del genio umano, leggete Shakespeare. Se volete avere un'idea dell'inutilità dell'erudizione umana, leggete i commentatori di Shakespeare*». Per Schopenhauer il genio è sempre un autodidatta. Per William Hazlitt l'erudito è uno che esce con buoni voti da una scuola regolare. Nulla più.

Contro l'erudizione e contro gli eruditi diversi autori hanno proiettato i loro strali. Secondo *Vittorio Alfieri* questa è la definizione dell'erudito «*Buona memoria di suo e roba d'altri*». *Oscar Wilde* è stato più cattivo: «*La conversazione erudita o è un'ostentazione dell'ignorante o la professione del disoccupato intellettuale*». *Stanislaw J. Lec* è stato altrettanto cattivo ma anche arguto «*C'è in lui un vuoto enorme ricolmo di erudizione*». *Leo Longanesi* è stato invece cattivissimo e addirittura con *Benedetto Croce*: «*È uno che non capisce, ma non capisce con grande autorità e grande competenza*».

Dagli aforismi e dai brani appena riportati si desume che l'erudizione è la caratteristica predominante degli intellettuali, contro i quali vengono lanciate sferzate ed invettive anche feroci. Cominciamo con l'accusa terribile di *Cicerone* che sembra scritta ieri sul *Corriere della Sera* «*Questi intellettuali progressisti dagli atteggiamenti narcisistici, alimentati da idealità venate da astrattezza utopistica, abituati ad esprimersi con sentenze come se vivessero nella Repubblica ideale di Platone e non in mezzo alla confusione. Incapaci di misericordia, insensibili ad ogni preghiera, implacabili: sanno tutto loro, non sbagliano mai, non si pentono mai e non cambiano mai opinione; tanto più spavaldi a parole, quanto più vigliacchi nel comportamento*». A seguire, aggiungiamo alcune frecciate che aiutano a capire, sorridendo, il problema. Secondo *Ennio Flaiano* «*Un intellettuale è un signore che fa rilegare e mette in mostra libri che non ha mai letto*». Secondo *Giuseppe Pontiggia* «*Rileggere: verbo utilizzato (dagli intellet-*

⁵ Dal latino *erudire* = istruire.

tuali) per i classici che si leggono per la prima volta». Secondo William Hazlitt «L'intellettuale è uno che chiede la saggezza in prestito agli altri. Non ha idee proprie e deve quindi vivere di idee altrui».

Siamo quindi partiti dall'attesa, dalla pazienza, dalla saggezza e dalla cultura per arrivare a conoscere gli eruditi e gli intellettuali.

Possiamo fermarci qui, ritenendo di aver assolto il nostro compito, senza necessità di infierire su altri soggetti come i rappresentanti della politica, della burocrazia e dei sindacati.

Mettendo insieme gli aspetti negativi che emergono dai brani e dagli aforismi in precedenza riportati, ci rendiamo però conto di aver delineato, per contrasto, i tratti positivi di chi dovrebbe contribuire a far funzionare correttamente la democrazia. Purtroppo, il sistema democratico rappresentativo che abbiamo attualmente in Italia, trasformato in un sistema assembleare, non funziona più: il tragico fallimento dei partiti politici ne è la prova. Riteniamo quindi di avere un valido stimolo per affrontare anche questi aspetti e ci riserviamo di farlo quando si presenterà l'occasione opportuna⁶.

Fausto Capelli

⁶ Queste brevi considerazioni sull'attesa sono state redatte nel 2015 e l'occasione indicata nel testo si è presentata nel 2019 quando è stato possibile pubblicare con l'Editore Rubbettino il volume «Per salvare la democrazia in Italia - Cultura dell'etica e della legalità in un mondo dominato dalla politica e dall'economia».

Hanno collaborato a questo numero:

ENRICA ADOBATI, *Avvocato in Novara; cultore di Diritto dell'Unione europea e Diritti dell'uomo / Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano*

SAMANTHA ALVARES, *Passini & Alvares Sociedade de Advogados - www.passinialvares.com.br*

CLAUDIO ARTURO, *Rechtsanwalt / Mediator, socio dello Studio legale PFKA*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista (www.capellilex.it)*

LORENZO CONTI, *Avvocato / Foro di Milano; Partner dello Studio Legale Rucellai & Raffaelli*

GEÓRGIA COSTA, *Passini & Alvares Sociedade de Advogados - www.passinialvares.com.br*

ROSARIO FEDERICO, *Dottorando di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università di Bologna - Alma Mater Studiorum*

FEDERICO FORNI, *Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Bologna; Giurista / Autorità europea per la sicurezza alimentare - Parma*

MARIA FRANCESCA LANZIO, *Avvocato / Foro di Torino*

ELLEN KEY PASSINI, *Passini & Alvares Sociedade de Advogados - www.passinialvares.com.br*

IRENE ELETTRA PELARGONIO, *Avvocato; Presidente di AIGLI - Associazione Internazionale Giuristi di Lingua Italiana*

VITO RUBINO, *Ricercatore in diritto dell'Unione europea / Università del Piemonte Orientale*

JEAN-FRANÇOIS SAMPIERI-MARCEAU, *Avocat à la Cour d'appel de Paris*

GIAN FRANCO SIMONINI, *Avvocato / Foro di Modena; Docente a contratto / Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia*

IANNIS TSAMICHAS, *Avvocato / Foro di Atene (Grecia)*

MARCO VITALE, *Economista d'impresa*