

DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

Anno LX – n. 1-2 – *Gennaio-Giugno 2021*

Nuova serie de “Il diritto negli scambi internazionali”

Indice – Sommario

ARTICOLI

- Antonio Aresu* - Dal «Pacchetto Grecia» al «Fondo salva-Stati» e oltre: un difficile compromesso fra ortodossia europea e derive intergovernative Pag. 1
(From the Greek Loan Facility to the European Stability Mechanism: a Difficult Compromise between the European Orthodoxy and the Intergovernmental Approach)

COMMENTI

- Valentina Petralia* - I limiti all'intangibilità del giudicato nazionale nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea » 65
(The Wane of the National Res Judicata in the Case-Law of the Court of Justice of the European Union)
- Federico Forni* - Quando il campione gratuito di un medicinale costituisce un'azione informativa rivolta al farmacista? » 101
(When does the Free Sample of a Medicine Constitute an Informative Action Directed to the Pharmacist?)
- Emmanuel Pagano* - La tutela della libertà religiosa nell'Unione europea nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia » 135
(The Protection of Religious Freedom in the Recent Jurisprudence of the European Court of Justice)

<p><i>Massimiliano Valcada</i> - Limiti all'applicazione del Codice del consumo nelle controversie volte ad accertare la legittimità dell'impiego di denominazioni protette utilizzate per la designazione di prodotti alimentari <i>(Limits of Application of the Consumer Code in Disputes concerning the Legitimacy of Protected Names Used for the Designation of Food Products)</i></p>	Pag. 183
<p><i>Marco Casini</i> - L'analisi effettuata su un'aliquota unica da un campionamento eseguito su prodotti alimentari non ha incidenza sulla decisione del giudice penale <i>(The Analysis Carried out on a Single Rate from a Sampling Performed on Food Products has no Impact on the Decision of the Criminal Judge)</i></p>	» 201
<p><i>Salvatore D'Acunto</i> - L'Europa dei cosmetici: un modello solido ed evolutivo <i>(Europe of Cosmetics: a Solid and Dynamic Model)</i></p>	» 211
<p><i>Fausto Capelli</i> - L'imbottigliamento dei vini di qualità tra diritto comunitario e diritto nazionale: un'evoluzione giuridica poco nota ma non priva di fascino <i>(The Bottling of Quality Wines between Community Law and National Law: a Juridical Evolution Little Known but not devoid of Charming)</i></p>	» 243
<p><i>Paolo Borghi</i> - La proroga dei decreti interministeriali sull'origine delle materie prime agricole: quando un caos provvisorio tende a divenire definitivo <i>(The Extension of the Inter-Ministerial Decrees on the Origin of Agricultural Raw Materials: when a Temporary Chaos Tends to Become Definitive)</i></p>	» 259

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

<p><i>Gianluigi Ceruti</i> - Nel 2021 compie trent'anni la legge n. 394/1991 sui Parchi nazionali e sulle altre aree naturali protette terrestri e marine <i>(In 2021 the Italian Law n. 394/1991 on National Parks and Other Protected Land and Marine Natural Areas is Thirty Years Old)</i></p>	» 277
---	-------

Nicola A. Paglietti - Le leggi sono fatte per l'Uomo, ma non basta all'Uomo rispettare le leggi per comportarsi da Uomo (Laws are Made for Man, but it is not enough for Man to Respect the Laws to Behave like a Man)

Pag. 295

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

La Corte di giustizia dichiara che qualora il giudicato interno contrasti con il diritto dell'Unione una sentenza nazionale passata in giudicato non può essere modificata anche se ciò può precludere ogni possibilità di rimediare ad una violazione di una disposizione del diritto dell'Unione

Sentenza della Corte di giustizia del 4 marzo 2020 in causa n. C-34/19

Telecom Italia SpA c. Ministero dello Sviluppo Economico, Ministero dell'Economia e delle Finanze
(con commento di *Valentina Petralia*)

» 63

Tutela della salute e libertà di circolazione dei medicinali: la Corte di giustizia ha stabilito il divieto, per le aziende farmaceutiche, di distribuire campioni omaggio di farmaci soggetti a prescrizione medica ai farmacisti ai quali, invece, è consentito di beneficiare della fornitura di campioni gratuiti di medicinali da banco

Sentenza della Corte di giustizia dell'11 giugno 2020 in causa n. C-786/18

ratiopharm GmbH c. Novartis Consumer Health GmbH
(con commento di *Federico Forni*)

» 99

La tutela del diritto alla libertà religiosa e alle sue manifestazioni individuali e collettive nella giurisprudenza della Corte di giustizia

Sentenza della Corte di giustizia del 27 ottobre 1976 in causa n. 130/75

Vivien Prais c. Consiglio delle Comunità europee

» 125

Sentenza della Corte di giustizia del 14 marzo 2017 in causa n. C-157/15

<i>Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV</i>	Pag. 126
Sentenza della Corte di giustizia del 14 marzo 2017 in causa n. C-188/15	
<i>Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH) c. Micropole SA, già Micropole Univers SA</i>	» 127
Sentenza della Corte di giustizia del 17 aprile 2018 in causa n. C-414/16	
<i>Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV</i>	» 127
Sentenza della Corte di giustizia del 29 maggio 2018 in causa n. C-426/16	
<i>Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen VZW e a. c. Vlaams Gewest, con l'intervento di: Global Action in the Interest of Animals (GAIA) VZW</i>	» 129
Sentenza della Corte di giustizia dell'11 settembre 2018 in causa n. C-68/17	
<i>IR c. JQ</i>	» 129
Sentenza della Corte di giustizia del 22 gennaio 2019 in causa n. C-193/17	
<i>Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi</i>	» 131
Sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2019 in causa n. C-497/17	
<i>Œuvres d'assistance aux bêtes d'abattoirs (OABA) c. Ministre de l'Agriculture et de l'Alimentation, Bionoor SARL, Ecocert France SAS, Institut national de l'origine et de la qualité (INAO)</i>	» 132
Sentenza della Corte di giustizia del 17 dicembre 2020 in causa n. C-336/19	
<i>Centraal Israëlitisch Consistorie van België e altri c. Vlaamse Regering, con l'intervento di LI, Waalse Regering, Kosher Poultry BVBA e altri, Global Action in the Interest of Animals VZW (GAIA)</i>	» 133
(con commento di Emmanuel Pagano)	

II. MASSIMARIO ANNOTATO
(a cura di *Enrica Adobati*)

La Corte di giustizia precisa le condizioni per il rimpatrio di minori in uno Stato terzo

Sentenza della Corte di giustizia del 14 gennaio 2021 in causa n. C-441/19

TQ c. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid Pag. 157

Sentenza della Corte di giustizia del 17 marzo 2021 in causa n. C-112/20

M.A. c. État Belge » 158

Confisca dei beni

Sentenza della Corte di giustizia del 14 gennaio 2021 in causa n. C-393/19

Procedimento penale a carico di *OM*, con l'intervento di *Okrazhna prokuratura – Haskovo e Apelativna prokuratura – Plovdiv*

» 160

Il Tribunale dichiara l'assenza di un rischio di confusione tra il marchio collettivo «HALLOUMI», riservato ai membri di un'associazione cipriota e il segno «BBQLOUMI»

Sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 20 gennaio 2021 in causa n. T-328/17 RENV

Foundation for the Protection of the Traditional Cheese of Cyprus named Halloumi c. EUIPO - M. J. Dairies (BBQLOUMI)

» 162

La Corte di giustizia si pronuncia sulle misure restrittive contro il *framing*

Sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 2021 in causa n. C-392/19

VG Bild-Kunst c. Stiftung Preußischer Kulturbesitz » 165

Limiti ammissibili agli obblighi professionali da osservare nei rapporti tra gli avvocati che esercitano in procedimenti giurisdizionali nazionali dinanzi al giudice adito e gli avvocati prestatori di servizi che rappresentano i clienti in forza del mandato ricevuto

Sentenza della Corte di giustizia del 25 febbraio 1988 in causa n. C-427/85

<i>Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica federale di Germania</i>	Pag. 167
Sentenza della Corte di giustizia del 10 luglio 1991 in causa n. C-294/89	
<i>Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese</i>	» 168
Sentenza della Corte di giustizia del 10 marzo 2021 in causa n. C-739/19	
<i>VK c. An Bord Pleanála</i> , con l'intervento di: <i>The General Council of the Bar of Ireland, The Law Society of Ireland and the Attorney General</i>	» 168
Registrazione di un marchio sonoro presentato in formato audio	
Sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 7 luglio 2021 in causa n. T-668/19	
<i>Ardagh Metal Beverage Holdings c. EUIPO</i>	» 172
Il caso della catena catalana «tapas bar»: l'utilizzo del termine «Champanillo» viola la normativa comunitaria	
Sentenza della Corte di giustizia del 9 settembre 2021 in causa n. C-783/19	
<i>Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne c. GB</i>	» 174

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

Limitazioni poste dalla normativa europea ai poteri dell'AGCM quando applica le norme del Codice del Consumo a fattispecie disciplinate dal diritto alimentare	
Sentenza del Consiglio di Stato del 1° ottobre 2020 n. 7566/2020	
<i>Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c. Lidl Italia srl</i>	» 177
(con commento di <i>Massimiliano Valcada</i>)	
Presenza di <i>Listeria Monocytogenes</i> in due unità campionarie. Analisi eseguite in 25 grammi. Il fatto non sussiste	
Sentenza del Tribunale di Milano, sezione X [^] , del 13 ottobre 2021 n. 10187/21	
Procedimento penale a carico di <i>S. M.</i>	» 199
(con commento di <i>Marco Casini</i>)	

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

Immissione sul mercato europeo di prodotti cosmetici sicuri a tutela della salute del consumatore: la Commissione fornisce utili informazioni sullo stato dell'arte e su possibili linee di revisione legislativa delle norme sull'uso dei nanomateriali nei cosmetici

Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'utilizzazione di nanomateriali nei prodotti cosmetici e sulla revisione del Regolamento (Ce) n. 1223/2009 sui prodotti cosmetici per quanto riguarda i nanomateriali

(con il contributo di *Salvatore D'Acunto*)

Pag. 207

Settore vitivinicolo. Etichettatura e presentazione dei vini di qualità: l'Unione europea ad integrazione della vigente disciplina detta nuove norme sulla procedura di imbottigliamento e sull'indicazione dell'imbottigliatore

Regolamento delegato (Ue) 2019/33 della Commissione del 17 ottobre 2018 che integra il Regolamento (Ue) n. 1308/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda le domande di protezione delle denominazioni di origine, delle indicazioni geografiche e delle menzioni tradizionali nel settore vitivinicolo, la procedura di opposizione, le restrizioni dell'uso, le modifiche del disciplinare di produzione, la cancellazione della protezione nonché l'etichettatura e la presentazione

(con contributo di *Fausto Capelli*)

» 241

DOCUMENTAZIONE

Proroga dei decreti interministeriali sull'indicazione dell'origine in etichetta con riferimento al grano duro per paste di semola di grano duro, al riso e ai derivati del pomodoro nonché al latte e ai prodotti lattieri caseari

Decreto del Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali e del Ministero dello sviluppo economico del 9 dicembre 2016 - Indicazione dell'origine in etichetta della materia prima per il latte e i prodotti lattieri caseari, in attuazione del regolamento (UE) n. 1169/2011, relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori

» 257

Decreto del Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali e del Ministero dello sviluppo economico del 26 luglio 2017 - Indicazione dell'origine in etichetta del riso	Pag. 257
Decreto del Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali e del Ministero dello sviluppo economico del 26 luglio 2017 - Indicazione dell'origine, in etichetta, del grano duro per paste di semola di grano duro	» 258
Decreto del Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali e del Ministero dello sviluppo economico del 16 novembre 2017 - Indicazione dell'origine in etichetta del pomodoro (con commento di <i>Paolo Borghi</i>)	» 258

RECENSIONI

<i>Raffaele Cantone - Nicoletta Parisi, L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la vita di relazione internazionale - L'esperienza innovativa di ANAC dal 2014 al 2020 (Enrica Adobati)</i>	» 299
<i>Fausto Capelli, Evoluzione splendori e decadenza delle direttive comunitarie - Impatto della direttiva Ce n. 2006/123 in materia di servizi: il caso delle concessioni balneari</i>	» 301
Hanno collaborato a questo numero	» 305

ARTICOLI

DAL «PACCHETTO GRECIA» AL «FONDO SALVA-STATI» E OLTRE: UN DIFFICILE COMPROMESSO FRA ORTODOSSIA EUROPEA E DERIVE INTERGOVERNATIVE*

Sommario: **I.** Considerazioni introduttive - **II.** L'azione europea contro la crisi prima del «Fondo salva-Stati» - **a.** Il sostegno agli Stati membri fuori dalla zona euro - **b.** Il «pacchetto Grecia»: apertura al pragmatismo - **c.** Ritorno all'ordine: il meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria (MESF) - **d.** Il motore ausiliario: la facilità europea di stabilità finanziaria (FESF) - **III.** Verso il «Fondo salva-Stati»: problemi giuridici e difficoltà politiche - **a.** Un percorso irto di ostacoli - **b.** La modifica all'art 136 TFUE: via libera al sostegno europeo permanente - **c.** La «prova di resistenza» giurisdizionale: da Karlsruhe a Lussemburgo - **IV.** Il «Fondo salva-Stati» in azione - **a.** Natura giuridica e posizione istituzionale del MES - **b.** La governance del MES - **c.** Obiettivo, risorse e operazioni del MES - **d.** Sulla condizionalità - **V.** Per un assetto definitivo degli strumenti di stabilità. **a.** L'Europa riprende l'iniziativa: la nuova governance economica europea - **b.** Una sfida impossibile: riportare il MES nell'alveo dei Trattati - **c.** La conferma definitiva dell'approccio intergovernativo: la riforma del MES - **VI.** Considerazioni conclusive: da una crisi all'altra.

* Le opinioni espresse dall'Autore nel presente articolo sono strettamente personali e non impegnano ad alcun titolo la responsabilità della Commissione europea.

I. Considerazioni introduttive¹

1. La crisi del debito sovrano² ha colpito in profondità la “zona euro” coinvolgendo nel suo perfido abbraccio gli Stati europei tradizionalmente più indebitati verso il mercato dei capitali ed economicamente meno attrezzati per resistere agli assalti speculativi. Dalla Grecia il virus si è propagato rapidamente all’Irlanda ed al Portogallo, per poi attaccare la Spagna, l’Italia e Cipro. Una catastrofe forse annunciata, e certo non del tutto inaspettata, che ha messo alla prova non solo le strutture economiche e finanziarie degli Stati colpiti dalle manovre speculative, ma la stessa capacità dell’Unione europea e dei suoi Stati membri di adottare strumenti idonei a fronteggiarla. E, per colmo di sfortuna, quando il peggio sembrava ormai passato e le prospettive di ripresa degli Stati membri colpiti dalla crisi erano al rialzo, subentrava un altro tipo di virus, il SARS-CoV-2, che metteva nuovamente a nudo le manchevolezze degli Stati membri dell’Unione, imprimendo un vorticoso turbine di iniziative che, alla fine, confluiranno nell’innovativo strumento noto come “Next Generation EU” (NGEU).

2. In questa sede verranno essenzialmente analizzati gli strumenti giuridici predisposti in sede europea per venire incontro alle aspettative degli Stati membri³ coinvolti nella crisi, quantificandone se necessario l’impatto in termini d’impegno finanziario e discutendone i pregi ed i difetti. Si vedrà, in filigrana, apparire sullo sfondo il tradizionale contrasto fra l’“ortodossia” europea, che imporrebbe il ricorso alle sole misure che i Trattati affidano all’Unione, e le tante derive intergovernative, miranti a porre ogni

¹ Il presente articolo trae spunto da una conferenza sull’argomento trattata tenuta dall’Autore il 18 giugno 2012 presso l’Università degli studi di Napoli “Parthenope”, e da successivi approfondimenti. Ringrazio la professoressa Maria Luisa Tufano, all’epoca ordinaria presso la predetta Università, per l’organizzazione della conferenza e per l’assistenza prestata.

² Termine col quale si suole indicare l’insieme delle obbligazioni emesse da uno Stato per soddisfare la propria spesa pubblica, con conseguente obbligo di restituzione e di pagamento di interessi. Se uno Stato è in crisi, avrà difficoltà non solo ad indebitarsi emettendo nuove obbligazioni, ma anche a ripagare quelle già emesse con gli interessi pattuiti.

³ Sottolineo che in questa sede si parlerà solo ed esclusivamente del sostegno agli Stati membri. Non verranno invece trattate altre – e per molti versi simili – forme di assistenza finanziaria destinate ai Paesi terzi, come l’assistenza macro-finanziaria («*Macro-financial assistance*», MFA) ai Paesi terzi diversi dai Paesi in via di sviluppo, di cui all’art. 212, par. 1, TFUE, ed il supporto budgetario («*Budget support*») ai Paesi in via di sviluppo di cui all’art. 236 del Regolamento finanziario [Regolamento (Ue, Euratom) n. 2018/1046 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 luglio 2018, che stabilisce le regole finanziarie applicabili al bilancio generale dell’Unione, che modifica i Regolamenti (Ue) n. 1296/2013, (Ue) n. 1301/2013, (Ue) n. 1303/2013, (Ue) n. 1304/2013, (Ue) n. 1309/2013, (Ue) n. 1316/2013, (Ue) n. 223/2014, (Ue) n. 283/2014 e la decisione n. 541/2014/Ue e abroga il Regolamento (Ue, Euratom) n. 966/2012, in *Gu-Ue* n. L 193 del 30 luglio 2018, p. 1].

rimedio sotto le ali protettive del controllo nazionale, se possibile facendo astrazione dai principi fondamentali enunciati dai Trattati stessi⁴.

3. E quando si parla di strumenti, pare opportuno riferirsi in primo luogo al caso della Grecia, dove la “madre di tutte le crisi” è cominciata. In effetti, la cura praticata dal medico europeo a tale sventurato Paese rappresenta, nel bene e nel male, il prototipo di tutti gli interventi successivi: da un lato, carità pelosa condita con rigida condizionalità; dall’altro, un progressivo allontanamento dal contesto – giuridico, ma anche politico – dei Trattati. Dal «pacchetto Grecia» si dipana poi la matassa degli interventi di supporto che, attraverso alterne vicende, conduce al c.d. «Fondo salva-Stati», e oltre.

4. Sullo sfondo restano, com’è ovvio, le grandi questioni non risolte: la sorte della moneta unica e, più in generale, il futuro dell’integrazione europea. Non saranno analizzate: costituiranno semmai la tela di fondo della trattazione, tra spinte sovraniste, “Brexit”, geometrie più o meno variabili e mancati allargamenti.

II. L’azione europea contro la crisi prima del Fondo Salva-Stati

a. *Il sostegno agli Stati membri fuori dalla zona euro*

5. Vorrei anzitutto attirare l’attenzione sullo strumento finanziario che costituisce, in una certa misura, il precedente più immediato degli attuali meccanismi d’intervento finanziario predisposti in sede europea: alludo a quel «concorso reciproco» che, originariamente previsto dall’art. 108 CEE (divenuto prima art. 109 H e poi art. 119 CE), forma attualmente oggetto dell’art. 143 TFUE⁵. Si tratta di uno strumento che, in origine, riguardava tutti gli Stati membri, ma che, dopo l’introduzione dell’euro come moneta unica, non concerne ora che gli «Stati membri con deroga»⁶, e come tale rappresenta la logica alternativa alle misure di sostegno attinenti alla zona euro⁷.

⁴ Sull’argomento, in generale, rimando all’esauriente e recentissimo studio di U. VILLANI, *Metodo comunitario e metodo intergovernativo nell’attuale fase dell’Unione europea*, in *Studi integr. eur.*, 2019, pp. 259-270. Si veda anche M. CHAMON, *Institutional balance and Community method in the implementation of EU legislation following the Lisbon Treaty*, *CMLR*, 2016, pp. 1501-1544.

⁵ Per brevità, indicherò con «CEE» il Trattato originale che istituisce la Comunità economica europea, con «CE» il Trattato modificato post-Maastricht e con «TFUE» il Trattato sul funzionamento dell’Unione europea post-Lisbona.

⁶ Ossia gli «Stati membri riguardo ai quali il Consiglio non ha deciso che soddisfano alle condizioni necessarie per l’adozione dell’euro»: art. 139, par. 1, TFUE.

⁷ Anche denominata, con brutti neologismi ormai entrati nell’uso corrente, «eurozona» o «eurolandia».

6. Secondo l'art. 143, par. 1, TFUE, presupposto del «concorso reciproco» è la difficoltà, o la grave minaccia di difficoltà, nella bilancia dei pagamenti di uno Stato membro con deroga, provocate «sia da uno squilibrio grave della sua bilancia dei pagamenti, sia dal tipo di valuta di cui esso dispone, e capaci in particolare di compromettere il funzionamento del mercato interno o l'attuazione della politica commerciale comune». In tal caso la disposizione in causa prevede una procedura comprendente due fasi obbligatorie ed una terza fase eventuale. Nel corso della prima fase, la Commissione, dopo avere proceduto ad un esame approfondito della situazione di crisi e dell'azione intrapresa dallo Stato in questione, indica a quest'ultimo le misure di cui raccomanda l'adozione. Se l'azione dello Stato e le misure consigliate non sortiscono gli effetti sperati, scatta la seconda fase, in cui la Commissione ha la possibilità di raccomandare al Consiglio, previa consultazione del Comitato economico e sociale, «il concorso reciproco e i metodi del caso», che, se accordato, comprenderà le necessarie direttive o decisioni concernenti le condizioni e le modalità del sostegno⁸. Ora, il Trattato contempla, fra le forme possibili di concorso, tre tipologie di misure che, nella pratica corrente, non sempre si adattano alle specifiche esigenze degli Stati in crisi: mi riferisco in particolare all'«azione concordata presso altre Organizzazioni internazionali»⁹, alle «misure necessarie ad evitare deviazioni di traffico» nel caso lo Stato in questione mantenga o ristabilisca misure protezionistiche¹⁰ nei confronti di Paesi terzi, ed alle «concessioni di crediti limitati da parte di altri Stati membri»¹¹. Solo nel caso in cui il concorso non venga accordato dal Consiglio o, se accordato, si riveli insufficiente, l'art. 143, par. 3, prevede una terza fase, nella quale la Commissione autorizza lo Stato in crisi «ad adottare delle misure di salvaguardia di cui essa definisce le condizioni e le modalità»¹², fermo restando che tale autorizzazione può sempre essere revocata o modificata dal Consiglio.

7. Occorre sottolineare che ciò che conta veramente non è direttamente contemplato dalla disposizione in esame: alludo al sostegno finanziario diretto alla bilancia dei pagamenti dello Stato in crisi, mediante l'utilizzo

⁸ Al riguardo si veda la sintesi di N. COLACINO, *Art. 143 TFUE*, in *Codice dell'Unione europea operativo*, diretto da C. CURTI GIALDINO, Napoli, Simone, 2012, pp. 1277-1279.

⁹ Per esempio presso il Fondo monetario internazionale.

¹⁰ L'art. 143, par. 2, menziona le sole «*restrizioni quantitative*», ma tale riferimento non dovrebbe essere considerato come esaustivo.

¹¹ Ovviamente su base consensuale.

¹² La differenza fra le due ipotesi è netta sul piano giuridico: nella prima spetta al Consiglio, su raccomandazione della Commissione, di stabilire la forma del concorso e le sue modalità di attuazione; nella seconda è invece lo Stato in crisi che, su autorizzazione della Commissione, adotta direttamente le misure di salvaguardia che ritiene necessarie.

di prestiti concessi a condizioni di favore dall'Unione europea. In effetti, una siffatta forma di sostegno diretto è stata predisposta, in parallelo rispetto alle misure previste dal Trattato, con una regolamentazione europea di accompagnamento che, abbozzata sin dal 1971¹³, disciplinata in forma più organica a partire dal 1975¹⁴ e poi ridefinita nel 1981¹⁵ e nel 1988¹⁶, forma attualmente l'oggetto del Regolamento (Ce) n. 332/2002, che istituisce un «meccanismo di sostegno finanziario a medio termine delle bilance dei pagamenti degli Stati membri»¹⁷, operante solo per quegli Stati membri che non hanno ancora adottato l'euro come moneta unica (art. 1, par. 1, primo comma: in questo il parallelismo con quanto previsto dall'art. 143 TFUE è perfetto). Il meccanismo di sostegno in parola, peraltro limitato a cinquanta miliardi di euro¹⁸, viene attivato con una decisione *ad hoc* del Consiglio, su iniziativa della Commissione (sulla base del già citato art. 143 TFUE) in accordo con lo Stato membro interessato o direttamente di quest'ultimo¹⁹. Una volta adottata la decisione da parte del Con-

¹³ Con la decisione del Consiglio del 22 marzo 1971 n. 71/143/Ce, relativa all'istituzione di un meccanismo di concorso finanziario a medio termine, in *Guce* n. L 73 del 27 marzo 1971, p. 15, modificata da ultimo con la decisione del Consiglio n. 86/656/Cee del 22 dicembre 1986, in *Guce* n. L 382 del 31 dicembre 1986, p. 28. L'unico Stato membro a beneficiare della nuova forma di sostegno fu l'Italia, che all'inizio degli anni Settanta attraversava un momento di grave crisi della sua bilancia dei pagamenti.

¹⁴ Con i Regolamenti (Ce) n. 397/75 del Consiglio, del 17 febbraio 1975, relativo ai prestiti comunitari, in *Guce* n. L 46 del 20 febbraio 1975, p.1) e n. 398/75 del Consiglio, del 17 febbraio 1975, recante applicazione del Regolamento (Ce) n. 397/75 relativo ai prestiti comunitari, in *Guce* n. L 46 del 20 febbraio 1975, p. 3). *In nuce*, il sistema utilizzato è molto simile a quello attualmente in vigore: in caso di difficoltà nella bilancia dei pagamenti, uno Stato membro poteva chiedere alla Comunità un prestito adeguato, che la Commissione ha la possibilità di concedere reperendo i fondi necessari «presso paesi terzi e presso organismi finanziari o sul mercato dei capitali» (art. 1 del Regolamento n. 397/75). Simili erano anche le caratteristiche dei prestiti: reperimento di fondi *extra* bilancio, rigida condizionalità, coinvolgimento nell'operazione della banca centrale dello Stato membro richiedente.

¹⁵ Con il Regolamento (Cee) n. 682/81 del Consiglio, del 16 marzo 1981, che adatta il meccanismo dei prestiti comunitari destinati al sostegno della bilancia dei pagamenti degli Stati membri, in *Guce* n. L 73 del 19 marzo 1981, p. 1, come modificato dal Regolamento (Cee) n. 1131/85, in *Guce* n. L 118 dell'1 maggio 1985, p. 59.

¹⁶ Con il Regolamento (Ce) n. 1969/88 del Consiglio, del 24 giugno 1988, che istituisce un meccanismo unico di sostegno finanziario a medio termine della bilancia dei pagamenti degli Stati membri, in *Guce* n. L 178 dell'8 luglio 1988, p. 1.

¹⁷ *Guce* n. L 53 del 23 febbraio 2002, p. 1. Tale Regolamento è stato da ultimo modificato dal Regolamento (Ce) n. 431/2009, in *Gu-Ue* n. L 128 del 27 maggio 2009, p. 1. Nel prosieguo della trattazione si farà riferimento alla versione codificata del 28 maggio 2009. Giova rilevare come tali atti normativi trovino la loro base giuridica nell'art. 308 CE (ora art. 352 TFUE), proprio perché dispongono azioni non espressamente contemplate dall'art. 143 TFUE, ma che appaiono necessarie per completare la sfera di applicazione di quest'ultima disposizione e realizzare al meglio gli obiettivi dei Trattati.

¹⁸ Art. 1, par. 1, secondo comma, del Regolamento n. 332/2002: «L'esposizione creditizia, in conto capitale, dei prestiti che si possono accordare agli Stati membri nell'ambito di tale meccanismo è limitata a 50 miliardi di EUR».

¹⁹ Si veda l'art. 3 del Regolamento n. 332/2002. Ovviamente, lo Stato interessato deve accompagnare la sua richiesta con un «programma di riassetto», sulla base del quale il Consi-

siglio, la Commissione procede dapprima alla stipula di un accordo d'intesa («*Memorandum of Understanding*», MoU) e di un contratto di prestito («*Loan Agreement*», LA) con lo Stato interessato, quindi al reperimento dei mezzi finanziari «sui mercati dei capitali o presso istituzioni finanziarie»²⁰, e finalmente al versamento del prestito su un conto corrente speciale aperto presso la banca nazionale dello Stato membro beneficiario²¹.

8. Il meccanismo di sostegno finanziario, perfettamente “ortodosso” rispetto ai principi dei Trattati, ha conosciuto un notevole successo a partire dal 2009, quando è stato utilizzato a più riprese per concedere prestiti a medio termine (con scadenza triennale) a tre Stati membri in difficoltà: Ungheria, Lettonia e Romania²². Tali Stati ne hanno positivamente beneficiato – insieme ad altri finanziamenti a medio termine forniti dal Fondo monetario internazionale e dalla Banca mondiale – per mettere ordine nelle rispettive bilance dei pagamenti, provvedendo ai rimborsi nel rispetto dei termini previsti.

b. *Il «pacchetto Grecia»: apertura al pragmatismo*

9. Con l'introduzione dell'euro come moneta unica (a partire dal 1° gennaio 2002) gli strumenti appena descritti di assistenza finanziaria non potevano più applicarsi agli Stati membri appartenenti alla zona euro: si supposeva infatti che, date le garanzie economiche richieste per il passaggio alla moneta unica, la mancanza di fluttuazioni valutarie interne e l'impegno ad evitare disavanzi pubblici eccessivi²³, gli Stati in questione avrebbero beneficiato di una sostanziale stabilità nelle loro bilance dei pagamenti, che li avrebbe messi al riparo da crisi finanziarie gravi. Il ragio-

glio decide non solo sulla concessione del prestito e sulle modalità di rimborso, ma anche sulle «condizioni di politica economica alle quali è subordinato il sostegno finanziario a medio termine» (condizionalità tecnica).

²⁰ Si veda l'art. 1, par. 2, del Regolamento n. 332/2002. In altre parole, si tratta di finanziamenti che esulano dal bilancio ordinario dell'Unione (fondi *extra* bilancio), che vengono gestiti in contabilità separata dai competenti servizi della Commissione.

²¹ Si veda l'art. 7, par. 5, del Regolamento n. 332/2002. Da notare che, secondo l'art. 9 del Regolamento n. 332/2002, la “*gestione dei prestiti*” spetta alla Banca centrale europea (BCE), che dispone – in quanto agente finanziario – della competenza tecnica indispensabile per questo tipo di attività.

²² All'Ungheria sono stati concessi prestiti per un ammontare complessivo di 6,5 miliardi di euro (di cui 5,5 effettivamente versati), alla Lettonia per un ammontare complessivo di 3,1 miliardi di euro (di cui 2,9 effettivamente versati), ed alla Romania per un ammontare complessivo di 6,35 miliardi di euro (di cui 5 effettivamente versati) (Fonte: Corte dei Conti europea, relazione speciale «*L'assistenza finanziaria fornita ai paesi in difficoltà*», Lussemburgo, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, 2015, n. 18, p. 18). Da notare che, sulla base dell'art. 7, par. 1, del Regolamento n. 332/2002, tutti i prestiti devono essere concessi in euro, salva conversione – a costo zero per l'Unione – nella moneta nazionale dello Stato beneficiario.

²³ Con la conseguente procedura di cui all'art. 126 TFUE.

namento era corretto, ma solo partendo dal duplice presupposto che tutti gli Stati della zona euro tenessero in ordine i loro conti senza procedere né a manipolazioni contabili né all'occultamento dei reali valori dei loro disavanzi, e che non vi fossero spinte speculative talmente forti da mettere a repentaglio la solidità delle finanze nazionali. L'esperienza ha dimostrato come tali premesse fossero fallaci: da un lato si è verificato il caso di uno Stato membro – la Grecia – che ha nascosto senza pudore sotto il tappeto di statistiche false la polvere accumulata in anni di finanza allegra, mentre dall'altro l'Irlanda, il Portogallo, la Spagna e l'Italia hanno sperimentato l'azione devastante della speculazione internazionale in concomitanza con la crisi del loro debito sovrano.

10. La prima situazione di allarme sui mercati finanziari ha, com'è noto, riguardato la Grecia nell'autunno 2009, quando risultò chiaro che vi era stata un'opera sistematica di falsificazione dei bilanci per rendere possibile l'ingresso di tale Paese nella zona euro²⁴. Da quel momento in poi, gli investitori hanno cominciato a nutrire dubbi sulla capacità della Grecia di rispettare gli obblighi finanziari assunti in precedenza, a causa della crescita inarrestabile del debito pubblico; ne è quindi scaturita una crisi di fiducia, che ha comportato prima l'allargamento dello «*spread*» di rendimento delle obbligazioni greche, nonché i costi assicurativi contro i rischi su «*credit default*», rispetto agli altri Paesi della zona euro, soprattutto la Germania, ed infine il declassamento del debito pubblico greco a pura spazzatura («*junk bond*») nell'aprile 2010. Non essendo applicabile al riguardo né quanto previsto dall'art. 119 CE (ora art. 143 TFUE), né il meccanismo di sostegno finanziario a medio termine di cui al Regolamento (Ce) n. 332/2002, l'Unione europea si trovò del tutto disarmata dinanzi alla catastrofe. Che fare?

11. Qualcuno si sovenne di una vecchia sentenza della Corte di giustizia, che aveva instaurato la c.d. «*giurisprudenza Bangladesh*»²⁵. Alla base della pronuncia della Corte vi era una presa di posizione (formalmente qualificata non come «decisione», ma come «conclusioni del Consiglio»), risalente al 13 e 14 maggio 1991, degli Stati membri riuniti in sede

²⁴ Dopo la proclamazione dei risultati elettorali il 4 novembre 2009, che videro la vittoria dei socialisti del Pasok (Movimento socialista panellenico), fu il neo-primo ministro George Papandreou a rivelare pubblicamente il 5 novembre 2009 che i bilanci economici trasmessi dai precedenti Governi greci all'Unione europea erano stati falsificati con l'obiettivo di garantire l'ingresso della Grecia nella zona euro. Il debito pubblico greco ammontava in realtà al 12,7%, più del doppio rispetto a quanto dichiarato in precedenza, e le previsioni lo davano in rapido aumento (fino al 15%).

²⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 30 giugno 1993 in cause riunite n. C-181/91 e n. C-248/91, *Parlamento europeo c. Consiglio e Commissione*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 3685, EU:C:1993:271 (di seguito, la sentenza *Bangladesh*).

di Consiglio, con la quale, vista la drammatica situazione in cui allora versavano vaste zone del Bangladesh colpite da calamità naturali, questi accordavano a tale Paese un aiuto umanitario speciale di sessanta milioni di ECU nel quadro di un'azione comunitaria²⁶. Tale aiuto era costituito da contributi nazionali, ripartiti secondo il criterio del prodotto nazionale lordo, da concedersi direttamente da parte degli Stati erogatori oppure tramite un conto gestito dalla Commissione²⁷, la quale avrebbe dovuto comunque assicurare il coordinamento globale dell'operazione e l'adozione degli atti di esecuzione. Al riguardo, il Parlamento europeo aveva impugnato sia le conclusioni del Consiglio – qualificandole di «decisione» lesiva delle sue prerogative in materia di bilancio – sia i conseguenti atti esecutivi della Commissione, ma sia quest'ultima sia il Consiglio eccepivano la non suscettibilità degli atti impugnati a formare oggetto di azioni di annullamento in forza dell'art. 173 CEE (ora art. 263 TFUE): in effetti, si sarebbe trattato nel primo caso non di una decisione ascrivibile al Consiglio, bensì di conclusioni imputabili esclusivamente agli Stati membri riuniti in sede di Consiglio, e nel secondo caso di mere iscrizioni in bilancio che non comportano una modifica del bilancio stesso. La Corte, nella sua saggezza, accoglieva *in toto* le eccezioni proposte da Consiglio e Commissione e, pertanto, dichiarava irricevibili i ricorsi del Parlamento europeo. Ma l'importanza della sentenza non risiede tanto nel *decisum*, quanto in alcuni *obiter dicta* della motivazione: si riconosce infatti «che nel campo degli aiuti umanitari la competenza della Comunità non è esclusiva e che pertanto agli Stati membri non è vietato esercitare collettivamente, nell'ambito del Consiglio o al di fuori di esso, i loro poteri in materia»²⁸, e che nulla nei Trattati impedisce «agli Stati membri di affidare alla Commissione il compito di provvedere al coordinamento di un'azione comune da essi intrapresa in base ad un atto dei loro rappresentanti riuniti in sede di Consiglio»²⁹,

²⁶ Occorre ricordare che, all'epoca, il Trattato CEE non conteneva disposizioni specifiche sulla cooperazione allo sviluppo dei Paesi terzi (introdotte solo con il Trattato di Maastricht del 1992), e che l'allora Comunità economica europea non disponeva di un organico strumento finanziario mirante all'assistenza ai Paesi terzi in via di sviluppo diversi dai Paesi ACP (Africa, Caraibi e Pacifico), riguardati dalla "Convenzione d'associazione tra la Comunità Economica Europea e gli Stati africani e malgascio associati a tale Comunità", firmata a Yaoundé il 20 luglio 1963 ed entrata in vigore il 10 luglio 1964 (poi sostituita dalla Convenzione di Lomé e quindi dalla Convenzione di Cotonou del 2000, attualmente in vigore fino al 2020) e beneficiari del Fondo europeo di sviluppo (FES). Uno strumento finanziario del genere esiste solo dal 2006: la sua versione attualmente in vigore forma oggetto del Regolamento (Ue) n. 233/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2014, che istituisce uno strumento per il finanziamento della cooperazione allo sviluppo per il periodo 2014-2020, in *Gu-Ue* n. L 77 del 15 marzo 2014, p. 44.

²⁷ Solo la Grecia scelse tale opzione. Tutti gli altri Stati hanno versato direttamente il loro contributo al Paese beneficiario.

²⁸ Sentenza *Bangladesh*, *cit. supra*, nota 25, punto 16.

²⁹ *Ibidem*, punto 20.

utilizzando eventualmente criteri mutuati dalle disposizioni in materia di bilancio al fine di procedere alla ripartizione dei rispettivi obblighi finanziari³⁰. Il messaggio è chiaro: in parallelo rispetto agli interventi di sostegno adottati a livello europeo sono giustificate, purché compatibili con i Trattati, azioni di assistenza finanziate sul piano nazionale in vista del raggiungimento di obiettivi specifici, gestite direttamente dagli Stati membri o coordinate dalla Commissione su mandato degli stessi.

12. Se il messaggio era chiaro, non altrettanto poteva dirsi sull'applicabilità dello stesso a settori diversi da quello – precisamente identificato dalla Corte – degli aiuti umanitari, soprattutto in funzione del fatto che «la politica monetaria per gli Stati membri la cui moneta è l'euro» forma oggetto di «competenza esclusiva» in forza dell'art. 3, par. 1, lett. c., TFUE. Peraltro, la politica monetaria viene tenuta distinta, nei Trattati, dalla politica economica, per la quale la regola è quella del coordinamento delle politiche nazionali (artt. 2, par. 3, 5 e 121, par. 1, TFUE)³¹. Dunque un intervento di sostegno coordinato a livello nazionale, sia pure con l'inserimento di elementi “europei”, parrebbe compatibile con gli obiettivi dei Trattati e riconducibile alla giurisprudenza appena cennata. Resta peraltro discutibile il ricorso ad una tecnica di intervento chiaramente finalizzata ad uno scopo limitato nel tempo e nello spazio per realizzare un obiettivo di ben più ampia portata e di enorme peso politico, ossia il salvataggio di uno Stato membro in crisi³².

13. Ma tali dubbi furono presto superati, e la soluzione del “pacchetto” di aiuti nazionali piacque all'Eurogruppo³³. D'intesa con il Governo

³⁰ Sentenza *Bangladesh*, cit. supra, nota 25, punto 22.

³¹ La materia del coordinamento delle politiche economiche forma oggetto di una competenza *sui generis* su cui si discute in dottrina. Si vedano, per tutti, P. STANCANELLI, *Art. 2 TFUE*, in *Codice dell'Unione europea operativo*, cit. supra, nota 8, pp. 436-442 e R. BARATTA, *Commento all'art. 2 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 369-376.

³² Per una valutazione generale della sentenza in esame si vedano i commenti di V. CONSTANTINESCO, in *Journal du droit international*, 1994, pp. 467-469, e di L. NEVILLE BROWN, *CMLR*, 1994, pp. 1347-1355.

³³ Il c.d. «Eurogruppo», formalmente istituito da una risoluzione del Consiglio europeo del 13 dicembre 1997 ed ora, nel contesto del Trattato di Lisbona, previsto dall'art. 137 TFUE e regolato dal protocollo n. 14, riunisce i ministri delle finanze dei 19 Stati membri la cui moneta è l'euro. Secondo le sentenze della Corte di giustizia del 20 settembre 2016 in cause riunite da n. C-105/15 P a n. C-109/15 P, *Mallis e a. c. Commissione e BCE*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, settembre 2016, EU:C:2016:702, punto 61 e del 16 dicembre 2020 in cause riunite n. C-597/18 P, n. C-598/18 P, n. C-603/18 P e n. C-604/18 P, *Consiglio c. K. Chrysostomides & Co. e a.*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, EU:C:2020:1028, punti 86-89, l'Eurogruppo non può essere equiparato a una formazione del Consiglio e si caratterizza per la sua natura informale: pertanto, esso costituisce uno «strumento intergovernativo di coordinamento» delle politiche economiche degli Stati membri la cui moneta è l'euro. In tale contesto, esso non dispone di alcuna competenza propria, né del potere di sanzionare il mancato rispetto degli accordi politici conclusi nel suo seno. L'Eurogruppo si riunisce informalmente – di solito alla vigilia di ogni Consiglio dei ministri dell'economia e delle finanze (c.d.

greco, che metteva in atto un massiccio piano di privatizzazioni, lotta all'evasione fiscale, riforme strutturali e congelamento delle retribuzioni dei funzionari pubblici, il 2 maggio 2010 venne varata la «*Greek Loan Facility*», che prevedeva la concessione al Governo greco – via la Banca nazionale ellenica – da parte degli Stati membri della zona euro di una serie di prestiti bilaterali, canalizzati dalla Commissione e gestiti dalla Banca centrale europea (BCE), in stretta collaborazione col Fondo monetario internazionale (FMI)³⁴. L'ammontare complessivo dei prestiti europei era di ottanta miliardi di euro³⁵, cui devono aggiungersi altri trenta miliardi di euro concessi dal FMI. Una soluzione fortemente pragmatica di chiara impronta intergovernativa, dunque, che se da un lato funse da tampone per bloccare l'emorragia finanziaria, dall'altro impose di fatto l'adozione di una politica di *austerity* che ebbe un pesante impatto sulla società greca ed imprese una svolta negativa alla situazione economica del Paese in questione, già debole per definizione ed ora preso di mira dalla grande speculazione internazionale e definitivamente declassato dalle agenzie ufficiali di *rating* (il 27 aprile 2010 Standard & Poor's è la prima agenzia a ridurre il *rating* greco ad un livello di pura spazzatura)³⁶, col risultato di mettere in dubbio la stessa permanenza del Paese nella zona euro.

«Ecofin») – per discutere di questioni economiche e finanziarie legate alla moneta unica e, più in generale, alla politica economica e monetaria dell'Unione. Alle riunioni partecipa anche la Commissione, e viene invitata anche la Banca centrale europea (BCE).

³⁴ Occorre notare che tale formula venne contestata in alcuni Stati membri. In particolare, la normativa relativa alla partecipazione della Germania alla «*Facility*» (così come alla FESF, di cui si dirà dopo) fu contestata dinanzi al Bundesverfassungsgericht (la Corte costituzionale federale tedesca) per una presunta violazione del diritto di proprietà e del principio di stabilità monetaria. Ma i relativi ricorsi furono respinti dalla stessa Corte con sentenza del 7 settembre 2011 sui ricorsi riuniti 2 BvR 987/10, 2 BvR 1485/10 e 2 BvR 1099/10, su cui si veda: L. DECHÂTRE, *La décision de Karlsruhe sur le mécanisme européen de stabilité financière: une validation sous condition et une mise en garde sibylline pour l'avenir*, in *Cah. dr. eur.*, 2011, n. 1, pp. 303-342.

³⁵ Successivamente ridotto di 2,7 miliardi di euro a causa della decisione della Slovacchia di non partecipare all'operazione e della crisi che investì Irlanda e Portogallo, Paesi a loro volta costretti a chiedere l'assistenza finanziaria dell'Unione.

³⁶ La valutazione di tali politiche di salvataggio, rese inevitabili dalla rigida condizionalità che ha sempre accompagnato la concessione del sostegno europeo (come si vedrà nel prosieguo della presente trattazione), è fortemente contrastata. Se da un lato le correnti monetariste tradizionalmente appannaggio degli Stati membri più ricchi (Germania, Paesi Bassi e Finlandia in testa) le considerano l'inevitabile medicina per curare il male oscuro del disavanzo eccessivo, dall'altro esistono posizioni critiche, di orientamento essenzialmente keynesiano, che ne mettono in dubbio l'efficacia, sostenendo che esse in realtà metterebbero in pericolo la ripresa del Paese interessato, privandolo dei benefici moltiplicativi resi possibili dai necessari investimenti pubblici: si veda, ad esempio, J. E. STIGLITZ, *Globalisation and its Discontents*, New York, W. W. Norton & Company, 2002 (traduzione italiana: *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Torino, Einaudi, 2003, pp. 23-51). Alcuni autori, peraltro, hanno parlato di un vero e proprio "colpo di Stato" delle Istituzioni finanziarie internazionali, che avrebbe comportato un attacco frontale alla democrazia in Europa (si veda, su posizioni fortemente caratterizzate, il testo di L. GALLINO, *Il colpo di Stato di Banche e Governi. L'attacco alla democrazia in Europa*, Torino, Einaudi, 2013, soprattutto pp. 187-206).

14. Si cominciò allora a parlare della famosa *Troika*, formata da rappresentanti della Commissione, della BCE e del FMI, che avrebbe dovuto vigilare sul rispetto degli impegni assunti dal Governo greco e riferirne, per quanto di spettanza, all'Eurogruppo. La soluzione prescelta funzionò solo parzialmente sotto l'occhiuta vigilanza della *Troika*, nel senso che se da un lato contribuì a dare una parvenza di credibilità all'immagine internazionale, già gravemente deteriorata, della Grecia, dall'altro non risolse l'annoso problema del suo indebitamento ed in più impose il ricorso a misure draconiane di *austerità* che impoverirono i settori più sensibili del tessuto sociale ellenico provocando nel contempo un grave deterioramento della scena politica greca, già di per sé destabilizzata dall'acuirsi delle contrapposizioni ideologiche sulla natura "*capitalistica*" della crisi e sulle possibili soluzioni per farvi fronte³⁷.

15. Fu giocoforza ricorrere a nuovi esborsi: ma i programmi di salvataggio che si susseguirono dal 2012 in poi furono finanziati sulla base dei nuovi strumenti operativi adottati in sede europea (dei quali si parlerà tra poco), e non più su basi bilaterali, anche se rimase inalterato il ricorso ad una rigida condizionalità. Sulla base dei dati disponibili³⁸, l'importo totale dei prestiti concessi alla Grecia dal 2010 ammonta a 288,7 miliardi di euro, di cui 256,6 miliardi da parte europea (sotto varie formule: 52,9 miliardi di euro dalla Greek Loan Facility, 141,8 miliardi di euro dal FESF e 61,9 miliardi di euro dal MES) e 32,1 miliardi dal FMI. Grazie a tali finanziamenti, accompagnati dalle solide misure adottate dal Governo greco in favore della sostenibilità di bilancio, il settore finanziario greco ha ripreso fiato e l'economia del Paese ha conosciuto una ripresa sostenibile: nell'agosto 2018 la Commissione ha preso atto della conclusione positiva dell'ultimo programma di sostegno alla stabilità, riconoscendo che il momento peggiore della crisi era stato ormai archiviato³⁹.

³⁷ Al Governo Papandreou succedette nel 2012, dopo due tornate elettorali, un governo di coalizione Pasok - Nea Demokratia guidato da Antonis Samaras, che però non resse alla crisi perdurante. Le nuove elezioni del gennaio 2015 videro l'imprevista vittoria del partito anti-Troika Syriza, il cui *leader* Alexis Tsipras divenne primo ministro con un programma radicale che lo portò allo scontro frontale con le Istituzioni europee, la BCE ed il FMI, scontro inasprito dall'inabituale aggressività del suo ministro delle finanze, Yanis Varoufakis (che peraltro diede le dimissioni nel luglio 2015). Dopo nuove elezioni anticipate nel settembre 2015, Tsipras ed il suo movimento furono riconfermati alla guida della Grecia, con una linea politica sensibilmente moderata e pragmatica che, messi da parte gli ardori radicali della prim'ora, consentì alla nuova dirigenza di riconquistare la fiducia degli investitori esteri e, soprattutto, di riannodare un solido e proficuo legame con l'Unione europea e le altre istituzioni finanziarie internazionali.

³⁸ Fonte: https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-financial-assistance/which-eu-countries-have-received-assistance/financial-assistance-greece_it.

³⁹ Si veda il comunicato stampa: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/IP_18_5002 (2.08.2018).

c. *Ritorno all'ordine: il meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria (MESF)*

16. Il primo «pacchetto Grecia» era stato in fondo un *escamotage* per far fronte ad una situazione che chiedeva una reazione pragmatica: in mancanza di meglio, anche le relazioni bilaterali potevano bastare. Ma le autorità europee contavano di colmare rapidamente la lacuna esistente nella zona euro con un nuovo strumento finanziario che riorganizzasse l'assistenza agli Stati in crisi sulla base di meccanismi di rigida ortodossia intra-europea: in questo senso, del resto, si era chiaramente espresso nelle sue conclusioni il Consiglio (nella sua formazione Affari economici e finanziari - Ecofin, comprendente i ministri dell'economia e delle finanze) nel corso della sua seduta straordinaria del 9 e 10 maggio 2010⁴⁰.

17. Venne così adottato, su proposta della Commissione, il Regolamento (Ue) n. 407/2010 del Consiglio, dell'11 maggio 2010, che istituisce un meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria⁴¹, cui peraltro si affiancò uno «*Special Purpose Vehicle*» di cui si parlerà più oltre. L'intenzione era quella di riproporre, con gli opportuni adattamenti, lo stesso schema d'intervento previsto dal «concorso reciproco» destinato agli Stati membri con deroga (di cui si è già detto), ossia un sostegno finanziario erogato allo Stato in difficoltà direttamente dall'Unione mediante il ricorso a risorse reperite sul mercato dei capitali, sia pure su base triennale e con un limite massimo di sessanta miliardi di euro (su un totale di cinquecento miliardi di euro identificati dal Consiglio come limite massimo del sostegno)⁴². A tale proposito, la base giuridica prescelta fu l'art. 122, par. 2, TFUE, che nel caso in cui uno Stato membro «si trovi in difficoltà o sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo», attribuisce al Consiglio – su proposta della Commissione – la competenza a «concedere a determinate condizioni un'assistenza finanziaria dell'Unione allo Stato membro interessato». Non si può negare che tale disposizione consenta una certa elasticità nella sua applicazione, laddove si riferisce alla circostanza di uno Stato «seriamente minacciato da gravi difficoltà» ed alle

⁴⁰ Comunicato stampa: https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ecofin/114324.pdf. Il risultato principale delle discussioni al riguardo viene così sintetizzato: «*The Council and the Member States decided on a comprehensive package of measures to preserve financial stability in Europe, including a European financial stabilisation mechanism, with a total volume of up to EUR 500 billion*».

⁴¹ *Gu-Ue* n. L 118 del 12 maggio 2010, p. 1.

⁴² Per una valutazione generale della politica europea in merito alla crisi, si veda per tutti: A. VITERBO - R. CISOTTA, *La crisi della Grecia, l'attacco speculativo all'euro e le risposte dell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2010, pp. 962-994.

«circostanze eccezionali» in cui quest'ultimo versa; peraltro, la norma limita il suo campo d'azione alle sole circostanze che «sfuggono al (...) controllo» dello Stato interessato, il che pone qualche interrogativo sull'effettiva corrispondenza a tale fattispecie delle difficoltà economiche e finanziarie che si pongano in rapporto di causa ed effetto rispetto alle autonome scelte di politica economica – o meglio di finanza allegra – effettuate in precedenza dallo Stato riguardato dall'assistenza⁴³. In tale ottica, la motivazione del Regolamento (Ue) n. 407/2010 giustifica l'assistenza finanziaria dell'Unione sulla base del grave deterioramento «del contesto economico e finanziario internazionale» (*considerando* 2), «delle posizioni del disavanzo e del debito degli Stati membri» (*considerando* 3) e «delle condizioni di prestito di diversi Stati membri al di là di quanto giustificato dai fondamentali economici» (*considerando* 4), elementi che, seppure parzialmente imputabili alle scelte avventate di alcuni Stati membri, paiono sfuggire nel loro complesso all'effettivo controllo di questi ultimi, essendo piuttosto riferibili a ragioni di carattere generale ed agli effetti della speculazione internazionale che si accaniva sulle economie nazionali più deboli ed indifese.

18. Il meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria (MESF) (in inglese «*European Financial Stabilisation Mechanism*» - EFSM) prevede che l'assistenza venga fornita con una decisione del Consiglio, su iniziativa della Commissione d'intesa con lo Stato membro interessato e la BCE, sotto forma di prestiti o di linee di credito, peraltro compatibili con ulteriori forme di finanziamento esterno all'Unione (in particolare da parte del FMI)⁴⁴. Sulla base della decisione del Consiglio, la Commissione procede alla firma di un accordo d'intesa («*Memorandum of Understanding*») con lo Stato interessato, nel quale devono essere specificate «le condizioni generali di politica economica fissate dal Consiglio»⁴⁵, condizioni che comunque devono essere «forti» al fine di «preservare la sostenibilità delle finanze pubbliche dello Stato membro beneficiario e di ripristinarne la capacità di finanziarsi sui mercati finanziari»⁴⁶: in tal senso, la stretta condi-

⁴³ Sul punto si vedano le acute osservazioni di N. COLACINO, *Art. 122 TFUE*, in *Codice dell'Unione europea operativo*, cit. supra, nota 8, pp. 1190-1193: «Al riguardo, sembra difficile sostenere a priori l'assenza di responsabilità dello Stato interessato in ordine alle conseguenze pregiudizievoli che giustificano, nei suoi confronti, l'adozione di misure straordinarie di assistenza finanziaria. In altri termini, non è agevole stabilire in astratto quando le circostanze eccezionali che possono dar luogo all'intervento del Consiglio siano effettivamente estranee al controllo dello Stato interessato, o, al contrario, siano ad esso imputabili – seppure indirettamente – per effetto delle relative scelte di politica economica» (p. 1192).

⁴⁴ Si vedano gli artt. 2, par. 1, e 3, par. 1, 2 e 8, del Regolamento (Ue) n. 407/2010.

⁴⁵ Art. 3, par. 5, del Regolamento (Ue) n. 407/2010.

⁴⁶ Si veda il *considerando* 7 del Regolamento (Ue) n. 407/2010.

zionalità, seppure finalizzata a proteggere la credibilità internazionale dello Stato interessato e, di riflesso, gli interessi finanziari dell'Unione e degli Stati membri "virtuosi", si atteggia nei fatti a camicia di forza di economie già indebolite, il che suscita non poche perplessità in relazione ai principi di solidarietà e di leale cooperazione che gli artt. 3, par. 3, e 4, par. 3, TUE pongono a fondamento delle relazioni fra Unione e Stati membri⁴⁷.

19. Sul piano operativo, la Commissione stipula poi un contratto di prestito («*Loan Agreement*») con lo Stato interessato, come un normale operatore economico, al fine di definire le modalità pratiche (scadenze, regole da rispettare, verifiche e controlli, etc.) cui l'erogazione è subordinata. Quindi procede, giovandosi dell'ottima reputazione di cui gode a livello internazionale e della conseguente possibilità di ottenere tassi d'interesse particolarmente vantaggiosi, a «contrarre prestiti per conto dell'Unione europea sui mercati dei capitali o con le istituzioni finanziarie»⁴⁸ mediante l'emissione di obbligazioni garantite dall'Unione, per poter finalmente riversare (normalmente a rate) le somme disponibili su un conto corrente speciale aperto dallo Stato beneficiario presso la sua banca nazionale, subordinando ciascuna erogazione alla verifica del rispetto da parte di quest'ultimo delle condizioni stabilite dal Consiglio⁴⁹. Ovviamente, il vantaggio per lo Stato beneficiario consiste – nonostante la condizionalità – nel poter beneficiare da parte della Commissione di tassi d'interesse di gran lunga migliori di quelli ai quali dovrebbe assoggettarsi qualora ricorresse al libero mercato dei capitali, dal momento che i fondi in prestito sono già stati ottenuti dalla Commissione stessa a tassi molto favorevoli⁵⁰.

20. Pur non essendo prevista una data di scadenza, il MESF aveva un carattere essenzialmente temporaneo, dovendo la Commissione redigere ogni sei mesi un rapporto giustificativo della persistenza delle condizioni

⁴⁷ Si noti che nella decisione del Consiglio che autorizza l'assistenza, oltre alle condizioni cui quest'ultima è condizionata, dev'essere contenuta anche l'approvazione del «*programma di aggiustamento*» elaborato dallo Stato beneficiario per soddisfare tali condizioni. Si tratta, nei fatti, di una condizionalità rinforzata.

⁴⁸ Art. 2, par. 1, secondo comma, del Regolamento (Ue) n. 407/2010. Sulla tempistica della raccolta dei fondi necessari l'art. 6, par. 3, del predetto Regolamento permette alla Commissione di ricorrere ai prestiti «nel momento più opportuno tra le erogazioni previste», in modo da ottimizzare i costi e mantenere alta la sua reputazione di «emittente dell'Unione sui mercati». Anche in questo caso si tratta di fondi extra-bilancio, che vengono gestiti in contabilità separata dai competenti servizi della Commissione, che provvedono all'emissione delle obbligazioni secondo un ritmo programmato d'intesa con il *pool* di banche destinate all'approvvigionamento dei fondi (il c.d. «*Euro Medium Term Note Programme*»).

⁴⁹ Art. 4 del Regolamento (Ue) n. 407/2010.

⁵⁰ Come al solito in questo genere di strumenti finanziari, l'amministrazione dei prestiti è gestita in stretta collaborazione con la BCE: si veda l'art. 8, par. 1, del Regolamento (Ue) n. 407/2010.

eccezionali che ne avevano richiesto l'adozione⁵¹. Ne hanno essenzialmente beneficiato due Stati membri in crisi: Irlanda e Portogallo. L'Irlanda, dal canto suo, nel periodo 2011-2014 ha ottenuto un totale di 22,5 miliardi di euro⁵², mentre il Portogallo, nel periodo 2011-2014, ha beneficiato di prestiti per un totale di 24,3 miliardi di euro⁵³. La Grecia, invece, una volta esaurita l'operatività della «*Greek Loan Facility*», ha ottenuto nel 2012 la concessione di un secondo programma di assistenza finanziaria, basato tuttavia non sul MESF (non abbastanza capiente), ma sull'altro strumento finanziario che andremo ad esaminare, per un totale effettivo di 130,9 miliardi di euro fino al giugno 2015.

d. *Il motore ausiliario: il fondo europeo di stabilità finanziaria (FESF)*

21. Le già citate conclusioni del Consiglio Ecofin del 9 e 10 maggio 2010 prevedevano espressamente che al MESF venisse affiancato uno «*Special Purpose Vehicle*», di durata triennale e con un volume d'intervento massimo di 440 miliardi di euro (su un totale di 500 miliardi di euro identificati dal Consiglio come limite massimo del sostegno), garantiti dagli Stati membri della zona euro in proporzione alle quote da loro detenute nel capitale della BCE. Si trattava di creare uno strumento che, da un lato, contribuisse ad aumentare i margini d'intervento finanziario per gli Stati in crisi, qualora eventualmente questi ultimi fossero "grandi" Stati (come Spagna e Italia) bisognosi di un sostegno su larga scala, e dall'altro valorizzasse l'esperienza pregressa dei prestiti bilaterali, inquadrata peraltro in uno schema giuridico più strutturato e meno aleatorio.

22. A tal fine venne escogitata una soluzione ingegnosa: la creazione, nel giugno 2010, di una «*société anonyme*» di diritto lussemburghese, con sede legale a Lussemburgo, dotata di un capitale sociale di soli 31.000 euro (interamente sottoscritto dal Granducato del Lussemburgo, che pertanto figura come azionista unico), ma aumentabile fino a 30 milioni di euro con delibera del consiglio di amministrazione. Nasceva così il fondo europeo di stabilità finanziaria (FESF) (in inglese «*European Financial Stability*

⁵¹ Art. 9, par. 1, del Regolamento (Ue) n. 407/2010.

⁵² Fonte: https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-financial-assistance/which-eu-countries-have-received-assistance/financial-assistance-ireland_en. L'Irlanda ha pure beneficiato di prestiti da parte del FMI e da parte di Regno Unito, Svezia e Danimarca.

⁵³ Fonte: https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-financial-assistance/which-eu-countries-have-received-assistance/financial-assistance-portugal_en. Il Portogallo ha pure beneficiato di prestiti da parte del FMI.

Facility» - EFSF), che avrebbe agito di conserva con l'azione del MESF secondo le regole stabilite dall'atto costitutivo⁵⁴. Pur non avendo una durata limitata nel tempo, esso non avrebbe potuto concludere nuove operazioni che nel corso del triennio che va dal giugno 2010 al giugno 2013, dovendosi per il seguito limitare alla gestione dei prestiti pregressi.

23. Il funzionamento del FESF non si desume dall'atto costitutivo, bensì dalla sua pratica operativa, che si basa su tre complessi fasci di relazioni contrattuali (interamente rette dal diritto lussemburghese): *a.* quelle con le istituzioni finanziarie per il reperimento dei fondi sul mercato dei capitali; *b.* quelle con gli Stati della zona euro in crisi per la fornitura dell'assistenza; *c.* quelle con gli altri Stati della zona euro per la prestazione delle garanzie necessarie per evitare i rischi di insolvenza.

24. I fondi necessari al funzionamento del Fondo erano reperiti sul mercato dei capitali attraverso l'emissione di obbligazioni rimborsabili a termine⁵⁵, a tassi d'interesse molto contenuti in funzione dell'ottima reputazione del Fondo stesso (al quale le principali agenzie di *rating* hanno attribuito il massimo punteggio).

25. Quanto alle relazioni con gli Stati membri in crisi, la fornitura dell'assistenza richiedeva anzitutto la domanda motivata del Paese interessato, rivolta al "*Board*" del Fondo. Tale domanda veniva girata successivamente alla Commissione, alla BCE ed al FMI, che dovevano congiuntamente esaminarla e negoziare con il Paese richiedente un «*country programme*» riguardante l'ammontare complessivo dell'aiuto, il tasso d'interesse applicabile, lo scadenzario delle restituzioni e le condizioni da rispettare per il risanamento finanziario. Infine, il programma dettagliato doveva essere approvato all'unanimità dall'Eurogruppo, condizione indispensabile per la firma del «*Memorandum of Understanding*» (MoU) che regolava i rapporti fra FESF e Stato in crisi. Si noti come in questa fase gli aspetti privatistici dell'attività del Fondo (richiesta dello Stato, MoU finale) fossero frammisti ad interventi esterni di tipo pubblicistico (negoziazione e finalizzazione del programma), che pur non modificando la natura del Fondo finivano per condizionarne pesantemente l'attività e, in definitiva, per assumere un ruolo decisionale sull'intero meccanismo di finanziamento.

26. La contaminazione dell'attività del Fondo con elementi di natura pubblicistica era ancora più vistosa nelle relazioni che si stabilivano tra quest'ultimo e gli Stati membri della zona euro ai fini della prestazione delle garanzie necessarie ad evitare i rischi di insolvenza legati alle opera-

⁵⁴ Pubblicato sul «*Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg*», C, n. 1189 dell'8 giugno 2010.

⁵⁵ Con l'assistenza tecnica dell'Agenzia tedesca delle Finanze.

zioni di prestito condizionato agli Stati richiedenti l'assistenza. Se infatti il reperimento dei fondi necessari all'assistenza ed il loro versamento ai Paesi beneficiari non presentava particolari difficoltà (data la facilità d'accesso del FESF al mercato dei capitali a condizioni molto favorevoli), restava tuttavia alto il rischio che questi ultimi non riuscissero a rispettare il ritmo delle restituzioni, mettendo così in crisi il Fondo sia per quanto concerne il rimborso agli investitori delle obbligazioni in precedenza emesse, sia in ordine alla sua reputazione internazionale ed al livello del *rating* di cui beneficia. Per rimediare a questo problema era stato posto in essere un complesso sistema di garanzie da parte dell'insieme degli Stati membri della zona euro, che avevano accettato di rendersi garanti delle operazioni finanziate dal FESF attraverso una griglia di impegni ponderati in funzione delle quote da loro detenute nel capitale della BCE⁵⁶. In tal modo, operazioni formalmente private di finanziamento venivano garantite a livello pubblico, con la conseguente riduzione a zero del rischio ad esse intrinsecamente connesso: infatti, con tale soluzione l'ammontare complessivo delle garanzie veniva fissato alla cifra di 440 miliardi di euro, più che sufficiente per coprire l'insieme delle operazioni di salvataggio, peraltro successivamente aumentata fino a 770 miliardi di euro.

27. Del FESF hanno beneficiato tre Stati membri in crisi: Grecia, Irlanda e Portogallo. In particolare, la Grecia ha ottenuto dal fondo un totale effettivo di 141,8 miliardi di euro⁵⁷, l'Irlanda ha ricevuto un totale di 17,7 miliardi di euro⁵⁸, mentre il Portogallo ha beneficiato di prestiti per un totale di 26 miliardi di euro⁵⁹.

III. Verso il «Fondo Salva-Stati»: problemi giuridici e difficoltà politiche

a. *Un percorso irto di ostacoli*

28. Si è visto sinora che, a parte il «concorso reciproco» previsto espressamente dall'art. 143 TFUE per gli «Stati membri con deroga» (ossia fuori dalla zona euro), i meccanismi di sostegno utilizzati per gli Stati

⁵⁶ Si veda la tabella riportata su: https://en.wikipedia.org/wiki/European_Financial_Stability_Facility.

⁵⁷ Fonte: <https://www.esm.europa.eu/assistance/greece/efsf-programme-greece-expired>. La Grecia ha inoltre beneficiato nel luglio 2015 di un prestito-ponte di 7,16 miliardi di euro per assicurare la transizione dal secondo al terzo programma di assistenza (di cui si dirà in seguito).

⁵⁸ Fonte: <https://www.esm.europa.eu/assistance/ireland>.

⁵⁹ Fonte: <https://www.esm.europa.eu/assistance/portugal>.

membri della zona euro che si trovano in crisi hanno utilizzato differenti tecniche d'intervento caratterizzate certo da elementi del tutto peculiari, ma tutte accomunate dal fatto di avere una base esclusivamente transitoria. Dall'assistenza esterna prestata per un periodo limitato dagli Stati membri della zona euro e coordinata dall'Unione (il c.d. «pacchetto Grecia») si è così passati ad uno strumento provvisorio interamente finanziato dall'Unione in virtù di un fondamento giuridico (l'art. 122, par. 2, TFUE) piuttosto discutibile (il MESF), accompagnato nel contempo da un fondo privato operante anch'esso su base temporanea, ma garantito esternamente dagli Stati membri della zona euro (il FESF).

29. Il passaggio alla tappa successiva, quella dell'edificazione di uno strumento di assistenza finanziaria di carattere permanente, avrebbe dovuto essere facilitato dall'evidente constatazione del protrarsi della crisi e della fragilità delle tecniche d'intervento fino ad allora utilizzate, limitate nel tempo e nelle risorse. Ma l'innovazione si doveva scontrare con gravi problemi giuridici e notevolissime difficoltà politiche, imboccando una via del tutto eterogenea rispetto all'agognata «ortodossia» del «metodo» europeo.

30. Gli ostacoli più vistosi sono rappresentati dalle restrizioni contenute negli artt. 123-125 TFUE, che riprendono il contenuto degli artt. 101-103 TCE. Com'è stato giustamente notato, la principale ragion d'essere di tali vincoli consiste nella volontà di sottoporre ad una stretta vigilanza le politiche fiscali e di bilancio degli Stati membri della zona euro, specialmente di quelli in cui è manifesta la tendenza a finanziare la spesa pubblica mediante un continuo indebitamento verso i mercati dei capitali anziché utilizzare la leva fiscale, con le inevitabili conseguenze sul disavanzo pubblico⁶⁰. Se l'art. 123 riguarda essenzialmente i rapporti fra la BCE e gli Stati membri, ai fini della presente trattazione occorre concentrare l'attenzione sui problemi derivanti dalle disposizioni di cui agli artt. 124 e 125 TFUE: la prima implica il divieto per gli Stati membri di «accesso privilegiato» alle istituzioni finanziarie, mentre la seconda fissa la clausola del «no bail-out», ossia il divieto di salvataggio finanziario per gli Stati membri in crisi d'indebitamento.

31. I limiti di cui all'art. 124 TFUE riguardano solo marginalmente l'argomento in esame, che consiste – lo ricordo – nella possibilità di stabilire uno sportello finanziario permanente per assistere gli Stati membri in

⁶⁰ Si veda in particolare: J. A. FRENCKEL - M. GOLDSTEIN, *Policy in an emerging European and Monetary Union*, in *IMF Staff Papers*, 381/1991, p. 356 ss. Nel caso di specie, si tratta di misure di sorveglianza preventiva, atte ad evitare l'indebitamento. Ovviamente, lo strumento destinato in modo specifico a colpire gli Stati membri «non virtuosi» è rappresentato dall'art. 126, riguardante i disavanzi pubblici eccessivi; ma l'esame analitico di tale disposizione esula dagli scopi del presente articolo.

crisi. In effetti, una definizione giuridica di «accesso privilegiato» già esisteva, ed era stata posta in essere con un Regolamento del Consiglio adottato nel 1993 sulla base dell'allora art. 104 A CE (introdotto *ex novo* dal Trattato di Maastricht, poi divenuto art. 102 CE dopo Nizza e quindi art. 124 TFUE dopo Lisbona), che conteneva un paragrafo (successivamente abrogato) che attribuiva al Consiglio il compito di stabilire le definizioni necessarie per l'applicazione del divieto⁶¹: si tratta del Regolamento (Ce) n. 3604/93 del Consiglio del 13 dicembre 1993 che precisa le definizioni ai fini dell'applicazione del divieto di accesso privilegiato di cui all'art. 104 A del Trattato⁶². Ai sensi dell'art. 1 di tale Regolamento, per misura che offre un accesso privilegiato alle istituzioni finanziarie si intende qualsiasi disposizione cogente «che obblighi le istituzioni finanziarie ad acquisire o a detenere titoli di debito di istituzioni o organi della Comunità, di amministrazioni centrali, di autorità regionali o locali, di altre autorità pubbliche o di altri organismi o imprese pubbliche degli Stati membri», oppure «che conceda vantaggi fiscali di cui beneficiano unicamente le istituzioni finanziarie, o vantaggi finanziari non conformi ai principi di un'economia di mercato, al fine di favorire l'acquisizione o la detenzione di tali titoli di debito da parte di dette istituzioni». Ora, sembra evidente che uno strumento finanziario permanente destinato ad assistere gli Stati membri in crisi di indebitamento non implica, in sé, alcun obbligo di acquisto o detenzione di titoli del debito pubblico emessi dall'Unione o dai suoi Stati membri, né concede vantaggi fiscali alle istituzioni finanziarie perché queste ultime acquistino o detengano i predetti titoli. Per cui se il divieto di cui all'art. 124 TFUE dovesse interpretarsi alla stregua dell'art. 1 del Regolamento (Ce) n. 3604/93, allora mi pare che esso non si opporrebbe all'ipotesi di uno strumento europeo di assistenza di carattere permanente con il quale risorse reperite liberamente sul mercato dei capitali vengano messe a disposizione, a tassi d'interesse agevolati ma pur sempre conformi all'economia di mercato, degli Stati membri in comprovata crisi d'indebitamento.

32. Ben più importanti sono i problemi connessi al divieto di salvataggio finanziario, stabilito dal Trattato di Maastricht con l'inserimento dell'art. 104 B CE, che attualmente forma oggetto dell'art. 125 TFUE. La clausola «*no bail-out*», sulla quale si è formata un'ampia ed articolata letteratura⁶³, implica l'interdizione, sia per l'Unione sia per i suoi Stati mem-

⁶¹ Attualmente la delega al Consiglio è contenuta nel secondo comma dell'art. 125 TFUE, che pur essendo inserito nel contesto del divieto di «*bail-out*» riguarda anche le disposizioni di cui agli artt. 123 e 124 TFUE.

⁶² *Guce* n. L 33 del 31 dicembre 1993, p. 4.

⁶³ Per tutti, si vedano M. L. TUFANO, *Commento all'art. 125 del Trattato sul funzionamen-*

bri, di rispondere o farsi carico degli impegni assunti «dalle amministrazioni statali, dagli enti regionali, locali o altri enti pubblici, da altri organismi di diritto pubblico o da imprese pubbliche di qualsiasi Stato membro»: in altre parole, il principio di solidarietà – desumibile dall’art. 2 TUE e sottostante alle disposizioni di sostegno di cui all’art. 122 TFUE – subisce una radicale limitazione quando si tratta di coprire o garantire gli impegni di spesa degli Stati membri pesantemente indebitati. Come è stato acutamente osservato, la disposizione in esame «impedisce che il vincolo di partecipazione all’UE si traduca in una sorta di “garanzia fideiussoria” nei confronti degli altri partners europei, qualora questi ultimi non siano in grado di onorare gli impegni economici presi»⁶⁴: in tale prospettiva, non tutte le forme di assistenza finanziaria vengono vietate, ma solo quelle misure che finiscono per tenere uno Stato indenne dalle conseguenze del mancato soddisfacimento degli impegni finanziari da esso conclusi mediante l’assunzione in sede europea di un obbligo legale di salvataggio.

33. Alla luce di una disposizione così stringente, le possibilità di varare uno strumento di assistenza di carattere generale e permanente apparivano decisamente remote, anche se il criterio della condizionalità ne avesse limitato l’applicazione ai soli casi nei quali l’appoggio finanziario fosse subordinato all’adozione di un sostanzioso pacchetto di riforme adeguatamente monitorato durante la sua messa in opera. Invero si sentiva la mancanza di una base giuridica *ad hoc* che consentisse, da un lato, di cristallizzare il contenuto sostanziale degli strumenti precedenti sottraendoli alla logica episodica ad essi sottesa ed inserendoli in una cornice normativa destinata a durare, e, dall’altro, di non venir meno al divieto di quegli interventi di tipo passivamente assistenziale cui specificamente si riferisce l’art. 125 TFUE. Perché dunque non creare *ex novo* una tale base giuridica?

b. *La modifica all’art 136 TFUE: via libera al sostegno europeo permanente*

34. Nel corso del Consiglio europeo del 28 e 29 ottobre 2010 venne pertanto evocata la possibilità di utilizzare la c.d. «procedura semplificata di revisione» di cui all’art. 48, par. 6, TUE⁶⁵ per introdurre nel TFUE una

to dell’Unione europea, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell’Unione europea, cit. supra*, nota 31, pp. 1323-1331; J.-V. LOUIS, *The No-Bail-out Clause and Rescue Packages, CMLR*, 2010, pp. 971-986.

⁶⁴ N. COLACINO, *Art. 125 TFUE*, in *Codice dell’Unione europea operativo, cit. supra*, nota 8, p. 1198.

⁶⁵ Tale procedura prevede che il Parlamento europeo, la Commissione o uno Stato membro possano sottoporre al Consiglio europeo «progetti intesi a modificare in tutto o in parte le disposizioni della parte terza del trattato sul funzionamento dell’Unione europea relative alle

disposizione specificamente destinata non solo a colmare la lacuna relativa agli strumenti finanziari permanenti di assistenza agli Stati membri della zona euro in crisi di indebitamento, ma anche a consentire la creazione di un vero e proprio meccanismo permanente di gestione delle crisi per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme. In tale contesto, fu il Governo belga a presentare, nel dicembre 2010, un progetto di modifica dell'art. 136 TFUE consistente nell'aggiunta di un paragrafo in base al quale gli Stati membri della zona euro potessero istituire un meccanismo finanziario da attivare qualora si rivelasse indispensabile per garantire la stabilità stessa della zona euro, purché la concessione dell'assistenza finanziaria venisse subordinata ad una rigorosa condizionalità. Tale progetto ricevette il parere positivo del Parlamento europeo, della Commissione e della BCE, ed il 25 marzo 2011 la relativa decisione del Consiglio europeo venne prontamente adottata.

35. La decisione del Consiglio europeo n. 2011/199/Ue del 25 marzo 2011 «che modifica l'articolo 136 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea relativamente a un meccanismo di stabilità per gli Stati membri la cui moneta è l'euro»⁶⁶ mirava ad aggiungere all'art. 136 TFUE (inserito fra le «disposizioni specifiche agli Stati membri la cui moneta è l'euro») un par. 3 supplementare secondo il quale «Gli Stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme. La concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo sarà soggetta a una rigorosa condizionalità». Tale modifica entrava regolarmente in vigore una volta espletate tutte le procedure richieste dalle norme costituzionali degli Stati membri per l'approvazione della decisione del Consiglio⁶⁷.

36. Ma quello che avrebbe dovuto essere il trionfo dell'ortodossia europea si rivelava alla prova dei fatti un «*retour à l'arrière*» verso quella metodologia intergovernativa che, nello stesso periodo, stava dando alla luce il c.d. «*Fiscal Compact*»⁶⁸. Dalla modifica introdotta nel TFUE, infat-

politiche e azioni interne dell'Unione». Il Consiglio europeo adotta allora, procedendo all'unanimità, una decisione in tal senso, previa consultazione del Parlamento europeo, della Commissione e, se del caso, della BCE. Tale decisione, tuttavia, «entra in vigore solo previa approvazione degli Stati membri conformemente alle rispettive norme costituzionali».

⁶⁶ *Gu-Ue* n. L 91 del 6 aprile 2011, p. 1.

⁶⁷ Adempimento espressamente richiesto dall'art. 48, par. 6, secondo comma, TUE, e richiamato nell'art. 2, primo comma, della decisione n. 2011/199/Ue. Secondo l'art. 2, secondo comma, della predetta decisione l'entrata in vigore era prevista per il 1° gennaio 2013. Tutti gli Stati membri – inclusa l'Italia – hanno provveduto a tale obbligo.

⁶⁸ Ossia il «Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance nell'Unione economica e monetaria» (TSCG), concluso tra gli Stati membri dell'Unione europea a Bruxelles il 2 marzo 2012 ed entrato in vigore il 1° gennaio 2013, che prevede il «patto di bilancio» e

ti, scaturiva non uno strumento dell'Unione, ma il ricorso ad un accordo internazionale fra gli Stati membri della zona euro: la disposizione in questione, infatti, demandava espressamente l'istituzione del meccanismo di stabilità non all'Unione, ma agli «Stati membri la cui moneta è l'euro». Pertanto, appariva del tutto ineludibile che fossero proprio tali Stati membri a stipulare fra di loro un vero e proprio accordo internazionale, i cui contenuti, concordati dall'Eurogruppo il 28 novembre 2010 e poi definiti in dettaglio nelle conclusioni del Consiglio europeo del 16-17 dicembre 2010⁶⁹ e del 24-25 marzo 2011⁷⁰, vennero fissati definitivamente nel «Trattato che istituisce il meccanismo europeo di stabilità» (di seguito, il «Trattato MES»), firmato in una prima versione l'11 luglio 2011, poi concluso nella sua forma definitiva a Bruxelles il 2 febbraio 2012 e finalmente entrato in vigore il 27 settembre 2012⁷¹: nasceva quello che in termini giornalistici sarà chiamato il «Fondo salva-Stati».

37. Perché dunque la nuova disposizione di cui all'art. 136, par. 3, TFUE implicava necessariamente l'adozione di un vero e proprio trattato di diritto internazionale fra gli Stati membri della zona euro? Al riguardo sono state date molteplici interpretazioni, di natura sia giuridica che politica⁷².

38. Secondo una prima interpretazione sarebbe stato lo stesso art. 48, par. 6, TUE ad imporre tale scelta. Infatti, il terzo comma di tale norma dispone che la decisione del Consiglio europeo che modifica in tutto o in parte le disposizioni del TFUE «non può estendere le competenze attribuite all'Unione nei trattati»: dunque, per rendere la modifica compatibile con tale limite, la competenza ad istituire il nuovo meccanismo di sostegno non doveva essere attribuita all'Unione (dal momento che questo avrebbe comportato un accrescimento dei poteri dell'Unione stessa), ma agli Stati membri della zona euro, che avrebbero agito all'esterno dell'Unione e quindi senza intaccare la struttura e i limiti dell'Unione economica e monetaria quale definita nel TFUE⁷³.

l'irrigidimento della disciplina dei disavanzi eccessivi. A parte il Regno Unito, finora solo la Croazia e la Repubblica Ceca non l'hanno ancora ratificato.

⁶⁹ Documento EUCO 30/1/10 REV 1, 25.1.2011, allegato II.

⁷⁰ Documento EUCO 10/11, 25.3.2011, allegato II.

⁷¹ Per il testo del Trattato: https://www.esm.europa.eu/sites/default/files/20150203_-_esm_treaty_-_it.pdf.

⁷² Per uno sguardo d'insieme sulla problematica giuridica si vedano: M. L. TUFANO, *Commento all'art. 136 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea, cit. supra*, nota 31, pp. 1384-1390; J.-V. LOUIS, *The Unexpected Revision of the Lisbon Treaty and the Establishment of a European Stability Mechanism*, in *Cahier Comte Boël*, n. 15, aprile 2011, pp. 17-39.

⁷³ In questo senso si veda la sintesi di B. DE WITTE, *The European Treaty Amendment for the Creation of a Financial Stability Mechanism*, in *SIEPS (Swedish Institute for European Policy Studies) European Policy Analysis*, June 2011, p. 7.

39. Una seconda interpretazione sottolinea la necessità di privilegiare la piena compatibilità del nuovo meccanismo di sostegno con i limiti posti dai precitati artt. 124 e 125 TFUE, compatibilità che altrimenti sarebbe ricostruibile, con molte difficoltà, solo in sede interpretativa⁷⁴. La nuova disposizione introdotta dall'art. 136, par. 3, TFUE, pertanto, rappresenterebbe «una sorta di clausola di abilitazione che istituisce un regime speciale rispetto al divieto generale di bail-out sancito dall'art. 125 TFUE»⁷⁵, clausola che, da un lato, imporrebbe il ricorso ad un accordo – esterno all'Unione – fra Stati membri della zona euro e, dall'altro, renderebbe legalmente più sicura e meno contestabile in sede giudiziaria l'istituzione del meccanismo di stabilità.

40. Altri infine sostengono che l'emendamento all'art. 136 TFUE abbia avuto soprattutto una forte valenza politica, dal momento che esso servirebbe a rafforzare la piena attuazione del principio di solidarietà fra gli Stati membri della zona euro, impegnandoli a mettere a disposizione, su base volontaria, ingenti risorse per il sostegno di una causa comune, ossia la stabilità dell'Unione economica e monetaria⁷⁶. Dal che deriverebbe l'importanza che a creare tale vincolo di solidarietà sia un accordo internazionale di tipo classico invece di un semplice strumento dell'Unione.

41. In relazione alle varie interpretazioni che sono state proposte, occorre ricordare che l'idea di demandare l'istituzione del nuovo meccanismo permanente ad un accordo internazionale da stipularsi al di fuori della sfera d'azione dell'Unione è stata pesantemente criticata dal Parlamento europeo nella sua risoluzione del 23 marzo 2011 «sul progetto di decisione del Consiglio europeo che modifica l'articolo 136 del trattato sul funzionamento dell'unione europea relativamente a un meccanismo di stabilità per gli Stati membri la cui moneta è l'euro»⁷⁷. Secondo il Parlamento europeo, l'intenzione di istituire il meccanismo permanente di stabilità al di fuori del quadro istituzionale dell'Unione europea costituiva «una minaccia per l'integrità del sistema basato sui trattati»⁷⁸, in primo luogo perché privava la Commissione del ruolo che le sarebbe spettato di membro del consiglio di amministrazione del nuovo organismo che veniva alla luce, nonché del diritto di iniziativa al fine di proporre azioni miranti a conse-

⁷⁴ In tal senso si veda A. VITERBO, *Art. 136 TFUE*, in *Codice dell'Unione europea operativo*, cit. supra, nota 8, pp. 1244-1247.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 1246.

⁷⁶ In questo senso, si veda P. ATHANASSIOU, *Of Past Measures and Future Plans for Europe's Exit from Sovereign Debt Crisis: What is legally Possible (and What is Not)*, in *European Law Reporter*, 2011, pp. 558-575.

⁷⁷ Documento P7_TA-PROV(2011)0103.

⁷⁸ *Ibidem*, punto 7, p. 3.

guire gli obiettivi del meccanismo di stabilità, ed in secondo luogo perché non assicurava che gli Stati membri della zona euro rispettassero il diritto dell'Unione e le prerogative delle istituzioni europee⁷⁹. In tale ottica, il nuovo meccanismo non avrebbe dovuto «dar luogo a un nuovo modello di governance europea inferiore agli standard democratici raggiunti nell'Unione»⁸⁰, fungendo da apripista per successivi esperimenti intergovernativi: preoccupazione del tutto vana, dato che qualche tempo dopo (2 marzo 2012) gli Stati membri avrebbero stipulato il «*Fiscal Compact*» («Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance nell'Unione economica e monetaria»).

42. Ma il Parlamento europeo non si limitava alla sola *pars destruens*: esso formulava anche alcune interessanti ipotesi di lavoro alternative che il Consiglio europeo avrebbe potuto (e dovuto) esplorare⁸¹. In particolare, la prima possibilità consisteva nell'avvalersi dei poteri conferiti al Consiglio dall'art. 136, par. 1, TFUE, disposizione che consente l'adozione di «misure concernenti gli Stati membri la cui moneta è l'euro» al fine di rafforzare il coordinamento e la sorveglianza della disciplina di bilancio, e di elaborare e monitorare orientamenti di politica economica compatibili con quelli adottati a livello europeo. La seconda alternativa riguardava invece il ricorso alla «clausola di flessibilità» di cui all'art. 352 TFUE, che avrebbe consentito al Consiglio di adottare disposizioni appropriate qualora «un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine». Infine, una terza opzione veniva individuata nel ricorso per analogia ai meccanismi istituzionali di cooperazione rafforzata di cui all'art. 20 TUE quale strumento per coinvolgere le istituzioni dell'Unione ed incoraggiare tutti gli Stati membri, compresi quelli la cui moneta non è ancora l'euro, a partecipare al nuovo meccanismo di stabilità.

43. Tra le opzioni suggerite dal Parlamento europeo, la prima non risulta affatto convincente. Infatti, l'art. 136 TFUE – introdotto dal Trattato di Lisbona – riguarda in modo specifico la «*governance*» dell'Unione economica e monetaria, creando quella che è stata definita una «cooperazione rafforzata speciale»⁸² tra gli Stati membri della zona euro al fine di un mi-

⁷⁹ Al riguardo il Parlamento europeo aveva presentato un emendamento – cui non venne dato seguito – al progetto originario di decisione del Consiglio europeo, che in particolare definiva il ruolo della Commissione nell'ambito del nuovo meccanismo ed inquadrava in un contesto europeo i limiti e le regole per la condizionalità dell'assistenza finanziaria.

⁸⁰ Risoluzione del 23 marzo 2011, punto 8, p. 3.

⁸¹ *Ibidem*, punti 9 e 11, pp. 3 e 4.

⁸² A. VITERBO, *Art. 136 TFUE, cit. supra*, nota 74, p. 1242.

gliore coordinamento delle rispettive politiche economiche; sulla base di tale disposizione possono essere adottate misure volte al rafforzamento della vigilanza dei bilanci degli Stati membri⁸³, ma non certo strumenti finanziari per assicurarne la stabilità.

44. Quanto al riferimento alle cooperazioni rafforzate previste dall'art. 20 TUE (nonché dagli artt. 326-334 TFUE), esse dovrebbero considerarsi attinenti alle sole «competenze non esclusive dell'Unione»⁸⁴: ora, se la «politica monetaria per gli Stati membri la cui moneta è l'euro» è considerata competenza esclusiva dell'Unione in base all'art. 3, par. 1, lett. c., TFUE, il coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, invece, non dovrebbe considerarsi tale e quindi, da questo punto di vista, la creazione di uno strumento coordinato di stabilità finanziaria potrebbe formare oggetto di cooperazione rafforzata⁸⁵. Pur senza potersi esprimere sulla completa fattibilità di tale ipotesi, duole constatare come essa non sia stata sufficientemente approfondita in sede politica, dal momento che avrebbe potuto condurre ad opzioni maggiormente conformi all'ortodossia del "metodo" europeo.

45. Resta la seconda ipotesi, quella riguardante il possibile ricorso alla «clausola di flessibilità» di cui all'art. 352 TFUE. Certo, si tratta di una base giuridica residuale che potrebbe in astratto essere utilizzata per «realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine»⁸⁶. Ma qui la difficoltà risiede nel fatto che la norma in questione prevede la decisione unanime del Consiglio, previa approvazione del Parlamento europeo: una difficoltà politica, nel senso che l'adozione della decisione avrebbe richiesto anche il voto unanime degli «*Stati membri con deroga*», ossia quelli fuori dalla zona euro, la cui adesione al progetto del meccanismo di stabilità appariva estremamente improbabile in quanto tale progetto non li riguardava affatto. Saranno, del resto, proprio le difficoltà politiche a provocare il fallimento della proposta della Commissione del 2017, mirante a creare sulla base dell'art. 352 TFUE un Fondo monetario europeo, come si vedrà nel prosieguo.

⁸³ Come i provvedimenti noti come «*Two pack*» e «*Six Pack*», ossia i pacchetti di riforme sulla *governance* economica europea, cui si accennerà più oltre.

⁸⁴ Art. 20, par. 1, TUE e art. 329, par. 1, primo comma, TFUE.

⁸⁵ In questo senso si veda: M. SCHWARZ, *A memorandum of misunderstanding: the doomed road of the European Stability Mechanism and a possible way out: enhanced cooperation*, *CMLR*, 2014, pp. 389-423. Più in generale cfr. J.-V. LOUIS, *L'Union européenne et sa monnaie*, in *Commentaires J. Megret*, Bruxelles, III, 2009, p. 328 ss.

⁸⁶ In generale si veda J.-C. PIRIS, *The Lisbon Treaty. A Legal and Political Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, nonché, sul punto, U. DRAETTA, *Le competenze dell'UE nel Trattato di Lisbona*, in questa *Rivista*, 2008, pp. 245-259.

46. Tutto sommato, quindi, il ricorso ad uno strumento di diritto internazionale nel quadro del (nuovo) art. 136, par. 3, TFUE non appare una scelta azzardata come sembrerebbe a prima vista: non soltanto essa ha permesso di coagulare il consenso di tutti gli Stati membri la cui moneta è l'euro, cosa di per sé molto difficile, ma ha finito per rappresentare l'unica opzione giuridicamente praticabile, le alternative ponendo, come si è visto, più problemi di quanti ne avrebbero risolti.

c. *La “prova di resistenza” giurisdizionale: da Karlsruhe a Lussemburgo*

47. Una volta varato, il Trattato MES non era destinato ad una facile navigazione: oltre alle perplessità di carattere politico evidenziate dal Parlamento europeo, notevoli opposizioni provenivano anche da gruppi di pressione localizzati a livello nazionale, che avevano la possibilità di innescare cause giudiziarie al fine di contestarne la legittimità, in riferimento sia al diritto dell'Unione sia ai rispettivi ordinamenti statali. I principali risultati di tali azioni sono state due importanti decisioni del Bundesverfassungsgericht (la Corte costituzionale federale tedesca) prima, e della Corte di giustizia dopo, entrambe nel senso di legittimare, per ragioni ovviamente diverse, i fondamenti giuridici del Trattato MES.

48. La decisione della Corte costituzionale federale tedesca risale al 12 settembre 2012⁸⁷, e presentava una duplice particolarità: da un lato riguardava non solo il Trattato MES, ma anche il «*Fiscal Compact*», e dall'altro limitava il suo raggio d'azione alla sola verifica della compatibilità dei due accordi in questione con l'ordine giuridico tedesco, facendo quindi astrazione da ogni considerazione circa la loro base giuridica e la loro legittimità rispetto al diritto dell'Unione europea. Ciononostante, tale decisione rivestiva all'epoca un grande valore politico, in quanto, dando il via libera alla procedura di ratifica dei due accordi da parte del Parlamento tedesco, essa rimuoveva il principale ostacolo alla loro entrata in vigore fra tutti gli Stati firmatari. Per quanto in particolare riguardava il Trattato MES, la Corte sottolineava, in buona sostanza, che l'adesione al meccanismo di stabilità non rappresentava un attentato al principio costituzionale dell'indipendenza e dell'autonomia del bilancio tedesco, dal momento che non trasferiva competenze budgetarie nazionali ad organismi dell'Unione o ad enti costituiti in connessione con l'Unione: tuttavia, tale adesione veniva subordinata alla condizione imprescindibile secondo la quale la responsabilità della Germania doveva intendersi limitata alla quota di capita-

⁸⁷ Sentenza del 12 settembre 2012 nelle cause riunite 2 BvR 1390/12, 2 BvR 1421/12, 2 BvR 1438/12, 2 BvR 1439/12, 2 BvR 1440/12 e 2 BvE 6/12.

le da sottoscrivere in funzione del piano di ripartizione stabilito dal Trattato MES⁸⁸, e non poteva estendersi ad ulteriori obbligazioni di pagamento senza l'esplicito accordo del Governo tedesco in sede di rinegoziazione delle clausole pattizie⁸⁹. Una volta sottolineata tale condizione in sede di autorizzazione parlamentare alla ratifica, quest'ultima poteva senz'altro effettuarsi nel pieno rispetto dell'ordine costituzionale tedesco.

49. Con la sentenza della Corte di giustizia del 27 novembre 2012 nella causa n. C-370/12, *Pringle*⁹⁰, la scena si sposta da Karlsruhe a Lussemburgo. Nell'ambito di una controversia (montata ad arte con grande abilità) che opponeva il signor Thomas Pringle⁹¹ al Governo ed al Procuratore generale irlandesi, la "Supreme Court" dell'Irlanda rivolgeva alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali che riguardavano, da un lato, la validità della decisione del Consiglio europeo n. 2011/199/UE del 25 marzo 2011, modificativa dell'art. 136 TFUE, e, dall'altro, la compatibilità col diritto dell'Unione europea dello stesso Trattato MES⁹². In entrambi i casi la Corte si pronunciava nel senso di confermare la validità e la compatibilità dei due strumenti giuridici, con ragionamenti di grande pregio che vale la pena di esaminare più in dettaglio nei paragrafi che seguono⁹³.

50. Per quanto concerne il primo punto che forma oggetto dell'analisi della Corte, la tesi del signor Pringle era nel senso che la decisione n.

⁸⁸ Su cui si parlerà più avanti.

⁸⁹ Sulle complesse interazioni fra la sentenza del Bundesverfassungsgericht e la successiva sentenza della Corte di giustizia nel caso *Pringle*, si vedano: G. BECK, *The Court of Justice, the Bundesverfassungsgericht and Legal Reasoning during the Euro Crisis: the Rule of Law as a Fair-Weather Phenomenon*, in *European Public Law*, 2014, pp. 539-566; G. RIVOSECCHI, *Il meccanismo europeo di stabilità e il fiscal compact tra Karlsruhe e Lussemburgo*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, n. 2, pp. 425-429.

⁹⁰ In *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, novembre 2012, EU:C:2012:756.

⁹¹ Membro della Camera bassa (Dàil Eireann) del Parlamento irlandese, appartenente al partito nazionalista Sinn Féin.

⁹² Per la precisione, la questione specifica concerneva la compatibilità col diritto dell'Unione degli atti di conclusione (o adesione) e di ratifica da parte dell'Irlanda del Trattato MES.

⁹³ Per un esame ancora più dettagliato della sentenza, anche con riferimento a tematiche non esaminate in questa sede, si vedano, *ex multis*, i seguenti contributi: B. DE WITTE e T. BEUKERS, *The Court of Justice approves the creation of the European Stability Mechanism outside the EU legal order: Pringle, CMLR*, 2013, pp. 805-848; E. CHITI, *Il Meccanismo europeo di stabilità al vaglio della Corte di giustizia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, pp. 148-154; F. J. MENA PARRAS, *The European Stability Mechanism through the Legal Meanderings of the Union Constitutionalism: Comment on Pringle*, in *EL Rev.*, 2013, pp. 848-865; F. MARTUCCI, *La Cour de justice face à la politique économique et monétaire: du droit avant toute chose, du droit pour seule chose. Commentaire de l'arrêt CJUE, 27 novembre 2012, Pringle*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2013, p. 239 ss.; C. KOEDOODER, *The Pringle Judgment: Economic and/or Monetary Union?*, in *Fordham Internat. Law Jour.*, 2013, pp. 111-146; L. COUTRON, *Approche contentieuse du traité instituant le mécanisme européen de stabilité, ou l'arrêt Pringle vu par le petit bout de la lorgnette*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2013, n. 2, pp. 311-316; S. BARDUTZKI, *Constitutional courts, preliminary rulings and the «new form of law»: the adjudication of the European stability mechanism*, in *German Law Journal*, 2015, pp. 1771-1789.

2011/199/UE non fosse stata legittimamente adottata sulla base del procedimento di revisione semplificata di cui all'art. 48, par. 6, TFUE, dal momento che essa avrebbe comportato una modifica ingiustificata delle competenze dell'Unione e la violazione di varie disposizioni e principi generali del diritto dell'Unione. A tale riguardo, la Corte, dopo avere affermato la propria competenza a pronunciarsi sulla validità o meno della modifica ai Trattati e riconosciuto la ricevibilità del relativo quesito, sottolinea come, da un lato, la predetta decisione mirasse a modificare una disposizione chiaramente contenuta nella parte terza del TFUE, come espressamente previsto dall'art. 48, par. 6, TFUE, risultando in tal modo formalmente legittimata da tale norma primaria, e, dall'altro, come essa non interferisse né sulla politica monetaria quale competenza esclusiva dell'Unione⁹⁴, né sul coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri⁹⁵, materie entrambe contenute nella parte prima del TFUE, finendo anche per risultare sostanzialmente conforme alle condizioni stabilite dalla propria base giuridica. In conclusione, la Corte afferma che la decisione contestata «non attribuisce alcuna nuova competenza all'Unione»⁹⁶, dal momento che la modifica dell'art. 136 TFUE «non crea alcuna base giuridica che consenta all'Unione di avviare un'azione che non era possibile prima dell'entrata in vigore della modifica del Trattato FUE»⁹⁷.

51. Quanto invece al problema della compatibilità col diritto dell'Unione del Trattato MES, la Corte, messe anche in questa sede da parte le riserve sulla sua competenza⁹⁸ e sulla ricevibilità del quesito⁹⁹, si con-

⁹⁴ La Corte osserva come l'obiettivo del MES, consistente nel salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo complesso, si distingue «chiaramente dall'obiettivo di mantenere la stabilità dei prezzi, che costituisce l'obiettivo principale della politica monetaria dell'Unione» (sentenza *Pringle*, punto 56, *cit. supra*, nota 90), e che lo strumento essenziale del MES, consistente nella concessione di un'assistenza finanziaria agli Stati membri della zona euro, «non rientra manifestamente nella sfera della politica monetaria» (sentenza *Pringle*, punto 57).

⁹⁵ Al riguardo la Corte, pur riconoscendo che l'istituzione del MES «rientra nel settore della politica economica» (sentenza *Pringle*, punto 60, *cit. supra*, nota 90), sottolinea che le disposizioni dei Trattati – ed in particolare gli artt. 122, par. 2, 143, par. 2, e 352 TFUE – «non conferiscono una competenza specifica all'Unione per istituire un meccanismo di stabilità come quello previsto da tale decisione» (sentenza *Pringle*, punto 64), e che pertanto «gli Stati membri la cui moneta è l'euro sono competenti a concludere tra di loro un accordo relativo all'istituzione di un meccanismo di stabilità» (sentenza *Pringle*, punto 68), pur nel pieno rispetto del diritto dell'Unione nell'esercizio delle proprie competenze (sentenza *Pringle*, punto 69). Un ragionamento alquanto contorto, ma condivisibile per il risultato cui perviene.

⁹⁶ Sentenza *Pringle*, punto 73, *cit. supra*, nota 90.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ In modo sbrigativo ma efficace la Corte sottolinea che la questione «verte sull'interpretazione di diverse disposizioni del diritto dell'Unione e non sull'interpretazione di disposizioni del Trattato MES» (sentenza *Pringle*, punto 79, *loc. cit.*), per cui la propria competenza è fuori discussione.

⁹⁹ La ricevibilità della questione viene negata solo per quanto riguarda l'interpretazione degli artt. 2 e 3 TUE del principio generale della certezza del diritto.

centra essenzialmente sull'analisi delle disposizioni del TFUE relative alla politica monetaria ed alla competenza dell'Unione a concludere accordi internazionali, al fine di verificare se la conclusione e la ratifica del Trattato MES confligga o meno con esse. Al riguardo, i giudici constatano, da un lato, che «le attività del MES non rientrano nella politica monetaria»¹⁰⁰, oggetto di competenza esclusiva dell'Unione, e, dall'altro, che la conclusione e la ratifica del Trattato MES «non impediscono all'Unione di esercitare le proprie competenze nella tutela dell'interesse comune»¹⁰¹, essendo quest'ultima pienamente legittimata dall'art. 122, par. 2, TFUE ad accordare un'assistenza finanziaria puntuale ad uno Stato membro minacciato da gravi difficoltà: dunque, nessun dubbio dovrebbe sussistere circa la piena compatibilità del Trattato MES con le norme del diritto dell'Unione che riservano ad essa competenze esclusive.

52. La Corte discute anche l'eventuale incompatibilità del Trattato MES con altre disposizioni di diritto primario relative alla politica economica, quali quelle riguardanti la disciplina dell'Unione economica e monetaria¹⁰² e quelle desumibili dagli artt. 122, 123 e 125 TFUE, sempre arrivando alla conclusione che tali norme non ostano alla conclusione ed alla ratifica dell'accordo. In particolare, non viene ravvisata alcuna elusione al divieto di «*bail-out*» stabilito dall'art. 125 TFUE: esso, infatti, «non vieta la concessione di un'assistenza finanziaria da parte di uno o più Stati membri ad uno Stato membro che resta responsabile dei propri impegni nei confronti dei suoi creditori e purché le condizioni collegate a siffatta assistenza siano tali da stimolarlo all'attuazione di una politica di bilancio virtuosa»¹⁰³, come avviene nell'ambito del funzionamento del MES¹⁰⁴.

53. Infine, secondo la Corte il Trattato MES non compromette nemmeno l'ordine delle competenze assegnate dai Trattati alla Commissione, alla BCE ed in particolare alla stessa Corte di giustizia: se infatti la competenza di quest'ultima è prevista in generale dall'accordo, e se l'art. 273 TFUE subordina la competenza della Corte all'esistenza di un compromesso, «nulla impedisce, considerato l'obiettivo perseguito da tale disposizione, che un accordo siffatto si verifichi previamente, con riferimento ad un'intera categoria di controversie predefinite»¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Sentenza *Pringle*, cit. supra, nota 90, punto 95.

¹⁰¹ *Ibidem*, punto 106.

¹⁰² Si tratta degli artt. 2, par. 3, 119, 120, 121 e 126 TFUE.

¹⁰³ Sentenza *Pringle*, loc. cit., punto 137.

¹⁰⁴ Sul punto, si veda J. ATIK, *From "no bailout" to the European stability mechanism*, in *Fordham International Law Journal*, 2016, pp. 1201-1224.

¹⁰⁵ *Ibidem*, punto 172.

54. Con l'autorevole avallo della Corte di giustizia si chiude dunque il cerchio nella complessa messa a punto giuridica degli strumenti predisposti per la crisi del debito sovrano, anche se il risultato finale potrebbe lasciare l'amaro in bocca a quanti avrebbero preferito soluzioni più ortodosse rispetto al "metodo" europeo. In effetti, alcuni hanno parlato di un tentativo al "bilancio istituzionale" dell'Unione, con preoccupanti riflessi sul futuro dell'integrazione europea¹⁰⁶. Ma ritengo che la polemica debba a questo punto lasciar spazio all'oggettiva analisi dello strumento finale al quale si è pervenuti, ossia il meccanismo europeo di stabilità, delle cui caratteristiche si dirà nel prosieguo.

IV. Il «Fondo Salva-Stati» in azione

a. *Natura giuridica e posizione istituzionale del MES*

55. Il meccanismo europeo di stabilità si presenta come uno strumento finanziario *ad hoc* che nasce in funzione di un supporto ai diciannove Stati membri la cui moneta è l'euro, ma che da un lato fuoriesce dal quadro giuridico europeo, in quanto struttura intergovernativa, e dall'altro è suscettibile – come si vedrà – di estensione anche agli Stati membri con deroga, ossia ancora fuori da tale zona¹⁰⁷. Un vero irrocervo di difficile qualificazione sia giuridica sia economica.

56. Merita soffermarsi anzitutto sull'entrata in vigore del Trattato MES, regolata dall'art. 48 dello stesso Trattato: esso entra in vigore col deposito delle ratifiche degli Stati membri «le cui sottoscrizioni iniziali rappresentino non meno del 90% delle sottoscrizioni totali di cui all'allegato II», ossia dell'allegato che specifica le percentuali di contribuzione al capitale iniziale del MES. L'entrata in vigore, con i diciassette Stati membri allora appartenenti alla zona euro, ha avuto luogo il 27 settembre

¹⁰⁶ Si vedano sul punto M. DAWSON - F. DE WITTE, *Constitutional Balance in the EU after the Euro-Crisis*, in *The Modern Law Review*, 2013, pp. 817- 844; M. F. CUCCHIARA, *Fiscal compact e meccanismo europeo di stabilità: quale impatto sull'equilibrio istituzionale dell'Unione?*, in *Dir. Un. Eur.*, 2015, pp. 91-135. Per un quadro d'insieme sui risultati finali della crisi della zona euro, si veda l'accurata analisi di K. TUORI - K. TUORI, *The Eurozone Crisis: a Constitutional Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

¹⁰⁷ In generale sul MES, si vedano L. MILANESI, *Meccanismo europeo di stabilità - Documentazione*, Youcanprint, 2020; G. NAPOLITANO, *Il meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, pp. 461-469; A. MANGIA (ed.), *MES. L'Europa e il trattato impossibile*, Brescia, Morcelliana, 2020; D. SIMON, *Mécanisme européen de stabilité (MES)*, in *Europe*, 2013, pp. 17-20; C. OHLER, *The European Stability Mechanism: the long road to financial stability in the euro area*, in *German Yearbook of International Law*, 2012, pp. 47-74. Molto interessante è pure la rievocazione storica – leggermente trionfalistica – pubblicata online dallo stesso MES: «*Safeguarding the Euro in Times of Crisis: The Inside Story of the ESM*».

2012¹⁰⁸. In tale contesto, l'idea guida è che gli Stati membri della zona euro sono da considerarsi automaticamente parti contraenti del Trattato, nel senso che non potrebbero sottrarsi alla sua ratifica né denunciarlo dopo averlo sottoscritto¹⁰⁹.

57. Peraltro, il Trattato prevede alcune disposizioni in base alle quali possono aderire anche gli altri Stati membri non appartenenti alla zona euro, previa abrogazione della loro deroga all'adesione all'euro da parte del Consiglio¹¹⁰: si tratta degli artt. 2 e 44, che finora sono stati utilizzati per l'ingresso della Lituania e della Lettonia¹¹¹, portando il numero dei membri a diciannove. D'altra parte, il Trattato prevede pure che Stati membri non facenti parte della zona euro partecipino, su base *ad hoc*, a fianco del MES a operazioni di sostegno alla stabilità prestata a Stati membri della zona euro: in tal caso, essi sono invitati a partecipare, in qualità di osservatori, alle riunioni sia del consiglio dei governatori sia del consiglio di amministrazione, limitatamente alle discussioni vertenti sulle operazioni *de quibus*¹¹². Non vi sono disposizioni che prevedano l'adesione al Trattato o la partecipazione alle operazioni del MES da parte di Paesi terzi¹¹³, mentre è prevista una forma di relazione privilegiata con il FMI per il sostegno alla stabilità – nel senso che «lo Stato membro della zona euro che richiederà l'assistenza finanziaria dal MES rivolgerà, ove possibile, richiesta analoga al FMI»¹¹⁴ – nonché, se del caso, con qualsiasi organizzazione o entità internazionale dotata di competenze specialistiche in settori correlati a quelli coperti dal MES¹¹⁵.

58. Per quanto concerne la natura giuridica del MES, l'art. 1 del Trattato parla di una «istituzione finanziaria internazionale», con sede a Lussemburgo¹¹⁶, cui prendono parte gli Stati membri della zona euro presenti e futuri. Dal canto suo, l'art. 32, par. 2, del Trattato precisa che il MES «è

¹⁰⁸ Col deposito degli strumenti di ratifica della Repubblica federale tedesca, dopo la già ricordata sentenza del Bundesverfassungsgericht del 12 settembre 2012.

¹⁰⁹ Si vedano la settima premessa e l'art. 1, par. 2, del Trattato.

¹¹⁰ In base all'art. 140, par. 2, TFUE.

¹¹¹ L'adesione della Lettonia è avvenuta il 13 marzo 2014, quella della Lituania il 3 febbraio 2015.

¹¹² Si vedano la nona premessa e gli artt. 5, par. 4, e 6, par. 3, del Trattato.

¹¹³ Anche se l'art. 38 del Trattato allude a forme di cooperazione «con qualsiasi paese che fornisca assistenza finanziaria a un membro del MES su base *ad hoc*»: si tratta molto probabilmente di un semplice rimando alla partecipazione eventuale ad operazioni di sostegno da parte di altri Stati membri non appartenenti alla zona euro.

¹¹⁴ Ottava premessa al Trattato. Per la concertazione col FMI si vedano anche gli artt. 13, par. 3, e 38 del Trattato.

¹¹⁵ Art. 38 del Trattato.

¹¹⁶ In base all'art. 31 del Trattato, il MES ha la propria sede legale ed i propri uffici principali a Lussemburgo, ma è abilitato ad istituire un ufficio di collegamento a Bruxelles.

dotato di piena personalità giuridica e ha piena capacità giuridica» per ogni transazione immobiliare, per la stipula di contratti, per stare in giudizio e per la conclusione di accordi o protocolli. Da tali disposizioni si deduce che il MES deve considerarsi un vero e proprio organismo intergovernativo, appartenente alla più generale categoria delle organizzazioni internazionali¹¹⁷, delle quali possiede i requisiti comunemente richiesti per il loro riconoscimento: un accordo istitutivo concluso fra più Stati, una personalità di diritto internazionale ed una *governance* stabile e permanente volta al conseguimento delle finalità istituzionali¹¹⁸. Per molti versi, e secondo le intenzioni dei suoi fondatori, il MES potrebbe essere qualificato come il FMI dell'Europa, del quale ricalca la struttura organizzativa.

59. In conformità alla sua natura di organizzazione internazionale, il MES dispone, per la realizzazione dei suoi compiti d'istituto, degli stessi privilegi ed immunità generalmente riconosciuti a queste ultime. La materia è regolata essenzialmente dagli artt. 32 e 34-36 del Trattato, che prevedono l'immunità da giurisdizione, provvedimenti coercitivi e restrizioni per i beni, le disponibilità e le proprietà dell'istituzione, l'inviolabilità degli archivi, dei locali e della corrispondenza, il segreto professionale e l'immunità dalla giurisdizione per i membri degli organi di governo ed il personale qualora operanti nell'esercizio delle loro funzioni, e l'esenzione fiscale per tutti i beni, le entrate e le operazioni effettuate nell'ambito delle attività istituzionali. Giova pure sottolineare l'importanza della disposizione di cui all'art. 32, par. 9, del Trattato, secondo cui il MES «è esente da obblighi di autorizzazione o di licenza applicabili agli enti creditizi, ai prestatori di servizi di investimento o ad altre entità soggette ad autorizzazione o licenza o regolamentate secondo la legislazione applicabile in ciascuno dei suoi membri»: trattandosi di organizzazione internazionale e non di un normale istituto creditizio, il MES ha la possibilità di evitare l'applicazione delle regole nazionali in tema di credito ed investimento e di agire in base alle proprie regole, quali previste dal Trattato o adottate in forza di esso, garantendosi in tal modo una efficace indipendenza dalle imposizioni dei governi degli Stati membri.

¹¹⁷ Secondo l'art. 2 della Convenzione di Vienna del 1986 sul diritto dei trattati conclusi tra organizzazioni internazionali e tra organizzazioni internazionali e Stati, per organizzazione internazionale si intende «un'organizzazione tra governi», a prescindere dalla sua denominazione.

¹¹⁸ In tal senso F. MARTUCCI, *Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance, traité instituant le mécanisme européen de stabilité: le droit international public au secours de l'UEM*, in *Revue des affaires européennes*, 2012, pp. 717-731. Occorre rimarcare in questa sede la profonda differenza fra il MES, ente di diritto internazionale pattizio, ed il FESF in precedenza esaminato, che era invece una società per azioni di diritto lussemburghese, a quest'ultimo interamente subordinata.

60. Rimangono da esaminare le relazioni fra il MES ed i precedenti strumenti finanziari, ossia il MESF ed il FESF. Essi, infatti, rimanevano operativi fino al 2013 come organismi transitori, mentre il MES ne assumeva le attività dal luglio 2012¹¹⁹. Resta un anno di *overlapping*: dal luglio 2012 le nuove operazioni vengono trattate dal MES, e MESF e FESF si limitano a gestire le operazioni pendenti senza effettuarne altre. Occorre notare peraltro che il FESF formalmente ancora esiste, anche se non ha la possibilità di effettuare nuove operazioni, per cui alcune disposizioni transitorie sono contemplate direttamente dal Trattato: si tratta degli artt. 39 e 40.

b. *La governance del MES*

61. Lo schema di *governance* del MES, quale descritto sommariamente nell'art. 4, par. 1, del Trattato, è relativamente semplice e ricalca quello del FMI e della maggior parte delle altre istituzioni finanziarie internazionali: un organo di governo (il Consiglio dei governatori), un organo di amministrazione (il Consiglio di amministrazione) ed un organo di gestione (il Direttore generale), con la necessaria aggiunta di un organo di controllo (il Collegio dei revisori) e del personale adeguato per l'espletamento delle attività d'istituto.

62. Al vertice decisionale del MES si colloca il Consiglio dei governatori («*Board of Governors*»), cui appartiene il potere di determinare le linee guida della sua attività e di adottare le misure politicamente più importanti. La composizione di tale organo risulta dall'art. 5, par. 1, del Trattato, che prevede che ogni membro del MES (ossia ogni Stato membro la cui moneta è l'euro) nomini un governatore – che imperativamente deve essere il ministro delle finanze di tale Stato – ed un governatore supplente. In tal modo, il processo decisionale del MES implica la partecipazione attiva di tutti i diciannove Stati membri che hanno aderito al Trattato, i cui rappresentanti dovranno necessariamente concertarsi fra loro per l'assunzione delle decisioni politicamente rilevanti. Molto particolare è poi la norma che regola l'assunzione della presidenza del Consiglio: secondo l'art. 5, par. 2, del Trattato, infatti, il Consiglio deve decidere se essere presieduto dal presidente dell'Eurogruppo¹²⁰ oppure eleggere un presidente ed un vicepresidente fra i suoi membri, con durata biennale. Finora la scelta ha riguardato la prima opzione, per cui il presidente del Consiglio si è sempre identificato col presidente dell'Eurogruppo¹²¹. Infine giova ricordare che

¹¹⁹ Si veda la prima premessa del Trattato.

¹²⁰ Di cui al protocollo n. 14 allegato al TUE e al TFUE.

¹²¹ Per il periodo ottobre 2012-febbraio 2013 presidente è stato Jean-Claude Juncker, lus-

possono partecipare ai lavori del Consiglio, in qualità di osservatori (e quindi senza diritto di voto), il membro della Commissione europea responsabile degli affari economici e monetari, il presidente della BCE, ed eventualmente i rappresentanti degli Stati membri non facenti parte della zona euro che partecipino su base *ad hoc* ad operazioni di sostegno alla stabilità, nonché altre persone appositamente invitate o rappresentanti del FMI o di altre istituzioni o organizzazioni. Il Consiglio dei governatori si riunisce almeno una volta all'anno (o ogni qual volta sia necessario), presieduto dal suo presidente, ed adotta sia lo statuto del MES («*ESM By-Laws*») sia il proprio regolamento interno («*Rules of procedure*»)¹²².

63. Non sembra utile in questa sede soffermarsi sulle singole competenze del Consiglio dei governatori, competenze di tipo per lo più attributivo che vengono espressamente enumerate dal Trattato. Basti sottolineare come le relative decisioni possano suddividersi in due categorie: quelle – più “pesanti” sul piano politico – che richiedono il «*comune accordo*», ossia l'unanimità (art. 5, par. 6, del Trattato) e quelle che invece prevedono la maggioranza qualificata (art. 5, par. 7, del Trattato). Esempio della prima tipologia è la concessione del sostegno alla stabilità da parte del MES ad uno Stato membro¹²³, esempio della seconda è la nomina del Direttore generale¹²⁴. Peraltro, il Consiglio ha anche la possibilità di adottare, a maggioranza qualificata, «qualsiasi altra decisione necessaria non espressamente contemplata dal (...) trattato»¹²⁵: si tratta di una clausola di flessibilità che deve comunque essere commisurata alle finalità istituzionali del MES e quindi debitamente motivata. Inoltre, il Consiglio ha pure la facoltà di delegare, all'unanimità, alcuni dei suoi compiti al Consiglio di amministrazione¹²⁶, organo che invece, come si vedrà, ha una competenza puramente residuale, ossia limitata alle sole materie che non spettano al Consiglio dei governatori.

64. Per quanto concerne il Consiglio di amministrazione («*Board of Directors*»), la regola vuole che ogni governatore nomini un amministratore ed un supplente, scelti «tra persone dotate di elevata competenza in

semburghese; per il periodo febbraio 2013-dicembre 2017 presidente è stato Jeroen Dijsselbloem, neerlandese; per il periodo dicembre 2017-luglio 2020 presidente è stato Mário Centeno, portoghese; attuale presidente dal luglio 2020 è Paschal Donohoe, irlandese.

¹²² Sulla base dell'art. 5, par. 9, del Trattato. Il vigente statuto del MES è consultabile nel sito del MES: https://www.esm.europa.eu/sites/default/files/esm_by-laws.pdf. Per il regolamento interno: https://www.esm.europa.eu/sites/default/files/rules_of_procedure_for_the_board_of_governors.pdf.

¹²³ Art. 5, par. 6, lett. *f.*, del Trattato.

¹²⁴ Art. 5, par. 7, lett. *e.*, del Trattato.

¹²⁵ Art. 5, par. 7, lett. *n.*, del Trattato.

¹²⁶ Art. 5, par. 6, lett. *m.*, del Trattato.

campo economico e finanziario»¹²⁷. Osservatori possono essere nominati dalla Commissione e dalla BCE, nonché dagli Stati membri non facenti parte della zona euro che partecipino, su base *ad hoc*, ad operazioni di sostegno alla stabilità; inoltre, il Consiglio dei governatori ha la possibilità di invitare altre persone o rappresentanti di altre istituzioni o organizzazioni a partecipare a determinate riunioni¹²⁸. Se il Consiglio dei governatori è l'organo di governo politico del MES, il Consiglio di amministrazione si occupa degli aspetti amministrativi di quest'ultimo, assicurando che «il MES sia gestito in conformità al (...) trattato ed allo statuto del MES»¹²⁹ e quindi garantendone la legalità dell'operato. In tale ottica, tale organo possiede una competenza non di tipo attributivo, ma residuale: esso adotta le decisioni non attribuite dal Trattato al Consiglio dei governatori e quelle delegate ad esso da quest'ultimo, nel primo caso a maggioranza qualificata o semplice a seconda dei casi, e nel secondo in base ai criteri desumibili dai par. 6 e 7 dell'art. 5 del Trattato¹³⁰. Per finire sul punto giova ricordare che il Consiglio di amministrazione si riunisce, quando appaia necessario, sotto la presidenza del Direttore generale, secondo le regole stabilite dal proprio regolamento interno («*Rules of procedure*»)¹³¹.

65. Vale la pena a questo punto soffermarsi sulle regole concernenti il voto dei due Consigli, i quali, come si è visto, possono deliberare all'unanimità, a maggioranza qualificata o a maggioranza semplice (quest'ultima solo in sede di Consiglio di amministrazione). A tale proposito il Trattato distingue fra «membri aventi diritto di voto», che sono i rappresentanti dei diciannove Stati membri della zona euro in seno al Consiglio dei governatori o al Consiglio di amministrazione, ed i «diritti di voto di ciascun membro», il cui numero «è pari al numero di quote assegnate a tale membro a valere sul totale di capitale versato del MES conformemente all'allegato II»¹³². In altre parole, non tutti i membri votano su un piede di parità: il voto di alcuni «pesa» più degli altri, in quanto dipende dal numero di quote assegnate a ciascuno Stato firmatario in funzione della percentuale di capitale sottoscritto. In tal modo, il voto dei rappresentanti tedeschi vale 1.900.248 quote, dato che la Germania contribuisce al MES al 26,9616%

¹²⁷ Art. 6, par. 1, del Trattato.

¹²⁸ Si veda l'art. 6, par. 2-4, del Trattato.

¹²⁹ Art. 6, par. 6, del Trattato.

¹³⁰ Il Consiglio di amministrazione è coadiuvato nei suoi compiti da due comitati: il «*Board Risk Committee*», che valuta l'andamento dei rischi sui mercati di capitali, ed il «*Budget Review and Compensation Committee*», che si occupa dell'adeguamento delle retribuzioni del personale.

¹³¹ Si veda: https://www.esm.europa.eu/sites/default/files/rules_of_procedure_for_the_board_of_directors.pdf.

¹³² Art. 4, par. 7, del Trattato.

per un totale di 190.024.800.000 euro, corrispondenti appunto a 1.900.248 quote, mentre il voto dei rappresentanti maltesi vale 5.117 quote, dato che Malta contribuisce al MES allo 0,0726% per un totale di 511.700.000 euro, corrispondenti a 5.117 quote¹³³. Sulla base di tali criteri appare più comprensibile la regola del Trattato che richiede per l'adozione di tutte le decisioni «la presenza di un quorum di due terzi dei membri aventi diritto di voto che rappresentino almeno i due terzi dei diritti di voto»¹³⁴: non basta la presenza fisica di due terzi dei membri, occorre che essi rappresentino due terzi dei diritti di voto appena descritti. Se tale *quorum* sussiste, l'espressione del voto diventa legalmente possibile. Al riguardo, le regole stabilite dal Trattato sono relativamente semplici: l'adozione di una decisione di «comune accordo» richiede l'unanimità dei membri partecipanti alle votazioni¹³⁵, quella a maggioranza qualificata richiede l'80% dei voti espressi¹³⁶ e quella a maggioranza semplice richiede la semplice maggioranza dei voti espressi¹³⁷.

65. Per quanto concerne l'organo di gestione del MES, ossia il Direttore generale, l'art. 7 del Trattato ne prevede una duplice funzione: da un lato, infatti, esso presiede le riunioni del Consiglio di amministrazione e partecipa alle riunioni del Consiglio dei governatori¹³⁸, mentre dall'altro è il «capo del personale» ed il «rappresentante legale» del MES¹³⁹. In quanto capo del personale, il Direttore generale deve occuparsi dell'organizzazione, della nomina e del licenziamento del personale del MES, in conformità allo «statuto del personale» da adottarsi da parte del Consiglio di amministrazione¹⁴⁰. In quanto rappresentante legale, il Direttore generale gestisce invece gli affari correnti, compresi quelli di natura giuridica, sotto il controllo del Consiglio di amministrazione cui deve costantemente rendere conto. Compiti all'apparenza di carattere minore, ma essenziali per il buon funzionamento del MES, di cui il Direttore generale, garantendone la con-

¹³³ Il voto dei rappresentanti italiani vale 1.253.959, dato che l'Italia contribuisce al MES al 17,7917% per un totale di 125.395.900.000 euro, corrispondenti a 1.253.959 quote.

¹³⁴ Art. 4, par. 2, del Trattato.

¹³⁵ Art. 4, par. 3, del Trattato. La disposizione in questione specifica che le astensioni «non ostano all'adozione di una decisione di comune accordo».

¹³⁶ Art. 4, par. 5, del Trattato. Nel caso delle procedure d'urgenza di cui all'art. 4, par. 4, del Trattato, la maggioranza qualificata è dell'85% dei voti espressi.

¹³⁷ Art. 4, par. 6, del Trattato.

¹³⁸ Art. 7, par. 3, del Trattato.

¹³⁹ Art. 7, par. 4 e 5, del Trattato.

¹⁴⁰ Si veda anche l'art. 33 del Trattato, riguardante specificamente il personale del MES. Si noti che il sistema statutario ricalca il regime del personale quale vigente presso l'Unione europea.

tinuità, è la guida silenziosa e rispettata¹⁴¹. Proprio per la sua rilevanza pratica, esso viene nominato direttamente dal Consiglio dei governatori, «fra i candidati aventi la nazionalità di un membro del MES, dotati di esperienza internazionale pertinente e di elevato livello di competenza in campo economico e finanziario»¹⁴², con mandato di durata quinquennale (rinnovabile una volta, ma revocabile in ogni momento), anche se la definizione del regime ad esso applicabile appartiene al Consiglio di amministrazione¹⁴³. Per finire, giova ricordare che, nell'espletamento delle sue funzioni, il Direttore generale viene coadiuvato dal «*Management Board*», organo amministrativo che lo assiste nel disbrigo degli affari correnti e nella preparazione delle agende dei Consigli dei governatori e di amministrazione¹⁴⁴.

66. Completa il quadro della *governance* del MES il Collegio dei revisori, previsto dall'art. 30 del Trattato. Esso è composto da cinque membri nominati dal Consiglio dei governatori (cui è collegato organicamente) «sulla base della loro competenza in materia di revisione e gestione finanziaria»¹⁴⁵, e deve necessariamente comprendere «due membri delle istituzioni supreme di controllo dei conti dei membri del MES a rotazione» ed un membro della Corte dei conti europea. In buona sostanza, il Collegio è l'organo di controllo indipendente dei conti e del bilancio del MES, ed in quanto tale ha pieno accesso a tutti i documenti necessari per l'espletamento delle sue funzioni¹⁴⁶; ogni anno trasmette una relazione al Consiglio dei governatori, che a sua volta la gira ai parlamenti nazionali degli Stati membri della zona euro ed alle corti dei conti nazionali ed europea¹⁴⁷.

67. Il Trattato MES prevede anche l'intervento di tre distinti organismi europei: ossia la Commissione, la BCE e l'Eurogruppo. Si è già ricordato come al presidente di quest'ultimo sia spettata sinora la presidenza

¹⁴¹ Dalla sua istituzione fino ad oggi Direttore generale è stato l'economista tedesco Klaus Riegling, che resta nel contempo direttore generale del FESF.

¹⁴² Art. 7, par. 1, del Trattato. Si veda anche l'art. 5, par. 7, lett. e., secondo cui la nomina avviene a maggioranza qualificata.

¹⁴³ Art. 33 del Trattato.

¹⁴⁴ Tale organo a sua volta comprende 6 «*Committees*», dotati di competenze specifiche sulle materie del MES.

¹⁴⁵ Si vedano gli artt. 30, par. 1, e 5, par. 7, lett. i., del Trattato.

¹⁴⁶ Art. 30, par. 3, del Trattato. Si deve sottolineare come il MES disponga anche di una funzione di revisione interna (art. 28 del Trattato) facente capo al Direttore generale, nonché della possibilità di utilizzare revisori esterni indipendenti per la revisione dei conti e la certificazione dei bilanci annuali, previa approvazione da parte del Consiglio dei governatori (artt. 29 e 5, par. 7, lett. j., del Trattato). L'attività dei revisori esterni è particolarmente importante ai fini della determinazione del *rating* del MES, che attualmente risulta AAA secondo Fitch e Aa1 secondo Moody's.

¹⁴⁷ Art. 30, par. 4 e 5, del Trattato.

del Consiglio dei governatori. Quanto alla Commissione¹⁴⁸ ed alla BCE, si è già visto come esse partecipino come osservatori ai lavori dei Consigli dei governatori e di amministrazione; inoltre, nel prosieguo varrà sottolineato il ruolo importante che esse svolgono nella procedura per la concessione del sostegno alla stabilità – la Commissione come custode dei Trattati, la BCE nella sua veste di garante della moneta unica dell'Unione – seppure la loro attività si limiti agli aspetti istruttori e non a quelli decisionali¹⁴⁹.

68. Per concludere sul punto della *governance* del MES, merita spendere qualche parola sul sistema di risoluzione delle controversie quale previsto dall'art. 37 del Trattato. Tale disposizione distingue a seconda che si tratti di una semplice «questione» o di una vera e propria «controversia» (tra il MES e i suoi membri oppure tra i membri) connessa all'interpretazione o all'applicazione del Trattato: la risoluzione della prima spetta al Consiglio di amministrazione, mentre la composizione bonaria della seconda appartiene al Consiglio dei governatori, che decide a maggioranza qualificata¹⁵⁰. Nel caso in cui una tale decisione dovesse essere contestata da un membro del MES, la controversia è sottoposta alla Corte di giustizia, che deciderà con sentenza vincolante per le parti in causa¹⁵¹: come si deduce dalla sedicesima premessa al Trattato, la competenza della Corte deve essere inquadrata nell'ambito dell'art. 273 TFUE. In effetti, seppure quest'ultima norma richieda l'esistenza di un compromesso attributivo di competenza perché la Corte possa conoscere di qualsiasi controversia fra Stati membri in connessione con l'oggetto dei Trattati, «nulla impedisce, considerato l'obiettivo perseguito da tale disposizione, che un accordo siffatto si verifichi previamente, con riferimento ad un'intera categoria di controversie predefinite, in forza di una clausola come l'articolo 37, paragrafo 3, del trattato MES»¹⁵². Del resto, le controversie *de quibus* devono considerarsi vertenti, *lato sensu*, sull'interpretazione o l'applicazione del diritto dell'Unione, dal momento che – come si vedrà in seguito – le condizioni cui è subordinato il sostegno finanziario allo Stato membro in crisi sono in larga misura determinate da tale diritto, e riguardano solo Stati membri, poiché il MES è composto esclusivamente di Stati membri¹⁵³:

¹⁴⁸ Esiste un apposito «*Memorandum of Understanding*» sulle relazioni fra Commissione e MES: https://www.esm.europa.eu/sites/default/files/20180427_esm_ec_mou.pdf.

¹⁴⁹ Sulle relazioni fra MES e BCE, si vadano R. BARDY, *Le mécanisme européen de stabilité et la BCE*, in *Revue des affaires européennes*, 2012, 4, pp. 733-746; G. L. CECCHINI, *BCE e ESM (European Stability Mechanism): quale sovranità per lo Stato?*, in *Riv. coop. giur. int.*, 2012, 42, pp. 122-131.

¹⁵⁰ Art. 37, par. 1 e 2, del Trattato. Si veda anche l'art. 5, par. 7, lett. m., del Trattato.

¹⁵¹ Art. 37, par. 3, del Trattato.

¹⁵² Sentenza *Pringle*, punto 172, *cit. supra*, nota 90.

¹⁵³ Si vedano i punti 173-175 della sentenza *Pringle*, *loc. cit.*

dunque tutte le condizioni previste dall'art. 273 TFUE sono rigorosamente rispettate¹⁵⁴.

69. Una volta esaminato per sommi capi il sistema di *governance* del MES, sorge spontanea la domanda: chi comanda veramente in seno a tale meccanismo? Al riguardo la risposta sembra semplice: sono gli Stati membri la cui moneta è l'euro i *domini* del MES, dal momento che tutti gli organi di esso dipendono, direttamente o indirettamente, dai detti Stati e che, quindi, ad essi non possono che essere imputate tutte le relative decisioni, se si fa astrazione dal fragile velo della personalità giuridica che avvolge il MES e dal ruolo istruttorio che vi svolgono sia la Commissione che la BCE. Ma tale conclusione non appare del tutto corretta, poiché presupporrebbe che il "peso" decisionale degli Stati membri sia equivalente, cosa non corrispondente al vero in quanto non tutti gli Stati in questione hanno lo stesso numero di quote e, quindi, lo stesso "peso". In particolare, la Germania e la Francia, da sole, posseggono quasi la metà delle quote del MES¹⁵⁵, e pertanto sono in grado di condizionare sia il raggiungimento del *quorum* dei due terzi di cui all'art. 4, par. 2, del Trattato che il rispetto delle regole di voto per ciascuna categoria di decisioni da adottare. Dal canto suo, la Germania potrebbe anche catalizzare i voti di due Paesi "frugali" come l'Austria ed i Paesi Bassi, nonché quelli di altri paesi "rigoristi" come la Finlandia e le Repubbliche Baltiche, creando in tal modo una minoranza di blocco di quasi 2.700.000 quote capace a sua volta di ostacolare qualsiasi operazione di sostegno o di subordinarla a condizioni particolarmente severe. In termini pratici, tutto questo significa che uno Stato membro che volesse chiedere l'intervento del MES nelle forme più appropriate non potrebbe che negoziare il sostegno con i due "membri dominanti" (Francia e soprattutto Germania e satelliti), senza il cui assenso qualsiasi operazione diventerebbe giuridicamente impossibile. Si tratta di un risultato reso possibile dalla strategia politica prescelta per l'edificazione del MES: non già uno strumento di diritto europeo sottoposto alle regole dei Trattati, ma un libero accordo intergovernativo che rispecchia i reali rapporti di forza in atto fra gli Stati membri della zona euro.

c. *Obiettivo, risorse e operazioni del MES*

70. L'obiettivo primario del MES viene individuato con grande chiarezza dall'art. 3 del Trattato: mobilitare risorse finanziarie e fornire un

¹⁵⁴ Da notare che per il contenzioso del personale esiste un apposito Tribunale amministrativo (ESMAT), il cui statuto è stato adottato dal Consiglio di amministrazione il 29 ottobre 2013 ed emendato il 12 maggio 2016: https://www.esm.europa.eu/sites/default/files/2016-05-12_esmat_statute.pdf.

¹⁵⁵ Su 7.047.987 quote, la Germania ne possiede 1.900.248 e la Francia 1.427.013.

sostegno alla stabilità, «secondo condizioni rigorose commisurate allo strumento di assistenza finanziaria scelto», per gli Stati membri «che già si trovino o rischino di trovarsi in gravi problemi finanziari, se indispensabile per salvaguardare la stabilità finanziaria della zona euro nel suo complesso e quella dei suoi Stati membri». In tale prospettiva, al MES è conferito il potere di raccogliere fondi mediante l'emissione di obbligazioni o la conclusione di intese o accordi finanziari.

71. Secondo l'interpretazione della Corte di giustizia nella già citata sentenza *Pringle*, un tale obiettivo non rientra né nella politica monetaria dell'Unione¹⁵⁶, né tantomeno nel coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri¹⁵⁷, bensì va inquadrato nel più vasto ambito della politica economica degli Stati membri¹⁵⁸, che consensualmente hanno deciso di creare uno strumento finanziario per reperire risorse sui mercati internazionali e metterle a disposizione degli Stati membri in crisi, sulla base di una rigida condizionalità.

72. Per reperire capitali sui mercati occorre offrire adeguate garanzie, e la migliore garanzia che possa offrirsi è un capitale suscettibile di coprire i rischi d'insolvenza: a tal fine riveste particolare importanza la normativa pattizia concernente lo *stock* di capitale autorizzato. Secondo l'art. 8, par. 1, del Trattato MES, il capitale autorizzato del MES ammonta attualmente a 704.798.700.000 euro, suddiviso in 7.047.987 quote del valore ciascuna di 100.000 euro, che tutti gli Stati membri devono sottoscrivere secondo uno schema di contribuzione ricalcato sul modello di contribuzione del capitale della BCE da parte delle rispettive banche centrali¹⁵⁹ e calcolato nell'allegato I al Trattato. Dallo schema in questione si deduce come gli Stati membri del MES abbiano un "peso" differente in funzione della percentuale secondo la quale contribuiscono al capitale del MES e, quindi, del numero di quote sottoscritte, dal che scaturiscono le conseguenze in precedenza descritte circa il raggiungimento dei *quorum* e delle maggioranze richieste per l'adozione delle decisioni istituzionali. Sul piano operativo, il «capitale autorizzato», ossia l'insieme delle quote imputabili a ciascun membro, è composto da «quote versate» e da «quote richiamabili»: le prime sono quelle effettivamente sottoscritte dagli Stati membri¹⁶⁰, il cui

¹⁵⁶ Sentenza *Pringle*, punti 56-57, *cit. supra*, nota 90: la concessione di un sostegno finanziario ad uno Stato membro «non rientra manifestamente nella sfera della politica economica», in quanto non incide direttamente sulla stabilità dei prezzi, «che costituisce l'obiettivo principale della politica monetaria dell'Unione».

¹⁵⁷ Sentenza *Pringle*, punto 110, *loc. cit.*

¹⁵⁸ *Ibidem*, punto 60. La Corte, peraltro, non offre una definizione precisa di «politica economica».

¹⁵⁹ Si veda l'art. 11, par. 1, del Trattato MES.

¹⁶⁰ In cinque rate annuali, ciascuna pari al 20% dell'importo totale: art. 41, par. 1, del Trattato.

valore nominale aggregato iniziale ammonta a 80.548.400.000 euro, mentre le seconde devono essere sottoscritte su richiesta del Consiglio dei governatori entro un congruo termine¹⁶¹. Il capitale in questione è pure suscettibile di adeguamento secondo la speciale procedura prevista dall'art. 10 del Trattato, e viene automaticamente aumentato nel caso in cui un nuovo Stato membro si aggiunga a quelli esistenti¹⁶². Infine, si ricordi che l'art. 42 del Trattato prevede anche un sistema di «correzione temporanea del modello di contribuzione», più favorevole, per gli Stati membri il cui prodotto interno lordo (PIL) *pro capite* sia inferiore al 75% della media europea nell'anno immediatamente precedente la loro adesione¹⁶³.

73. Se gli Stati membri sono tenuti «irrevocabilmente e incondizionatamente a versare la propria quota di capitale autorizzato» in tempo utile¹⁶⁴, essi per contro beneficiano di una responsabilità limitata a tale quota: a questo proposito, l'art. 8, par. 5, del Trattato prevede che «Nessun membro del MES può essere considerato responsabile, in virtù della sua appartenenza al MES, degli obblighi da questi contratti»¹⁶⁵. Ricordo che fu proprio sulla base di questo principio che il Bundesverfassungsgericht autorizzò la ratifica del Trattato MES da parte del Governo tedesco. A tale proposito, occorre anche sottolineare come la responsabilità del MES nei confronti dello Stato membro in crisi sia pure essa limitata al sostegno disposto in suo favore: in effetti, il MES non è tenuto a farsi carico del debito dello Stato beneficiario, né a farsene garante a qualsiasi titolo¹⁶⁶. Resta da stabilire se il MES sia soggetto ad una qualche forma di responsabilità verso terzi in occasione dello svolgimento delle sue attività ed in particolare della concessione o mancata concessione del sostegno finanziario ad uno Stato in crisi: una risposta negativa potrebbe desumersi dall'immunità da ogni forma di giurisdizione garantita al MES in virtù del già richiamato art. 32, par. 3, del Trattato, che purtuttavia, riferendosi ai beni, le disponibilità e le proprietà dell'ente, lascia intendere che solo l'esecuzione di eventuali decisioni giudiziarie viene inibita (salvo rinuncia espressa da

¹⁶¹ La relativa decisione viene adottata di comune accordo, ossia all'unanimità: art. 5, par. 6, lett. c., del Trattato.

¹⁶² Art. 10, par. 3, del Trattato. In effetti, dopo l'adesione di Lettonia e Lituania il capitale autorizzato iniziale, che ammontava a 700.000.000.000 euro, è stato portato ai livelli attuali.

¹⁶³ Di tale deroga hanno beneficiato all'inizio Malta, Slovenia, Estonia e Slovacchia, e successivamente i due nuovi Stati aderenti, la Lettonia e la Lituania.

¹⁶⁴ Art. 8, par. 4, del Trattato.

¹⁶⁵ L'unica eccezione, sia pure parziale, a questa regola è quella contenuta nell'art. 25, par. 2, del Trattato: se uno Stato membro non procede nei termini al pagamento della quota richiamabile, allora «una nuova richiesta di capitale, incrementato, è indirizzata a tutti i membri del MES al fine di garantire che il MES riceva l'importo totale del capitale versato necessario».

¹⁶⁶ Sentenza *Pringle*, punti 138 e 139, *cit. supra*, nota 90.

parte del MES all'immunità), rimanendo impregiudicata la questione se un'azione in responsabilità in quanto tale sia o meno ammissibile e davanti a quale giurisdizione possa essere esercitata. Se per gli atti effettuati dal MES *jure gestionis* la responsabilità contrattuale sembra fuori discussione, dal momento che il principio generalissimo dello Stato di diritto, valevole anche per le attività dell'ente, impone la tutela giurisdizionale (dinnanzi ai giudici nazionali competenti) a quanti hanno avuto relazioni col MES in quanto operatore economico, invece per quanto concerne la responsabilità extracontrattuale in relazione alle attività d'istituto effettuate *jure imperii* dal MES la situazione non è altrettanto chiara, dal momento che nel Trattato mancano disposizioni che ricalchino le regole stabilite dagli artt. 268 e 340 TFUE. Una soluzione alternativa a tale stato di cose potrebbe essere desunta da una recente pronuncia della Corte di giustizia¹⁶⁷ in merito ad un caso assai complesso di responsabilità extracontrattuale dell'Unione: non sussistendo basi giuridiche per l'identificazione di una qualsiasi responsabilità del MES in ordine alle conseguenze negative sui risparmiatori privati delle misure di contenimento che hanno accompagnato la concessione del sostegno finanziario a Cipro (di cui si dirà oltre), la Corte – riformando in appello una precedente decisione del Tribunale – ammette in linea di principio che siano ricevibili i ricorsi risarcitori diretti nei confronti della Commissione e della BCE per omessa vigilanza circa la compatibilità delle misure indicate nei protocolli d'intesa col diritto dell'Unione. In particolare, secondo la Corte «il fatto che una o più istituzioni dell'Unione possano avere un determinato ruolo nel quadro del MES non cambia la natura degli atti del MES, i quali sono estranei all'ordinamento giuridico dell'Unione»¹⁶⁸; tuttavia, tale conclusione non vieta «che si possano contestare alla Commissione e alla BCE comportamenti illegittimi connessi, eventualmente, all'adozione di un protocollo d'intesa in nome del MES, nel contesto di un ricorso per risarcimento danni»¹⁶⁹, tenendo in particolare presente che la Commissione deve costantemente promuovere l'interesse generale dell'Unione e vigilare sul rispetto dei Trattati, monitorando la

¹⁶⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 20 settembre 2016 in cause riunite da n. C-8/15 P a n. C-10/15 P, *Ledra Advertising Ltd c. Commissione e BCE*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, settembre 2016, EU:C:2016:701. Si tenga conto che i punti qualificanti di tale sentenza sono stati ribaditi e confermati dalla più recente sentenza *Consiglio c. K. Chrysostomides & Co. e a.*, *cit. supra*, nota 33.

¹⁶⁸ *Ibidem*, punto 54. Tale affermazione ricalca quanto già affermato dalla stessa Corte nella sentenza *Pringle*, punto 161, *cit. supra*, nota 90.

¹⁶⁹ Sentenza *Ledra Advertising Ltd c. Commissione e BCE*, *loc. cit.*, punto 55. Al riguardo si veda pure l'analisi di P. DERMINE, *The end of impunity?: the legal duties of "borrowed" EU institutions under the European Stability Mechanism. Framework: ECJ 20 September 2016, case C-8/15 to C-10/15, Ledra Advertising et al. v European Commission and European Central Bank*, in *European Constitutional Law Review*, 2017, pp. 369-382.

compatibilità con il diritto europeo dei protocolli d'intesa conclusi dal MES ed astenendosi dal firmare quelli della cui legalità nutra dubbi¹⁷⁰.

74. L'ingente ammontare del capitale del MES, sia pure limitato alle quote effettivamente versate dagli Stati membri (in totale circa 80 miliardi e mezzo di euro), impone un'attenta gestione finanziaria. A tale proposito, il Trattato contiene disposizioni dettagliate sulla politica di investimento del MES (art. 22), sull'eventuale distribuzione di dividendi sugli utili agli Stati membri (art. 23) nonché sulla copertura delle perdite derivanti dalle operazioni effettuate (art. 25). Inoltre, è prevista l'istituzione di un fondo di riserva, dove confluiscono sia i ricavi netti generati dalle operazioni del MES (qualora non distribuiti agli Stati membri a titolo di dividendi), sia – peculiarità degna di nota – «i proventi rivenienti dalle sanzioni finanziarie irrogate ai membri del MES nell'ambito della procedura di sorveglianza multilaterale, della procedura per i disavanzi eccessivi e della procedura per gli squilibri macroeconomici istituite dal TFUE»¹⁷¹. Naturalmente, il principio del «*sound financial and risk management*»¹⁷² si riflette anche sulla disciplina del bilancio di previsione e dei conti annuali del MES (artt. 26 e 27 del Trattato), che «sono oggetto di revisione da parte di revisori esterni indipendenti approvati dal consiglio dei governatori e responsabili della certificazione dei bilanci annuali»¹⁷³, nonché sugli altri documenti contabili pubblicati e distribuiti agli Stati membri¹⁷⁴.

75. L'esistenza di un ricco *stock* di capitale autorizzato funge essenzialmente da garanzia e, ovviamente, non esime il MES dalla possibilità di reperire risorse addizionali: infatti, sulla base dell'art. 21, par. 1, del Trattato, per realizzare il suo obiettivo «il MES è autorizzato ad indebitarsi sui mercati dei capitali con banche, istituzioni finanziarie o altri soggetti o istituzioni», emettendo obbligazioni («*bonds*») assai appetibili visto l'elevatissimo *rating* di cui esso beneficia. Le modalità delle operazioni di indebitamento sono fissate dal Direttore generale sulla base di direttive particolareggiate e di strumenti idonei alla gestione dei rischi, entrambi adot-

¹⁷⁰ Sentenza *Ledra Advertising Ltd c. Commissione e BCE*, cit. supra, nota 167, punti 57-59. Nel merito tuttavia la Corte ha escluso che nel caso di specie la Commissione e la BCE fossero responsabili dei danni loro ascritti.

¹⁷¹ Art. 24, par. 2, del Trattato. La procedura di sorveglianza multilaterale è regolata dall'art. 121 TFUE, la procedura per i disavanzi eccessivi è prevista dall'art. 126 TFUE e dall'apposito protocollo allegato al Trattato, e la procedura per gli squilibri macroeconomici è disciplinata dall'art. 143 TFUE.

¹⁷² Previsto dall'art. 22, par. 2, del Trattato.

¹⁷³ Art. 29 del Trattato.

¹⁷⁴ Si veda l'art. 27, par. 2, del Trattato: si tratta della relazione annuale, contenente i conti annuali sottoposti a revisione, del rendiconto trimestrale sulla posizione finanziaria del MES e del conto profitti e perdite, che illustra i risultati delle operazioni effettuate.

tati e riesaminati periodicamente dal Consiglio di amministrazione¹⁷⁵. Sono proprio queste risorse reperite sui mercati – a condizioni molto favorevoli data l'eccellente reputazione del MES – a costituire la base economica del sostegno finanziario agli Stati membri in crisi, nel senso che il MES procede all'indebitamento in funzione delle prevedibili operazioni di sostegno che intende effettuare, trasferendo le somme raccolte alle tesorerie degli Stati membri interessati sulla base di un tasso d'interesse comprendente la «completa copertura dei costi operativi» nonché un «margine adeguato» (art. 20, par. 1, del Trattato), tasso comunque assai vantaggioso date le condizioni di favore con le quali è avvenuto l'indebitamento del MES.

76. Fatte queste doverose premesse, occorre a questo punto analizzare come il MES concretamente agisce per venire incontro alle esigenze degli Stati membri in crisi. A tale proposito, va fatta un'osservazione preliminare: secondo quanto previsto dalla quinta premessa del Trattato, «la concessione dell'assistenza finanziaria nell'ambito dei nuovi programmi previsti dal MES sarà subordinata, a decorrere dal 1° marzo 2013, alla ratifica del TSCG [il c.d. «*Fiscal Compact*»] da parte del membro MES interessato e (...) al rispetto dei [relativi] requisiti»¹⁷⁶. Ancorché non recepita in una specifica disposizione del Trattato, una siffatta regola riveste una grande importanza per la corretta comprensione dei presupposti concettuali su cui si fonda il MES, quali definiti dai Capi di Stato e di Governo degli Stati membri la cui moneta è l'euro (o, meglio, dal “direttorio” franco-tedesco): condizione imprescindibile per ogni nuova azione di sostegno sarà l'abbandono di ogni forma di “finanza allegra” da parte dello Stato membro che piatisce l'aiuto, ed il conseguente allineamento al principio del pareggio del bilancio e della gestione rigorosa ed “austera” delle risorse pubbliche. Insomma, gli Stati membri spreconi ed indisciplinati dovrebbero assumere come modello l'impeccabile stato delle finanze della Germania e degli altri Stati “frugali”, e trarne le necessarie ed ineludibili conseguenze in termini di risparmi e riforme. Il sistema della condizionalità, quale verrà esaminato in seguito, corrobora tale conclusione, che ben si concilia con la struttura assai squilibrata della *governance* del MES.

77. Fatta questa doverosa premessa, occorre sottolineare come la norma fondamentale per comprendere gli strumenti di cui dispone il MES per raggiungere il suo obiettivo è l'art. 12 del Trattato, che da un lato ripete il contesto teleologico già indicato dal precitato art. 3 dello stesso Trattato – ossia «fornire a un proprio membro un sostegno alla stabilità», qualora sia «indispensabile per salvaguardare la stabilità finanziaria della zona euro

¹⁷⁵ Art. 21, par. 2 e 3, del Trattato.

¹⁷⁶ Da notare che tutti gli Stati membri della zona euro hanno ratificato il «*Fiscal Compact*».

nel suo complesso e dei suoi Stati membri» e «sulla base di condizioni rigorose commisurate allo strumento di assistenza finanziaria scelto» – e dall'altro rimanda ai cinque strumenti specifici di cui ai successivi artt. 14-18. La lista degli strumenti operativi non è esaustiva, dal momento che, in base all'art. 19 del Trattato, il Consiglio dei governatori ha la possibilità di rivederla e modificarla se opportuno. Comunque, i cinque strumenti di assistenza attualmente disponibili sono i seguenti:

a. l'assistenza finanziaria precauzionale del MES («*ESM precautionary financial assistance*») (art. 14 del Trattato); tale strumento – finora mai utilizzato – ha una funzione essenzialmente preventiva, essendo destinato a garantire che gli Stati membri le cui condizioni economiche permangono buone possano continuare a beneficiare di un agevole accesso ai mercati finanziari mediante il rafforzamento della loro credibilità macroeconomica¹⁷⁷;

b. l'assistenza finanziaria per la ricapitalizzazione delle istituzioni finanziarie di un membro del MES («*Financial assistance for the recapitalisation of financial institutions of an ESM Member*») (art. 15 del Trattato); si tratta di un sostegno – anch'esso mai utilizzato fino ad oggi – mirante ad evitare che l'eventuale crisi di solvibilità delle istituzioni finanziarie di uno Stato membro si propaghi al settore del debito sovrano di tale Stato¹⁷⁸; da notare che l'8 dicembre 2014 il Consiglio dei governatori, ai sensi del precitato art. 19 del Trattato, ha introdotto uno strumento analogo, denominato «*Financial Assistance for the Direct Recapitalisation of Institutions*»¹⁷⁹;

c. i prestiti del MES («*ESM loans*») (art. 16 del Trattato); nella prassi operativa del MES, essi si distinguono in due tipologie: prestiti associati ad un programma di adeguamento macroeconomico («*Loans within a macroeconomic adjustment programme*») e prestiti per la ricapitalizzazione indiretta del settore bancario («*Loans for indirect bank recapitalisation*»). I primi – utilizzati per la Grecia e per Cipro – servono per assistere gli Stati membri che si trovino in difficoltà finanziarie a causa della perdita di un agevole accesso ai mercati dei capitali, vuoi per difficoltà a trovare investitori, vuoi per gli eccessivi costi dell'indebitamento; i secondi – utilizzati per la Spagna – mirano a preservare la stabilità della zona euro sostenendo gli sforzi di quegli Stati membri la cui crisi dipende principalmente dal-

¹⁷⁷ Si veda la relativa «*guideline*» del MES: https://www.esm.europa.eu/sites/default/files/esm_guideline_on_precautionary_financial_assistance.pdf.

¹⁷⁸ Si veda le relative «*guideline*» del MES: https://www.esm.europa.eu/sites/default/files/esm_guideline_on_recapitalisation_of_financial_institutions_with_notice.pdf.

¹⁷⁹ Si veda la relativa «*guideline*» del MES: https://www.esm.europa.eu/sites/default/files/20141208_guideline_on_financial_assistance_for_the_direct_recapitalisation_of_institutions.pdf.

l'instabilità delle loro istituzioni finanziarie (che in tal modo vengono ricapitalizzate *indirettamente*)¹⁸⁰;

d. il meccanismo di sostegno al mercato primario («*Primary market support facility*») (art. 17 del Trattato); con tale strumento – mai usato finora – il MES si impegna ad acquistare obbligazioni emesse dagli Stati membri in crisi ai prezzi di mercato, al fine promuovere la fiducia degli investitori e diminuire i rischi di mancato acquisto dei titoli stessi¹⁸¹;

e. il meccanismo di sostegno al mercato secondario¹⁸² («*Secondary market support facility*») (art. 18 del Trattato). Si tratta di una forma di assistenza – mai usata finora – basata sull'esistenza di circostanze eccezionali, certificate dalla BCE, che rendano difficile il reperimento di liquidità sui mercati dei capitali di nuova emissione e, quindi, minaccino la stabilità finanziaria degli Stati membri in crisi cui il MES ha già concesso prestiti¹⁸³.

78. Come già detto in precedenza, fra i vari strumenti di cui il MES è dotato solamente i prestiti di cui all'art. 16 del Trattato sono stati utilizzati a beneficio di tre Stati membri, ossia Grecia, Cipro e Spagna, per un ammontare complessivo di circa 110 miliardi di euro. In particolare, la Grecia ha ricevuto dal MES, dall'agosto 2015 all'agosto 2018, un totale complessivo di 61,9 miliardi di euro¹⁸⁴ a titolo di prestiti associati ad un programma di adeguamento macroeconomico, mentre Cipro nel periodo maggio 2013-ottobre 2015 ha beneficiato, sempre allo stesso titolo, di una somma totale di 6,3 miliardi di euro¹⁸⁵. Dal canto suo, la Spagna ha ricevuto, dal dicembre 2012 al febbraio 2013, una somma di 41,3 miliardi di euro a titolo di prestiti per la ricapitalizzazione indiretta del settore bancario¹⁸⁶, senza condizionalità.

79. In conclusione giova descrivere brevemente la procedura per la concessione del sostegno alla stabilità, prevista e regolata dall'art. 13 del

¹⁸⁰ Si veda la relativa «*guideline*» del MES: https://www.esm.europa.eu/sites/default/files/esm_guideline_on_loans.pdf.

¹⁸¹ Si veda la relativa «*guideline*» del MES: https://www.esm.europa.eu/sites/default/files/esm_guideline_on_the_primary_market_support_facility.pdf.

¹⁸² Ricordo che, nel linguaggio borsistico, «mercato primario» è quello in cui vengono venduti ed acquistati titoli e obbligazioni di nuova emissione, mentre «mercato secondario» è quello dove si scambiano titoli ed obbligazioni già emessi ed in circolazione.

¹⁸³ Si veda la relativa «*guideline*» del MES: https://www.esm.europa.eu/sites/default/files/esm_guideline_on_the_secondary_market_support_facility.pdf.

¹⁸⁴ Fonte MES: https://www.esm.europa.eu/assistance/greece#bringing_greece_back_to_growth.

¹⁸⁵ Fonte MES: https://www.esm.europa.eu/assistance/cyprus#how_cyprus_modernised_its_economy.

¹⁸⁶ Fonte MES: https://www.esm.europa.eu/assistance/spain#spain:_a_fast_and_effective_programme.

Trattato per tutti gli strumenti in precedenza descritti. Essa si articola in due fasi, la prima di carattere istruttorio e la seconda di tipo decisorio.

80. Vediamo prima la fase istruttorio. L'iniziativa spetta allo Stato membro interessato, che deve presentare una domanda motivata di sostegno al Presidente del Consiglio dei governatori (cioè, in pratica, al Presidente dell'Eurogruppo), menzionando lo strumento da considerare. Quindi, su incarico del Presidente, la parola passa alla Commissione europea che, agendo di concerto con la BCE, ha il compito di compiere tre tipi di valutazioni: *a.* sull'esistenza di un rischio per la stabilità della zona euro nel suo complesso o dei suoi Stati membri (condizione primaria ed imprescindibile per l'assistenza); *b.* sulla sostenibilità del debito pubblico dello Stato richiedente, e *c.* sulle esigenze finanziarie effettive o potenziali di quest'ultimo¹⁸⁷. Le relative conclusioni istruttorie vengono quindi trasmesse al Presidente dell'Eurogruppo, che ne investe il Consiglio dei governatori.

81. Scatta quindi la fase decisoria della procedura. Sulla base della domanda dello Stato richiedente e delle valutazioni effettuate dalla Commissione, il Consiglio dei governatori decide, all'unanimità¹⁸⁸, di concedere il sostegno alla stabilità mediante uno degli strumenti utilizzabili, demandando nel contempo alla Commissione, di concerto con la BCE ed eventualmente col FMI, «il compito di negoziare con il membro del MES interessato, un protocollo d'intesa che precisi le condizioni contenute nel dispositivo di assistenza finanziaria»¹⁸⁹. Tale protocollo d'intesa («*Memo- randum of understanding*») svolge un ruolo essenziale nella procedura di assistenza, in quanto se da un lato riflette «la gravità delle carenze e lo strumento di assistenza finanziaria scelto», dall'altro deve comunque uniformarsi «alle misure di coordinamento delle politiche economiche previste dal TFUE, in particolare a qualsiasi atto legislativo dell'Unione europea»: la Commissione svolge quindi in tale fase la funzione sua tipica di guardiana dei Trattati, assumendo una piena responsabilità circa la compatibilità delle misure di accompagnamento con i principi fondamentali del diritto dell'Unione¹⁹⁰. Previa approvazione del Consiglio dei governatori, il protocollo d'intesa viene firmato dalla Commissione stessa, «in nome e

¹⁸⁷ Art. 13, par. 1, del Trattato.

¹⁸⁸ In base all'art. 5, par. 6, lett. *f.*, del Trattato.

¹⁸⁹ Art. 13, par. 3, del Trattato.

¹⁹⁰ Come già sottolineato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Ledra Advertising Ltd c. Commissione e BCE*, punto 55, *cit. supra*, nota 167. In pratica, come acutamente è stato osservato, «Il MES non svolge alcun ruolo nella negoziazione, così come nella sorveglianza circa il rispetto delle condizionalità collegate all'assistenza finanziaria»: A. SOMMA, *Il meccanismo europeo di stabilità e il mercato delle riforme: un dialogo con gli economisti*, in E. CALZOLAIO - R. TORINO - L. VAGNI (editors), *Liber amicorum Luigi Moccia*, Roma, Roma Tre Press, 2021, pp. 346-347.

per conto del MES»¹⁹¹, con lo Stato richiedente. In parallelo, il Direttore generale del MES prepara il testo dell'accordo sul dispositivo di assistenza finanziaria («*financial assistance facility agreement*»), documento¹⁹² che definisce gli aspetti finanziari del sostegno alla stabilità¹⁹³, e, dopo averlo sottoposto all'approvazione del Consiglio di amministrazione, lo presenta alla firma dello Stato richiedente. Una volta debitamente conclusi il *Memorandum* e l'*Agreement*, l'assistenza finanziaria nella forma prescelta viene instaurata e resa operativa, sotto il controllo della Commissione europea, che insieme alla BCE vigila sul rispetto delle condizioni cui è subordinato il sostegno allo Stato membro beneficiario¹⁹⁴ nonché sul ritmo delle restituzioni dei prestiti accordati a quest'ultimo.

82. Per finire, ricordo che il MES attribuisce – com'è logico prevedere – una grande importanza alla regolarità dei rimborsi degli importi dovuti dagli Stati membri nell'ambito del sostegno alla stabilità, essenzialmente al fine di provvedere al regolare rimborso delle obbligazioni emesse dal MES sui mercati finanziari internazionali. Al riguardo, un adeguato sistema di avvisi delle scadenze viene messo in opera (art. 13, par. 6, del Trattato), al fine di sollecitare il rispetto degli obblighi di rimborso tempestivo. Inoltre, secondo quanto previsto dalla tredicesima premessa al Trattato, gli Stati membri si sono impegnati affinché i prestiti del MES fruiscono «dello status di creditore privilegiato in modo analogo a quelli del FMI»¹⁹⁵.

d. *Sulla condizionalità*

83. Se da un lato l'assistenza finanziaria agli Stati membri in crisi è destinata a rappresentare una generosa boccata di ossigeno per delle economie esauste, l'altro verso della medaglia consiste nel prezzo da pagare per tale cura: alludo alla «*rigorosa condizionalità*», il riferimento alla quale campeggia nell'art. 136, par. 3, TFUE, quale corrispettivo voluto dai riformatori del Trattato per riequilibrare in senso restrittivo il nuovo quadro normativo nel quale il MES avrebbe dovuto essere fondato. Si richiamano espressamente alla condizionalità, del resto, anche la sesta premessa del Trattato MES («Il MES può pertanto fornire un sostegno alla stabilità sulla

¹⁹¹ Art. 13, par. 4, del Trattato.

¹⁹² Di cui esiste un apposito “template”: https://www.esm.europa.eu/sites/default/files/standard_ffa_15122015_clean.pdf.

¹⁹³ In questa sede si omette ogni considerazione sui contenuti tecnici e finanziari del dispositivo in questione, che spaziano dalla rateizzazione dei prestiti ai termini di rimborso.

¹⁹⁴ Art. 13, par. 7, del Trattato.

¹⁹⁵ Il che implica l'adattamento delle pertinenti disposizioni nazionali di diritto civile relative ai crediti privilegiati.

base di condizioni rigorose commisurate allo strumento di assistenza finanziaria scelto») ed alcune disposizioni fondamentali di quest'ultimo, come l'art. 3 («L'obiettivo del MES è quello di mobilitare risorse finanziarie e fornire un sostegno alla stabilità, secondo condizioni rigorose commisurate allo strumento di assistenza finanziaria scelto») e l'art. 12, par. 1 («il MES può fornire a un proprio membro un sostegno alla stabilità, sulla base di condizioni rigorose commisurate allo strumento di assistenza finanziaria scelto»).

84. Nel sistema del Trattato MES, le condizioni cui viene subordinato il sostegno allo Stato membro in crisi sono essenzialmente definite nel quadro del protocollo d'intesa concluso fra lo Stato in questione e la Commissione europea¹⁹⁶, anche se esse risultano discusse in via preliminare dal Consiglio dei governatori (e quindi dall'Eurogruppo) in sede di decisione concessoria del sostegno. Al compito di monitorare «il rispetto delle condizioni cui è subordinato il dispositivo di assistenza finanziaria»¹⁹⁷ è preposta la Commissione, di concerto con la BCE e, se del caso, del FMI: ancora una volta, dunque, la famosa “Troika” svolge un ruolo fondamentale, anche se in un contesto diverso dai precedenti strumenti finanziari dell'Unione.

85. A tale proposito, giova sottolineare come, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia nella più volte precitata sentenza *Pringle*, la condizionalità quale prevista e regolata dal Trattato MES «non costituisce uno strumento di coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, bensì è diretto a garantire la conformità delle attività del MES, in particolare, con l'articolo 125 TFUE e con le misure di coordinamento adottate dall'Unione»¹⁹⁸, come del resto potrebbe agevolmente desumersi dallo stesso art. 13, par. 3, secondo comma, del Trattato MES, il quale prevede espressamente che le condizioni cui è subordinato il sostegno devono essere pienamente conformi «alle misure di coordinamento delle politiche economiche previste dal TFUE, in particolare a qualsiasi atto legislativo dell'Unione europea». Ma se tale lettura rassicurante della condizionalità trova sicuramente un robusto addentellato nei testi normativi appena considerati, non v'è dubbio che la posizione di rilievo in cui essa è tenuta tradisce, forse in modo inconscio, la volontà degli estensori del Trattato MES di uniformarsi ai tradizionali strumenti operativi del FMI, nell'ambito dei quali la condizionalità è di fatto utilizzata affinché il Paese

¹⁹⁶ In base all'art. 13, par. 3, del Trattato MES.

¹⁹⁷ Art. 13, par. 7, del Trattato MES.

¹⁹⁸ Sentenza *Pringle*, punto 111, *cit. supra*, nota 90.

assistito riorienta le proprie politiche economiche all'obiettivo prioritario della stabilità di bilancio¹⁹⁹.

86. Nella prassi operativa del MES, la condizionalità ha finora riguardato solamente lo strumento dei prestiti agli Stati in crisi, del resto l'unico utilizzato per quanto riguarda Grecia, Cipro e Spagna. Nel sostegno a Grecia e a Cipro, la «rigorosa condizionalità» ha assunto la forma di programmi di riforme e correzioni macroeconomiche, riguardanti soprattutto il settore pubblico, la previdenza sociale ed il sistema tributario²⁰⁰, mentre per quanto riguarda la Spagna i prestiti, essendo, come si è già visto, finalizzati alla ricapitalizzazione indiretta del suo settore bancario, implicavano solamente la riforma della *governance* nazionale di quest'ultimo.

87. Prescinde dagli obiettivi del presente articolo l'analisi critica della funzione macroeconomica della condizionalità, sia in generale sia nell'ambito più limitato del MES²⁰¹. Peraltro, fra rigore finanziario e rilancio economico, si ha l'impressione che in sede MES l'ago della bilancia penda in favore del primo: la condivisione degli oneri del sostegno fra gli Stati membri rimane impregiudicata, ma essa risulta subordinata al peso di una condizionalità sempre più invasiva²⁰².

V. Per un assetto definitivo degli strumenti di stabilità

a. *L'Europa riprende l'iniziativa: la nuova governance economica europea*

88. Con l'entrata in vigore del Trattato MES, e con la piena operatività di esso, la situazione degli strumenti di stabilizzazione economica in sede europea sembrava stabilizzarsi, anche se era percettibile l'esistenza di una profonda frattura fra la metodologia classica dell'Unione europea e l'emer-

¹⁹⁹ Si veda al riguardo l'interessante analisi di G. ADINOLFI, *Le recenti evoluzioni in seno al FMI tra crisi economico-finanziaria e processi di governance economica internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 2011, pp. 271-333. Nella prassi del FMI, due sono le tipologie di condizionalità normalmente utilizzate: quella quantitativa («*outcome-based conditionality*»), che prescrive il raggiungimento di un dato risultato e riguarda variabili di macroeconomia quantitative come la spesa pubblica o il debito pubblico, e quella qualitativa («*action-based conditionality*»), che impone di adottare un'azione e si riferisce a variabili strutturali, come la riforma del pubblico impiego ad esempio.

²⁰⁰ Si veda, a titolo di esempio, il testo integrale del «*Memorandum of Understanding*» relativo alla Grecia: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/01_mou_20150811_en1.pdf.

²⁰¹ Si veda comunque, per un primo orientamento, la precedente nota 37.

²⁰² Sul punto E. CASTELLARIN, *L'évolution de la conditionnalité du mécanisme européen de stabilité*, in *Dir. Un. Eur.*, 2020, pp. 767-791. Più in generale, si veda l'interessante *paper* di C. PINELLI, *I temi della condizionalità nel negoziato sul quadro finanziario pluriennale 2021-2027*, reperibile all'indirizzo internet http://www.csfederalismo.it/images/CSF-IAI_QFP/CSF-IAI_RP_CPinelli_Condizionalit%C3%A0Negoziato_QFP_Aprile2018.pdf.

gere di derive intergovernative idonee a porsi in termini antitetici rispetto alla prima: il diritto internazionale prendeva la sua rivincita sulla *primauté* del diritto europeo. Contrastare tale *trend* costituiva la sfida fondamentale per la Commissione europea, che nonostante i crescenti appetiti degli Stati membri più forti si apprestava a riprendere l'iniziativa di riportare l'obiettivo della stabilità nell'ambito europeo, creando da un lato una nuova *governance* economica interamente rispettosa delle regole e delle procedure dei Trattati e, dall'altro, cercando di "europeizzare" il MES mediante il ricorso ad una base giuridica appropriata. Come si vedrà in seguito, l'impegno sul primo fronte ha conosciuto un notevole successo, mentre quello sul secondo obiettivo si è rivelato un bruciante fallimento.

89. In questa sede si accennerà brevemente all'azione della Commissione sul fronte della nuova *governance* economica europea all'interno dell'Unione economica e monetaria, con particolare riferimento ad una serie di proposte normative denominate *Six-Pack* e *Two-Pack*.

90. Già nel settembre 2010 la Commissione aveva presentato al Parlamento europeo ed al Consiglio un pacchetto – denominato *Six-Pack* – di sei proposte normative miranti, da un lato, a rafforzare le procedure per la riduzione dei *deficit* eccessivi e, dall'altro, a correggere gli squilibri macroeconomici. I relativi strumenti vennero finalmente adottati nel dicembre 2011: essi comprendevano quattro interventi nel settore della riduzione dei *deficit* eccessivi²⁰³ e due interventi nel campo della correzione degli squilibri macroeconomici²⁰⁴, riguardanti sia gli Stati membri nel loro complesso che solamente gli Stati membri della zona euro²⁰⁵. Con l'espressione *Two-Pack* si allude invece ad un'ulteriore iniziativa della Commissione, che nel novembre 2011 aveva presentato un nuovo pacchetto di proposte relative ai soli Stati membri della zona euro, che nel 2013 condusse al-

²⁰³ Regolamento (Ue) n. 1173/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, relativo all'effettiva esecuzione della sorveglianza di bilancio nella zona euro, in *Gu-Ue* n. L 306 del 23 novembre 2011, p. 1; Regolamento (Ue) n. 1175/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, che modifica il Regolamento (Ce) n. 1466/97 del Consiglio per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche, in *Gu-Ue* n. L 306 del 23 novembre 2011, p. 12; Regolamento (Ue) n. 1177/2011 del Consiglio, dell'8 novembre 2011, che modifica il Regolamento (Ce) n. 1467/97 per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi, in *Gu-Ue* n. L 306 del 23 novembre 2011, p. 33; direttiva n. 2011/85/Ue del Consiglio, dell'8 novembre 2011, relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri, in *Gu-Ue* n. L 306 del 23 novembre 2011, p. 41.

²⁰⁴ Regolamento (Ue) n. 1174/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, sulle misure esecutive per la correzione degli squilibri macroeconomici eccessivi nella zona euro, in *Gu-Ue* n. L 306 del 23 novembre 2011, p. 8; Regolamento (Ue) n. 1176/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, sulla prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici, in *Gu-Ue* n. L 306 del 23 novembre 2011, p. 25.

²⁰⁵ Concernono solamente gli Stati membri la cui moneta è l'euro i Regolamenti n. 1173/2011 e n. 1174/2011.

l'adozione di due nuovi Regolamenti del Parlamento europeo e del Consiglio²⁰⁶, riguardanti il rafforzamento della sorveglianza economica e di bilancio degli Stati membri la cui moneta è l'euro che si trovino in gravi difficoltà per quanto riguarda la loro stabilità finanziaria, ed il monitoraggio e la valutazione dei documenti programmatici di bilancio e per la correzione dei disavanzi eccessivi negli stessi Stati membri. L'idea sottesa a tali provvedimenti consisteva nel predisporre, da un lato, una rete di sicurezza permanente per le economie nazionali a rischio, sorvegliando in particolare da vicino gli Stati membri che richiedono o ricevono assistenza finanziaria dal MES²⁰⁷, e, dall'altro, un sistematico monitoraggio rafforzato delle politiche di bilancio nella zona euro in funzione del rispetto della coerenza dei bilanci nazionali con gli indirizzi di politica economica emanati nel contesto del Patto di stabilità e crescita (PSC) del 1997²⁰⁸ ed in seguito del "*Fiscal Compact*". In pratica, si tratta pur sempre di condizionalità cui un sostegno è destinato ad essere subordinato, ma esposta in termini sistematici ed avente un carattere essenzialmente preventivo.

91. In realtà, i pacchetti di proposte normative di cui si è appena parlato non erano che la punta emergente di un *iceberg* politico ben più vasto, comprendente la discussione sulla possibilità di emettere determinate tipologie di obbligazioni europee ("*eurobonds*" o "*Stability bonds*")²⁰⁹, l'adozione di alcuni documenti programmatici di largo respiro miranti al rafforzamento dell'Unione economica e monetaria²¹⁰, nonché l'instaurazione, in

²⁰⁶ Regolamento (Ue) n. 472/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sul rafforzamento della sorveglianza economica e di bilancio degli Stati membri nella zona euro che si trovano o rischiano di trovarsi in gravi difficoltà per quanto riguarda la loro stabilità finanziaria, in *Gu-Ue* n. L 140 del 27 maggio 2013, p. 1; Regolamento (Ue) n. 473/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulle disposizioni comuni per il monitoraggio e la valutazione dei documenti programmatici di bilancio e per la correzione dei disavanzi eccessivi negli Stati membri della zona euro, in *Gu-Ue* n. L 140 del 27 maggio 2013, p. 11).

²⁰⁷ Si veda l'art. 1, par. 1, lett. b., del Regolamento n. 472/2013. Sul punto, si vedano pure le interessanti osservazioni di P. MENGOZZI, *Il two pack ed il funzionamento del meccanismo europeo di stabilità*, in Atti del Convegno «Verso i 60 anni dei Trattati di Roma», [indicare luogo di edizione e casa editrice], 2016, pp. 273-275.

²⁰⁸ Si tratta di un accordo intergovernativo stipulato nel 1997 dagli Stati membri riuniti in seno al Consiglio in tema di controllo delle rispettive politiche di bilancio, al fine di mantenere inalterati i requisiti di adesione all'Unione economica e monetaria (UEM), evitare disavanzi pubblici eccessivi e contribuire così alla stabilità monetaria. I contenuti di tale documento sono stati successivamente trasfusi nel «*Fiscal Compact*». Si veda anche il secondo *considerando* e l'art. 1, par. 1, del Regolamento (Ue) n. 473/2013.

²⁰⁹ Il 23 novembre 2011 la Commissione ha adottato al riguardo un "*green paper*" intitolato «*European Commission Green Paper on the feasibility of introducing Stability Bonds*», doc. Com(2011)818), che peraltro non ha avuto un seguito adeguato. Il dibattito è ripreso nel 2020 con riferimento agli strumenti per la ripresa economica in seguito alla crisi del COVID-19, ed in particolare in merito all'adozione del pacchetto denominato «*Next Generation EU*».

²¹⁰ Sono in particolare da menzionare: le conclusioni del Consiglio europeo del 28-29 giugno 2012, «*Patto per la crescita e l'occupazione*» (doc. EUCO 76/12, allegato); la risoluzione

sede di ravvicinamento delle legislazioni, di una vera e propria Unione bancaria europea (“*Banking Union*”)²¹¹. Non è qui il caso di esaminare in dettaglio tali tematiche, che esulano in gran parte dalla presente analisi: vale solo la pena di sottolineare come l’impegno a creare una nuova *governance* economica europea fosse percepito non solo nei termini puramente materiali di una semplice messa a punto delle disposizioni istituzionali dei Trattati, ma anche e soprattutto quale occasione privilegiata per neutralizzare ed eventualmente assorbire le derive intergovernative che avevano condotto all’istituzione del «*Fiscal Compact*» e del Trattato MES, ridando così all’Unione europea il ruolo propulsivo che le compete²¹².

b. *Una sfida impossibile: riportare il MES nell’alveo dei Trattati*

92. Nel quadro della sua “*Roadmap*” del 6 dicembre 2017 la Commissione (all’epoca presieduta da J.-C. Juncker) lanciava agli Stati membri il guanto della sfida, presentando una proposta di Regolamento del Consiglio sull’istituzione del Fondo monetario europeo²¹³, con la quale intendeva “europeizzare” il MES, riportandolo nell’alveo dei Trattati. Si trattava di una sfida ambiziosa, che cercava di rimediare all’anomalia di una situa-

del Parlamento europeo del 20 novembre 2012, «*Verso un’autentica Unione economica e monetaria*» (doc. P7_TA/2012/0430); la comunicazione della Commissione del 28 novembre 2012, «*Piano per un’Unione economica e monetaria autentica e approfondita*», doc. Com(2012)777/2). Il dibattito sul rafforzamento dell’UEM è comunque continuato nel corso delle Commissioni Barroso II e, dal 2014, Juncker, nell’agenda politica della quale tale tematica costituiva una delle priorità politiche fondamentali: in tale contesto si pongono il “*Report*” dei cinque Presidenti del 22 giugno 2015, intitolato «*Completing Europe’s Economic and Monetary Union*», il documento della Commissione del 31 maggio 2017 intitolato «*Reflection Paper on the deepening of the Economic and Monetary Union*», doc. Com(2017)291, ed infine l’ulteriore documento della Commissione del 6 dicembre 2017, denominato «*Roadmap for deepening the Economic and Monetary Union (EMU)*», doc. Com(2017)821, accompagnato da un pacchetto di riforme a lungo termine che includeva, tra l’altro, l’istituzione del Fondo monetario europeo, di cui si parlerà più oltre.

²¹¹ Che, su iniziativa della Commissione nel settembre 2012, verrà progressivamente realizzata nel 2014 sulla base dell’art. 114 TFUE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni, e dotata di un sistema di regole comuni, di un «*Single Supervisory Mechanism*» (SSM), di un «*Single Resolution Mechanism*» (SRM), di un sistema unico di garanzie sui depositi e di un «*Single Resolution Board*» (SRB). In relazione al MES si vedano: K. WINDHORST, *European Stability Mechanism and Banking Union: principles and challenges*, in *Riv. it. dir. publ. comun.*, 2014, pp. 949-966, e G. LO SCHIAVO, *The European Stability Mechanism and the European Banking Union: promotion of organic financial solidarity from transient self-interest solidarity in Europe?*, in A. BIONDI - È. DAGILYTÉ - E. KÜÇÜK (editors), *Solidarity in EU Law: Legal Principle in the Making*, Cheltenham (UK) e Northampton (USA), Edward Elgar Publishing, 2018, pp. 161-190.

²¹² In generale sull’assetto dell’Unione economica e monetaria dopo le riforme intervenute nel periodo 2011-2014 si veda l’esauriente studio di S. CAFARO, *L’Unione Economica e Monetaria dopo la crisi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017.

²¹³ Proposta della Commissione, doc. Com(2017)827 del 6 dicembre 2017.

zione in cui lo strumento principale per il sostegno alla stabilità europea era costituito da un organismo intergovernativo e dunque extra-europeo: ma la mossa della Commissione non ha conosciuto il successo sperato.

93. La proposta in questione proponeva come base giuridica l'art. 352 TFUE, riconoscendo la compresenza nel caso di specie delle tre condizioni operative previste da tale disposizione: l'assenza di una base giuridica specifica nei Trattati, l'inquadramento dell'azione nelle politiche dell'Unione e la necessità di conseguire un obiettivo dei Trattati stessi. Rimaneva il problema dell'unanimità richiesta dall'articolo in causa per l'adozione di una misura in realtà concernente solo gli Stati membri la cui moneta è l'euro, ma la Commissione riteneva di poter superare tale ostacolo, sottolineando come l'applicazione della misura potesse «essere limitata a un sottoinsieme di Stati membri laddove tale limitazione si basa su ragioni obiettive»²¹⁴, consistenti nel fatto che il MES interveniva soltanto per la salvaguardia della stabilità finanziaria della zona euro.

94. Sul piano dei contenuti, l'iniziativa della Commissione mirava ad instaurare un nuovo strumento operativo, denominato Fondo monetario europeo (FME), che da un lato sarebbe stato saldamente ancorato al quadro giuridico dell'Unione, ma dall'altro avrebbe sostanzialmente preservato le strutture finanziarie e istituzionali del MES, del quale assicurava la successione²¹⁵. A tal fine, veniva proposto uno schema di Regolamento "leggero", contenente solo l'impalcatura concettuale del FME nonché alcune disposizioni di adattamento e coordinamento della vecchia e della nuova struttura, rinviando per quanto riguarda la normativa sostanziale ad uno "statuto" allegato al Regolamento stesso, che ne costituiva parte integrante²¹⁶ ricalcando, nelle grandi linee, gli stessi contenuti del Trattato MES, adeguatamente adattati alle necessità del nuovo organismo. Di originale vi era piuttosto la piena assunzione di responsabilità del FME dinanzi al Parlamento europeo ed al Consiglio nell'esercizio delle sue funzioni²¹⁷, nonché ai parlamenti nazionali degli Stati membri²¹⁸, in modo da segnare una netta frattura rispetto al *modus operandi* del MES, organismo formalmente autonomo ed indipendente dal controllo politico. Inoltre, la proposta era integrata da un progetto di un possibile accordo intergovernativo sul trasferimento di fondi dal MES al FME, al fine di assicurare la continuità finanziaria delle due entità.

²¹⁴ Proposta della Commissione, doc. Com(2017)827 del 6 dicembre 2017, relazione, capitolo 2, p. 12.

²¹⁵ Si vedano il *considerando* 19 e l'art. 2, par. 1, del progetto di Regolamento.

²¹⁶ Si vedano il *considerando* 18 e l'art. 1, par. 2, del progetto di Regolamento.

²¹⁷ Art. 5 del progetto di Regolamento.

²¹⁸ Art. 6 del progetto di Regolamento.

95. Nelle intenzioni della Commissione, del resto, l'integrazione del MES nel quadro giuridico dell'Unione europea mediante la creazione del FME avrebbe contribuito non solo «ad accrescere la trasparenza e la responsabilità nell'unione economica e monetaria», ma anche a «garantire un dialogo più intenso, la fiducia reciproca e il rafforzamento della responsabilità democratica e della legittimità dei processi decisionali dell'Unione»²¹⁹. Certo, occorre una buona dose di fantasia per immaginare la “democratizzazione” di uno strumento finanziario immerso in un'economia capitalistica ed imbevuto di una penetrante condizionalità, ma bisogna pur riconoscere alla proposta la capacità di creare scenari originali e di fissare obiettivi, ancorché ingenui, almeno elevati e del tutto rispettabili: un vero peccato che tali obiettivi si rivelassero assai poco digeribili da parte degli Stati membri egemoni della zona euro.

96. In effetti, l'*iter* della proposta della Commissione non è stato accompagnato dalla buona sorte. Pur suscitando il 14 marzo 2019 una reazione molto favorevole nel Parlamento europeo²²⁰, che già aveva suggerito l'utilizzazione dell'art. 352 TFUE nella sua risoluzione del 23 marzo 2011 in sede di modifica dell'art. 136 TFUE relativamente all'istituzione del MES, tale proposta non formava oggetto di alcun accordo politico in seno al Consiglio, per cui si dovette prendere atto che l'unanimità richiesta dall'art. 352 TFUE non poteva essere raggiunta. Dal canto loro, sin dal 2018 sia l'Eurogruppo sia il Vertice dei Capi di Stato e di Governo della zona euro (in breve, il Vertice euro) avevano già espresso la propria preferenza per una soluzione diametralmente opposta: mantenere il sistema in vigore, limitandosi ad un semplice ritocco del Trattato MES. La sfida della Commissione falliva miseramente e prevaleva quindi, ancora una volta, l'approccio intergovernativo.

c. *La conferma definitiva dell'approccio intergovernativo: la riforma del MES*

97. Di una riforma, ancorché limitata, del Trattato MES si parlava già in occasione del processo di rafforzamento dell'Unione economica e monetaria, ma fu solo nel corso del Vertice euro del 14 dicembre 2018²²¹ che l'opzione venne sostenuta politicamente e si diede all'Eurogruppo l'inc-

²¹⁹ Si veda il *considerando* 9 del progetto di Regolamento.

²²⁰ Si veda la risoluzione del Parlamento europeo del 14 marzo 2019, doc. P8_TA(2019)0218.

²²¹ Documento del Consiglio EURO 503/18.

rico di preparare il testo modificativo. Il 13 giugno 2019 l'Eurogruppo constatava l'esistenza di un ampio accordo sul progetto di revisione, che veniva accolto favorevolmente anche dal Vertice euro del 21 giugno 2019²²². Dopo l'accordo politico definitivo sul testo degli emendamenti, espresso dall'Eurogruppo il 30 novembre 2020, l'accordo sulla riforma del Trattato MES veniva firmato a Bruxelles il 27 gennaio 2021 dagli Stati membri della zona euro²²³, e regolarmente pubblicato²²⁴: esso è destinato ad entrare in vigore al momento del deposito degli strumenti di ratifica dei 19 Stati membri²²⁵.

98. Sul piano dei contenuti, la riforma non muta affatto la struttura generale del Trattato, che rimane invariata nelle sue grandi linee. Le modifiche introdotte concernono solo alcuni aspetti circoscritti del MES, in funzione del loro aggiornamento alle nuove esigenze del sostegno finanziario nonché della loro inclusione nella rinnovata governance dell'Unione economica e monetaria²²⁶. In particolare, vale la pena di sottolineare l'importanza delle seguenti innovazioni:

a. un migliore riparto delle competenze fra gli attori coinvolti nella gestione del MES, in particolare fra la Commissione europea e gli organi decisionali del MES, col rafforzamento della posizione e del ruolo del Direttore generale, del quale viene ribadita l'indipendenza (artt. 7, par. 4, e 13 del Trattato MES, emendati);

b. l'affinamento dei criteri di condizionalità per la concessione dell'assistenza finanziaria: nella valutazione preliminare condotta dalla Commissione si prenderà in considerazione anche la capacità di ripagare il prestito da parte dello Stato membro richiedente, mantenendo nel contempo una sufficiente discrezionalità al riguardo (art. 13, par. 1, lett. *b.*, del Trattato MES, emendato);

²²² Documento del Consiglio EURO 502/19.

²²³ Tranne l'Estonia, che per motivi di politica interna lo firmava solo l'8 febbraio 2021.

²²⁴ Per il testo dell'accordo di modifica cfr. <https://www.consilium.europa.eu/media/47294/sn04244-en19.pdf>.

²²⁵ Si veda l'art. 5, par. 1, dell'accordo di modifica, che deroga rispetto alle disposizioni di cui all'art. 48 del Trattato MES.

²²⁶ Per il testo in italiano del Trattato MES comprendente le modifiche apportate dalla riforma, si veda il dossier europeo del Senato della Repubblica n. 104 del dicembre 2020, intitolato «*La riforma del Trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità*», realizzato dal Servizio studi del Senato a cura di D. ZAOTTINI e M. BOSCHI, pp. 25-62, reperibile all'indirizzo internet <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01185779.pdf>. Si vedano anche le osservazioni sulla riforma contenute nell'intervento del 4 dicembre 2019 alla Camera di Deputati del Governatore della Banca d'Italia, «*Audizione sul funzionamento del Meccanismo europeo di stabilità e sulle sue prospettive di riforma*», reperibile all'indirizzo internet <https://www.banccaditalia.it/pubblicazioni/interventi-governatore/integov2019/visco-audizione-4122019.pdf>.

c. la modifica al regime delle clausole di azione collettiva («*collective action clauses*», CACs) nei titoli di Stato della zona euro di nuova emissione, con la prevista introduzione delle clausole di azione collettiva con approvazione a maggioranza unica («*single limb CACs*») ²²⁷ (art. 12, par. 4, del Trattato MES, emendato);

d. la semplificazione dell'assistenza finanziaria precauzionale, mediante l'introduzione di una linea di credito condizionale precauzionale («*precautionary conditioned credit line*», PCCL) destinata agli Stati membri in grado di garantire il rispetto di specifici criteri descritti nel nuovo allegato III al Trattato MES, in contrapposizione alla linea di credito soggetta a condizioni rafforzate («*Enhanced Conditions Credit Line*», ECCL) riservata agli Stati membri non ammissibili alla PCCL (art. 14 del Trattato MES, emendato);

e. il dispositivo di sostegno («*backstop*») al Fondo di risoluzione unico ²²⁸: oltre all'ordinario compito di garantire la stabilità degli Stati membri, il MES svolgerà un ruolo importante nell'ambito del funzionamento del Fondo, mediante una linea di credito rotativa in virtù della quale potranno essere erogati prestiti nel caso in cui le risorse del Fondo stesso non si rivelino sufficienti a finanziare gli interventi a sostegno delle banche (nuovo art. 18 A del Trattato MES);

f. l'estensione del ruolo della Corte di giustizia in tema di risoluzione delle controversie fra gli Stati membri circa l'applicazione del predetto dispositivo di sostegno al Fondo di risoluzione unico (art. 37, par. 4, del Trattato MES, emendato).

99. Non è questa la sede per giudicare se le modifiche introdotte nel Trattato MES siano foriere o meno di sviluppi positivi, o se possano rendere più appetibile il futuro ricorso al sostegno da parte degli Stati membri ²²⁹. Tale tipo di valutazioni spetta piuttosto agli economisti o, semmai,

²²⁷ Nell'ambito dell'emissione di titoli di Stato, le clausole di azione collettiva permettono ad una maggioranza qualificata di creditori di imporre l'eventuale ristrutturazione del debito dello Stato emittente a tutti gli altri creditori. Le clausole di azione collettiva con approvazione a maggioranza unica consentono di adottare decisioni contestuali per tutte le serie di quel determinato titolo di Stato, senza la necessità di votare per ogni singola serie emessa, con conseguente semplificazione della procedura di ristrutturazione del debito.

²²⁸ Istituito dal Regolamento (Ue) n. 806/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 luglio 2014, che fissa norme e una procedura uniformi per la risoluzione degli enti creditizi e di talune imprese di investimento nel quadro del meccanismo di risoluzione unico e del Fondo di risoluzione unico e che modifica il Regolamento (Ue) n. 1093/2010 (*Gu-Ue* n. L 225 del 30 luglio 2014, p. 1). Nell'ambito della «*Banking Union*», cui si è accennato in precedenza, il Fondo di risoluzione unico è lo strumento operativo di cui dispone il «*Single Resolution Board*» (SRB) per sostenere le banche in crisi nel loro sforzo di ricapitalizzazione.

²²⁹ Per una valutazione complessiva della riforma, si vedano, in vario senso: Ch. BAUER e B. HERZ, *Reforming the European Stability Mechanism*, in *Journal of Common Market Studies*, 2019, pp. 636-653; M. MEGLIANI, *Borrowing beyond the European stability mechanism: arranging additional facilities*, in *European Business Law Review*, 2019, pp. 823-

ai politici di professione. Al riguardo, il dibattito risulta molto acceso²³⁰. Risulta peraltro significativo come dall'agosto 2018, ossia dalla fine dell'assistenza finanziaria alla Grecia, fino ad oggi nessuno Stato membro abbia più fatto appello all'assistenza del MES: sintomo di ripresa economica o manifestazione di diffidenza verso la «*rigorosa condizionalità*» cui il sostegno del MES è subordinato?

100. Per concludere, vale la pena di sottolineare come il 15 maggio 2020 il Consiglio dei governatori del MES – su sollecitazione dell'Eurogruppo e del Vertice euro – abbia deciso l'apertura di una linea di credito denominata «*Pandemic crisis support*» nell'ambito dell'assistenza finanziaria precauzionale²³¹, per offrire sostegno agli Stati membri onerati dai costi relativi alla prevenzione, cura ed assistenza dei casi di COVID-19, alla sola condizione che i detti Stati si impegnino ad utilizzare i fondi ricevuti con l'unico scopo di far fronte ai detti costi nel quadro di un apposito piano («*Pandemic Response Plan*», PRP), nel limite del 2% del rispettivo prodotto nazionale lordo. Tale linea di credito si porrà inevitabilmente in competizione con i finanziamenti che saranno disponibili nel quadro degli strumenti europei adottati per lenire le conseguenze economiche della crisi sanitaria, cui si accennerà in seguito.

VI. Considerazioni conclusive: da una crisi all'altra

101. Si ritiene che la crisi finanziaria che ha colpito la zona euro abbia avuto il suo termine nell'agosto 2018, al momento cioè della conclusione positiva dell'ultimo programma di sostegno alla stabilità della Grecia. Un sollievo purtroppo momentaneo, dal momento che l'anno successivo si sarebbe incredibilmente passati da una crisi all'altra: dopo le lunghe sofferenze delle finanze pubbliche degli Stati membri la cui moneta è l'euro cominciavano già ad intravedersi i prodromi della paurosa pandemia da COVID-19, che tanti lutti avrebbe causato alla popolazione europea (e

839; A. EVANGELISTI, *Le Mécanisme européen de stabilité et sa réforme*, in *Revue de l'Union européenne*, 2020, pp. 349-363, nonché C. PACHECO DIAS e A. ZOPPE, *The 2019 proposed amendments to the Treaty establishing the European Stability Mechanism*, Parlamento europeo, 18 gennaio 2021: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2019/634357/IPOL_IDA\(2019\)634357_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2019/634357/IPOL_IDA(2019)634357_EN.pdf).

²³⁰ A titolo di esempio, si vedano il commento di L. CODOGNO e G. GALLI, *La riforma del MES non è perfetta ma all'Italia può solo far comodo*, nel quotidiano *Il Sole 24 Ore* dell'8 dicembre 2020, p. 23, nonché il documento della Banca d'Italia «*Il Meccanismo europeo di stabilità (MES - European Stability Mechanism, ESM) e la sua riforma: domande frequenti e risposte*», reperibile all'indirizzo internet https://www.bancaditalia.it/media/fact/2019/mes_riforma/index.html.

²³¹ Reperibile all'indirizzo internet https://www.esm.europa.eu/sites/default/files/2020/0515_-_esm_bog_-_annotated_agenda.pdf.

mondiale) ed infiniti pregiudizi sarebbe stata capace di provocare alle esauste economie nazionali. Ancora una volta la necessità di un sostegno finanziario si poneva in modo imperioso, e con essa risorgeva il noto dilemma: ricorso agli strumenti dell'Unione, o riproposta delle intese inter-governative?

102. Questa volta è stato giocoforza utilizzare il quadro giuridico dell'Unione, anche se un acceso dibattito tra gli Stati membri "bisognosi" (che auspicavano un aiuto ad ogni costo), quelli "frugali" (che invece subordinavano l'aiuto ad una rigida condizionalità), quelli "sovranisti" (che rifiutavano la subordinazione dell'aiuto al rispetto dei diritti fondamentali) e quelli "egemoni" (che pretendevano il controllo effettivo di ogni esborso) ha ritardato di molto l'adozione degli strumenti giuridici necessari per fronteggiare la nuova crisi. Il prezzo da pagare è stato alto, in quanto da un lato il sostegno è intervenuto quando già la pandemia era entrata nella sua seconda fase (autunno-inverno 2020-2021), e dall'altro gli strumenti giuridici generati dall'Unione europea si sono rivelati particolarmente complessi da interpretare e da gestire,

103. Non è questa la sede per esaminare, anche in modo superficiale, la vasta gamma di atti normativi adottati nell'ambito della crisi da COVID-19. Basti solo sottolineare come le aspettative maggiori sono riposte nel pacchetto denominato «*Next Generation EU*» (NGEU), che comprende un intreccio fra tre differenti provvedimenti: in primo luogo una decisione del Consiglio²³² che incrementa le risorse proprie dell'Unione al fine di assicurare un maggiore finanziamento del bilancio annuale europeo, dando inoltre alla Commissione il potere di contrarre sui mercati dei capitali prestiti per conto dell'Unione per un importo massimo di 750 miliardi di euro²³³; in secondo luogo un Regolamento del Consiglio²³⁴ istitutivo di uno strumento dell'Unione europea per la ripresa dell'economia dopo la crisi COVID-19 («*EU Recovery Instrument*», EURI), finanziato col predetto importo aggiun-

²³² Decisione (Ue, Euratom) 2020/2053 del Consiglio del 14 dicembre 2020 relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea e che abroga la decisione n. 2014/335/Ue, Euratom (*Gu-Ue* n. L 424 del 15 dicembre 2020, p. 1). Si noti che, in base all'art. 311, terzo comma, TFUE, tale decisione «entra in vigore solo previa approvazione degli Stati membri conformemente alle rispettive norme costituzionali»: al momento essa non risulta ancora entrata in vigore. Inutile dire che in Germania già pende un procedimento – causa 2 BvR 547/21 – dinnanzi al Bundesverfassungsgericht sulla compatibilità con il quadro costituzionale tedesco dei contenuti della decisione in questione. Si veda il commento di R. REPASI, *Karlsruhe, again: The interim-interim relief of the German Constitutional Court regarding Next Generation EU*, in *EU Law Live*, 29 marzo 2021.

²³³ Art. 5, par. 1, lett. a., della decisione n. 2020/2053. Si noti che tale disposizione rappresenta il risultato finale del lungo dibattito sull'opportunità o meno di emettere «*eurobonds*», dopo il già citato «*green paper*» della Commissione del 23 novembre 2011.

²³⁴ Regolamento (Ue) n. 2020/2094 del Consiglio del 14 dicembre 2020 che istituisce uno strumento dell'Unione europea per la ripresa, a sostegno alla ripresa dell'economia dopo la crisi COVID-19, in *Gu-Ue* n. L 4331 del 22 dicembre 2020, p. 23.

tivo di 750 miliardi di euro²³⁵; ed in terzo ed ultimo luogo un Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio²³⁶ istitutivo del dispositivo per la ripresa e la resilienza («*Recovery and Resilience Facility*» RRF), che del precedente strumento rappresenta la modalità operativa, in funzione delle esigenze degli Stati membri eleggibili per il sostegno²³⁷.

104. Appare altamente significativo il fatto che il dispositivo per la ripresa e la resilienza sia stato adottato il 12 febbraio 2021, ossia pochi giorni dopo la conclusione, avvenuta il 27 gennaio 2021, dell'accordo sulla riforma del Trattato MES: quasi uno scambio di consegne tra i fautori dell'approccio intergovernativo ed i sostenitori del metodo europeo, a significare che lo scontro, comunque, è destinato ad alimentare ulteriori dibattiti²³⁸ ed a rendere imprevedibile qualunque valutazione sull'avvenire dell'Unione europea nella sua forma attuale.

Antonio Aresu**

SINTESI

Nel contesto del tradizionale contrasto fra l'ortodossia europea e l'approccio intergovernativo, l'articolo esamina il lungo e articolato percorso degli strumenti finanziari adottati in sede di Unione europea per contrastare la crisi del debito sovrano, con particolare riferimento alle situazioni degli Stati membri della zona euro. Si passa in tal modo da una forma *sui generis* di sostegno alla Grecia tramite prestiti bilaterali, la *Greek Loan Facility*, all'adozione di due strumenti provvisori applicabili a tutti gli Stati membri la cui moneta è l'euro, ossia il meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria (MESF) ed il fondo europeo di stabilità finanziaria (FESF), i cui contenuti sostanziali confluiscono poi nel meccanismo europeo di stabilità (MES), uno strumento innovativo e permanente che, sul modello del c.d. «*Fiscal Compact*», viene istituito tramite un accordo internazio-

²³⁵ Art. 2, par. 1, del Regolamento (Ue) n. 2020/2094.

²³⁶ Regolamento (Ue) n. 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, in *Gu-Ue* n. L 57 del 18 febbraio 2021, p. 17.

²³⁷ Le regole attuative sono particolarmente complesse, dal momento che la concessione del sostegno è subordinata alla presentazione di piani nazionali che devono esporre i progetti selezionati per il raggiungimento degli obiettivi fissati dal Regolamento, nonché al monitoraggio delle fasi di esecuzione dei progetti stessi.

²³⁸ Non ultimo quello, tutto italiano, tra i fautori del ricorso al MES, quelli dell'utilizzo esclusivo del «*Recovery Instrument*» e quelli del normale indebitamento pubblico mediante l'emissione di nuove obbligazioni. Sui vantaggi del MES si veda il breve ma significativo intervento di C. COTTARELLI e E. MOAVERO MILANESI, *Le tre verità sul Mes*, nel quotidiano *La Repubblica* del 28 aprile 2020, p. 29.

** Avvocato; ex consigliere giuridico presso il Servizio giuridico / Commissione europea

nale entrato in vigore nel settembre 2012. Il tentativo della Commissione di “europeizzare” il MES, avviato nel 2017, fallisce, mentre una riforma del meccanismo affidata ancora una volta al procedimento intergovernativo viene portata a compimento all’inizio del 2021: la sfida fra le due opposte metodologie continua, sullo sfondo delle continue tensioni che agitano l’Unione europea nella sua forma attuale.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyse, in the context of the traditional contrast between European orthodoxy and the intergovernmental approach, the complex sequence of financial instruments adopted within the European Union to counter the crisis of the sovereign debt, with particular reference to the situation of Eurozone Member States. A sui generis form of support to Greece through bilateral loans, the Greek Loan Facility, was followed by two provisional instruments applicable to all Member States whose currency is the euro, namely the European Financial Stabilisation Mechanism (EFSM) and the European Financial Stability Fund (EFSF), whose substantive contents later merged into the European Stability Mechanism (ESM). This innovative and permanent instrument, modelled on the so-called «Fiscal Compact», was established by means of an international agreement that entered into force in September 2012. The Commission’s attempt to “Europeanise” the ESM, launched in 2017, came to nothing, while a reform of the mechanism once again resting on an intergovernmental procedure was accomplished at the beginning of 2021. The two alternative methodologies will continue to clash, against the background of the ongoing tensions that are distressing the European Union in its current form.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

LA CORTE DI GIUSTIZIA DICHIARA CHE QUALORA IL GIUDICATO INTERNO CONTRASTI CON IL DIRITTO DELL'UNIONE UNA SENTENZA NAZIONALE PASSATA IN GIUDICATO NON PUÒ ESSERE MODIFICATA ANCHE SE CIÒ PUÒ PRECLUDERE OGNI POSSIBILITÀ DI RIMEDIARE AD UNA VIOLAZIONE DI UNA DISPOSIZIONE DEL DIRITTO DELL'UNIONE

Corte di giustizia

Sentenza del 4 marzo 2020 in causa n. C-34/19*

Telecom Italia SpA c. Ministero dello Sviluppo Economico, Ministero dell'Economia e delle Finanze

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 97/13/Ce, art. 22, par. 3 - Disciplina comune in materia di autorizzazioni generali e di licenze individuali nel settore dei servizi di telecomunicazione - Tas-

* EU:C:2020:148. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu. In argomento, v. *infra*, p. 65 ss., il commento di *VALENTINA PETRALIA*.

DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI, FASC. 1-2/2021, PP. 63-64
© EDITORIALE SCIENTIFICA SRL

se e canoni applicabili alle licenze individuali - Regime transitorio che istituisce un canone addizionale rispetto a quelli autorizzati dalla direttiva n. 97/13/Ce – Intangibilità del giudicato nazionale anche se contrasta con il diritto dell'Unione.

1. L'art. 22, par. 3, della direttiva n. 97/13/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 aprile 1997, relativa ad una disciplina comune in materia di autorizzazioni generali e di licenze individuali nel settore dei servizi di telecomunicazione, dev'essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale che proroga, per l'esercizio 1998, l'obbligo imposto a un'impresa di telecomunicazioni, titolare di un'autorizzazione esistente alla data di entrata in vigore di detta direttiva, di versare un canone calcolato in funzione del fatturato e non solo dei costi amministrativi connessi al rilascio, alla gestione, al controllo e all'attuazione del regime di autorizzazioni generali e di licenze individuali.

2. Il diritto dell'Unione dev'essere interpretato nel senso che esso non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme di procedura interne che riconoscono autorità di cosa giudicata a una pronuncia di un organo giurisdizionale, anche qualora ciò consenta di porre rimedio a una violazione di una disposizione del diritto dell'Unione, senza con ciò escludere la possibilità per gli interessati di far valere la responsabilità dello Stato al fine di ottenere in tal modo una tutela giuridica dei loro diritti riconosciuti dal diritto dell'Unione.

I LIMITI ALL'INTANGIBILITÀ DEL GIUDICATO NAZIONALE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Sommario: **1.** *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia giudicato nazionale: considerazioni preliminari* - **2.** *La tutela delle competenze esclusive della Commissione europea* - **3.** *La limitazione degli effetti esterni del giudicato contrastante con le norme dell'Unione* - **4.** *La tutela delle competenze esclusive della Corte di giustizia* - **5.** *L'intangibilità degli atti amministrativi definitivi coperti dal giudicato* - **6.** *La confermata intangibilità del giudicato e la tutela risarcitoria dei privati: il caso Telecom Italia S.p.a.* - **7.** *I rapporti tra il giudicato nazionale e le sentenze delle Corti europee: riflessioni attorno al principio di equivalenza* - **8.** *Brevi riflessioni conclusive.*

1. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia giudicato nazionale: considerazioni preliminari

Lo scorso 4 marzo 2020 la Corte di giustizia, nel caso *Telecom Italia S.p.a.*¹, è tornata ad affrontare il tema del rapporto tra ordinamenti e, nello specifico, quello della forza di resistenza del giudicato nazionale che integra una violazione delle norme dell'ordinamento dell'Unione².

¹ Sentenza del 4 marzo 2020 in causa n. C-34/19, *Telecom Italia S.p.a.*, EU:C:2020:148.

² Come rilevato da autorevole dottrina, i rapporti tra giudici nazionali e corti internazionali si inserisce nel più ampio tema delle relazioni tra ordinamenti. In argomento si rinvia a S. CASSESE, *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, p. 609 ss.

Si tratta di un tema che, pur avendo per qualche decennio molto impegnato l'attenzione della dottrina³ e della giurisprudenza, sembra aver perso

³ In tema di vulnerabilità del giudicato nazionale a fronte del diritto dell'Unione europea la dottrina è sterminata. Tra gli altri, si vedano G. AMOROSO, *Diritto comunitario vs. giudicato interno. La sentenza Lucchini a un triennio dalla sua emanazione*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2011, p. 187 ss.; M. BOLOGNESE, *Il giudicato e formazione progressiva e il diritto sovranazionale*, in *Studi integr. eur.*, 2017, p. 159 ss.; E. M. BARBIERI, *Considerazioni sull'autorità del giudicato nazionale nel diritto comunitario dopo il caso Interedil*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, p. 354 ss.; F. CORDOPATRI, *Giudicato nazionale e osservanza del diritto comunitario*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 513 ss.; U. COREA, *Il giudicato come limite alle sentenze della Corte costituzionale e delle Corti europee*, in *Judicium.it*, 2017, fasc. 1, p. 37 ss., reperibile sul sito internet www.judicium.it; C. DI SERI, *Primauté del diritto comunitario e principio della res iudicata nazionale: un difficile equilibrio*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2835 ss.; P. BIAVATI, *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Rassegna tributaria*, 2007, p. 1591 ss.; ID., *Inadempimento degli Stati membri al diritto comunitario per fatto del giudice supremo: alla prova la nozione europea di giudicato*, in *Int'l Lis*, 2005, p. 62 ss.; C. CONSOLO, *Il percorso della Corte di giustizia, la sentenza Olimpclub e gli eventuali limiti di diritto europei all'efficacia esterna ultrannuale del giudicato tributario (davvero ridimensionato in funzione antielusiva Iva del divieto comunitario di abusi della libertà negoziale?)*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, p. 1143 ss.; ID., *La sentenza Lucchini della Corte di Giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 225 s.; ID., *Il primato del diritto comunitario può spingersi fino ad attaccare la "ferrea" forza del giudicato sostanziale?*, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1189 ss.; R. CONTI, *Autorità di cosa giudicata, diritto interno e primato del diritto comunitario*, in *Nuove autonomie*, 2005, p. 373 ss.; V. FERRARO, *L'intangibilità del giudicato amministrativo e il diritto europeo: le recenti pronunce della Corte di giustizia. Nota a Corte di giustizia, sentenza del 10 luglio 2014, in causa C-213/13*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2014, p. 1055 ss.; C. FIGLIOLIA, *L'intangibilità del giudicato amministrativo e il principio di autonomia processuale degli Stati: il giudicato a formazione progressiva come soluzione di compromesso tra il principio di certezza del diritto e l'effettività del diritto europeo. Nota a Corte di giustizia, sentenza 11 luglio 2014, in causa C-213/13*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2015, p. 917 ss.; E. FONTANA, *Qualche osservazione in margine al caso Lucchini. Un tentativo di spiegazione*, in *Dir. comm. int.*, 2008, p. 193 ss.; D. U. GALETTA, *Riflessioni sulla più recente giurisprudenza comunitaria in materia di giudicato nazionale (ovvero sull'autonomia procedurale come competenza procedurale funzionalizzata)*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, p. 961 ss.; G. GATTINARA, *Obbligo di recupero degli aiuti illegali e incompatibili e res iudicata nazionale: il caso Lucchini*, in *Studi integr. eur.*, 2008, p. 639 ss.; M. GIAVAZZI, *Eureka! La sentenza anticomunitaria è inutiliter data per carenza di giurisdizione del giudice nazionale sui segmenti comunitari di un procedimento di amministrazione intrecciata*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2019, p. 683 ss.; F. P. LUISO, *La cedevolezza del giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 17 ss.; G. MARCHEGIANI, *The Pizzarotti Case and the Sale of Public Property in the Light of EU Law*, in *Studi integr. eur.*, 2016, p. 111 ss.; A. NEGRELLI, *Il primato del diritto comunitario e il giudicato nazionale: un confronto che si poteva evitare o risolvere altrimenti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2008, p. 1216 ss.; G. PERONI, *Il diritto comunitario prevale sul giudicato sostanziale*, in *Dir. comm. int.*, 2008, p. 1 ss.; A. POGGIO, *Dopo Lucchini, il caso Fallimento Olimpclub: il ridimensionamento dell'efficacia del giudicato esterno "anticomunitario"*, in *Giur. it.*, 2010, p. 369 ss.; A. POLICE, *Giudicato amministrativo e sentenze di Corti sovranazionali. Il rimedio della revocazione in un'analisi costi benefici*, in F. FRANCARIO - M. A. SANDULLI (a cura di), *La sentenza amministrativa ingiusta e i suoi rimedi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 193 ss.; G. RAITI, *Giudicato civile interno e sopravvenuta giurisprudenza contraria della Corte di giustizia: non è sempre Lucchini*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, p. 659 ss.; ID., *La forza "di acciaio" del giudicato Lucchini nell'inatteso (temporaneo?) epilogo della vicenda pregiudiziale comunitaria dinanzi al Tribunale di Roma*, in *Int'l lis*, 2011, p. 139 ss.; E. SCODITTI, *Giudicato nazionale e diritto comunitario*, in *Foro it.*, 2007, c. 532 ss.; ID., *«Francovich» presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale*, in *Foro it.*, 2004, c. 4 ss.; E. SINA, *Il rapporto tra diritto comunitario e giudicato nazionale: meccanismi di balance e meccanismi di by-pass*, in *Studi integr. eur.*, 2009, p. 255 ss.; N. SPADARO, *Giudicato a formazione progressiva e diritto*

d'attualità, essendo la questione pervenuta a una soluzione o, più correttamente, a un ventaglio di soluzioni, ormai pressoché consolidate.

Tuttavia, la richiamata sentenza ci offre qualche spunto per tornare a riflettere sul tema e per verificare se davvero il quadro giurisprudenziale sia rimasto immutato. Ma prima di procedere con l'analisi di tale ultima giurisprudenza, appare opportuno ripercorrere alcuni passaggi storici nei quali si sono cristallizzate le statuizioni dei giudici europei sul tema oggetto di indagine.

L'esperienza maturata nel contesto dell'Unione ha dimostrato che la previsione di un collegamento pregiudiziale tra le giurisdizioni nazionali e quella europea non ha impedito che si verificassero situazioni di contrasto tra un giudicato interno e la sentenza emanata dalla Corte di giustizia.

Di fronte a tali contrasti, la giurisdizione europea ha tendenzialmente fatto salva l'autorità di cosa giudicata da cui è assistita la sentenza nazionale, pur se pronunciata in violazione del diritto europeo, salvo il caso in cui le norme procedurali interne prevedano la possibilità di riformare una decisione nazionale definitiva incompatibile con il diritto nazionale⁴. In tali casi, infatti, il rimedio previsto per le situazioni interne deve essere esteso ai casi rilevanti per la corretta applicazione delle norme dell'Unione, in virtù dei principi di equivalenza e di effettività⁵.

europeo. Un'occasione sprecata dall'Adunanza Plenaria, in Dir. Proc. Amm., 2016, p. 1169 ss.; M. T. STILE, Ancora sulla res iudicata: giudicato istantaneo o a formazione progressiva? Il caso Pizzarotti, in questa Rivista, 2014, p. 395 ss.; ID., La sentenza Lucchini sui limiti del giudicato: un traguardo inaspettato?, in questa Rivista, 2007, p. 733 ss.; ID., Aiuto di Stato dichiarato incompatibile con il mercato comune: responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale passato in giudicato - Sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2007 in causa n. C-119/05 Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c. Lucchini Spa, in questa Rivista, 2007, p. 729 ss.; A. TIZZANO - B. GENCARELLI, Droit de l'Union et décisions nationales définitives dans la jurisprudence récente de la Cour de Justice, in Dir. Un. Eur., 2010, p. 789 ss.; B. ZUFFI, Il caso Lucchini infrange l'autorità del giudicato nazionale nel campo degli aiuti statali, in Giur. it., 2008, p. 382 ss.

⁴ Si vedano, in tal senso, le sentenze della Corte di giustizia del 1° giugno 1999 in causa n. C-126/97, *Eco Swiss*, EU:C:1999:269; del 30 settembre 2003 in causa n. C-224/01, *Kobler*, EU:C:2003:513, annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 55; del 13 gennaio 2004 in causa n. C-453/00, *Kühne & Heitz NV*, EU:C:2004:17, in questa *Rivista*, 2004, p. 485 con commento di G. GATTINARA, *Il ruolo comunitario delle amministrazioni nazionali alla luce della sentenza Kühne & Heitz*, p. 489; del 16 marzo 2006 in causa n. C-234/04, *Kapferer*, EU:C:2006:178, annotata in questa *Rivista*, 2006, p. 82; del 29 gennaio 2008 in causa n. C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*, EU:C:2009:615, in questa *Rivista*, 2015, p. 140 con commento di A. GALLINUCCI, *Clausole compromissorie in contratti business to consumer nel diritto internazionale*, 2015, p. 141; del 3 settembre 2009 in causa n. C-2/08, *Olimpiclub*, EU:C:2009:506, in questa *Rivista*, 2010, p. 657, con commento di M. T. STILE, *La pronuncia della Corte di giustizia come evento sopravvenuto di interruzione dell'efficacia del giudicato nel tempo*, 2010, p. 661; del 10 luglio 2014 in causa n. C-213/13, *Pizzarotti*, EU:C:2014:2067, in questa *Rivista*, 2014, p. 393, con commento di M. T. STILE, *Ancora sulla res iudicata: cit. supra*, nota 3; del 6 ottobre 2015 in causa n. C-69/14, *Târșia*, EU:C:2015:662.

⁵ Sui potenziali effetti dei principi di equivalenza e di effettività in ambito interno, sia consentito rinviare a V. PETRALIA, *Conflitto tra giudicato nazionale e sentenze delle corti euro-*

Solo in questi termini, dunque, la Corte ha aperto la strada alla superabilità del giudicato, riconducendo la questione sul piano più generale dell'autonomia procedurale degli Stati membri⁶.

Facendo leva su questa ricostruzione, i giudici europei hanno avuto modo di incidere sulla stabilità del giudicato nazionale anche in via *indiretta*. Fondandosi sul principio di leale cooperazione sancito nei Trattati, hanno statuito che esso impone a «un organo amministrativo, investito di una richiesta in tal senso, di riesaminare una decisione amministrativa definitiva per tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente nel frattempo accolta dalla Corte qualora: - disponga secondo il diritto na-

pee: nota a margine di Corte costituzionale n. 123/2017, in Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, 2017, n. 4.

⁶ Sul principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri si vedano, tra gli altri, P. BIAVATI, *Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenze*, in *Dir. Un. Eur.*, 2000, p. 717 ss.; L. CALZOLARI, *La responsabilità delle amministrazioni nazionali e delle imprese beneficiarie per la violazione degli artt. 107 e 108 TFUE fra diritto dell'Unione e autonomia procedurale degli ordinamenti nazionali (Corte di Cassazione, 13 dicembre 2016, n. 25516)*, in *Dir. comm. int.*, 2017, p. 223 ss.; E. CANNIZZARO, *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2013, p. 659 ss.; ID., *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, p. 447 ss.; P. CHIRULLI, *Inefficacia del contratto pubblico d'appalto, autonomia procedurale degli Stati membri e interpretazione conforme della normativa processuale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2015, p. 294 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Obbligo di interpretazione conforme al diritto UE e principio di autonomia procedurale in relazione al diritto amministrativo nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2014, p. 1175 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI - G. GARDINI, *Il primato del diritto comunitario e l'autonomia processuale degli Stati membri: alla ricerca di un equilibrio sostenibile*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 1 ss.; C. FELIZIANI, *Gli effetti della sentenza di annullamento tra legalità, effettività della tutela e principio di autonomia procedurale degli Stati membri. Il punto di vista della Corte di Giustizia (nota a C. Giust. UE, 28 febbraio 2012, causa C-41/11)*, in *Foro amm.*, 2012, p. 3116 ss.; D. U. GALETTA, *Autonomia procedurale e dialogo costruttivo fra giudici alla luce della sentenza Melki*, in *Dir. Un. Eur.*, 2011, p. 223 ss.; ID., *Riflessioni sulla più recente giurisprudenza comunitaria in materia di giudicato nazionale: ovvero sull'autonomia procedurale come competenza procedurale funzionalizzata*, *cit. supra*, nota 3, p. 961 ss.; ID., *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: paradise lost?: studio sulla c. d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, Giappichelli, 2009; M. GIAVAZZI, *L'effetto preclusivo del giudicato: la Corte di giustizia chiarisce il proprio pensiero. L'autonomia procedurale non è dunque un paradiso perduto*, in *Dir. Un. Eur.*, 2015, p. 237 ss.; G. GRECO, *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014, p. 1 ss.; A. IERMANO, *I principi di equivalenza ed effettività tra autonomia procedurale e "limiti" alla tutela nazionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2019, p. 525 ss.; G. F. LICATA, *Limiti al principio dell'autonomia procedurale e rafforzamento della cooperazione amministrativa nell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2012, p. 899 ss.; A. NEGRELLI, *La resistenza degli atti nazionali "definitivi" nel diritto europeo: una stabilità alla rovescia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2011, p. 1491 ss.; N. PIGNATELLI, *L'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale tra primato del diritto comunitario e autonomia processuale degli Stati (Nota a Cons. Stato, sez. VI, ord. 5 marzo 2012, n. 1244)*, in *Foro it.*, 2012, III, c. 367 ss.; M. G. PIZZORNI, *Il principio del giudicato tra primato del diritto dell'Unione europea e autonomia degli Stati membri in materia processuale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 1025 ss.; L. SALVI, *Autonomia procedurale e azione di responsabilità nei confronti dello Stato secondo la Corte di giustizia: non c'è obbligo di esaurire i rimedi interni*, in questa *Rivista*, 2011, p. 51 ss.; G. VITALE, *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione europea*, Firenze, Editpress, 2010.

zionale, del potere di ritornare su tale decisione; - *la decisione in questione sia divenuta definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza*⁷; - tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse adita in via pregiudiziale alle condizioni previste all'articolo 234, n. 3, CE, e - l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della detta giurisprudenza»⁸.

Al di fuori dei confini così definiti, l'autorità della cosa giudicata è stata fatta salva, ma la Corte ha fatto confluire la tutela dei privati sul versante della responsabilità dello Stato per danni causati da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili⁹ anche quando la violazione sia derivata da una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado¹⁰.

La salvezza del giudicato, tuttavia, è stata scartata – in un primo momento – con riferimento ad alcune ipotesi classificate dalla stessa Giurisdizione europea come situazioni del tutto particolari¹¹. A tali ipotesi altre se ne sono aggiunte, seppur sulla base di argomentazioni giuridiche diverse.

⁷ Corsivo aggiunto.

⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 13 gennaio 2004, *Kühne & Heitz NV*, cit. supra, nota 4.

⁹ Si veda per tutte la sentenza del 19 novembre 1991 in cause riunite n. C-6/90 e n. C-9/90, *Francovich e altri*, EU:C:1991:428, in questa *Rivista*, 1992, p. 81, con nota di F. CAPELLI, *Un «pungolo» per i paesi inadempienti*, 1992, p. 91 s. Per la dottrina, si veda M. P. CHITI, *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2009, p. 505 ss.; M. CLARICH, *La responsabilità nel sistema comunitario*, in M. P. CHITI - G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 589 ss. In dottrina è stato rilevato come in questo modo, di fatto, la portata precettiva della sentenza passata in giudicato viene rimossa: così F. P. LUISO, *La cedevolezza del giudicato*, cit. supra, nota 3, p. 17 ss., nonché la dottrina ivi citata in nota 30.

¹⁰ Per tutte valga il riferimento alla sentenza *Kobler*, del 30 settembre 2003, cit. supra, nota 4. Per la dottrina, tra i tanti, P. BIAVATI, *Inadempimento degli Stati membri al diritto comunitario per fatto del giudice supremo: alla prova la nozione europea di giudicato*, cit. supra, nota 3, p. 62 ss.; C. CONSOLO, *Il percorso della Corte di giustizia, la sentenza Olimpclub e gli eventuali limiti di diritto europei all'efficacia esterna ultrannuale del giudicato tributario (davvero ridimensionato in funzione antielusiva Iva del divieto comunitario di abusi della libertà negoziale?)*, cit. supra, nota 3, 2010, p. 1143 ss.; R. CONTI, *Autorità di cosa giudicata, diritto interno e primato del diritto comunitario*, cit. supra, nota 3, p. 373 ss.; B. CORTESE, *L'incidenza del diritto comunitario sulle sentenze nazionali definitive: esclusività del sistema giurisdizionale comunitario e nuovi limiti al principio di autonomia procedurale. Il caso Lucchini*, in F. SPITALERI (a cura di), *L'incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 35 ss.; D. U. GALETTA, *Riflessioni sulla più recente giurisprudenza comunitaria in materia di giudicato nazionale (ovvero sull'autonomia procedurale come competenza procedurale funzionalizzata)*, cit. supra, nota 3; E. SCODITTI, *“Francovich” presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale (Nota a Corte giust. 30 settembre 2003, causa C-224/01)*, cit. supra, nota 4, p. 4 ss.; A. TIZZANO - B. GENCARELLI, *Droit de l'Union et décisions nationales définitives dans la jurisprudence récente de la Cour de Justice*, cit. supra, nota 3, p. 789 ss.

¹¹ Si tratta di quei casi nei quali vengono in questione principi che disciplinano la ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e l'Unione europea in materia di aiuti di Stato. Il riferimento è, in particolare alla sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2007 in causa n.

Appare alquanto arduo individuare un criterio univoco in virtù del quale tutti questi casi sfuggano dall'ambito di salvezza dell'autorità di cosa giudicata nazionale. Si procederà quindi a un breve esame casistico per tentare, successivamente, di individuare – laddove possibile – una comune *ratio*.

2. La tutela delle competenze esclusive della Commissione europea

Il primo caso nel quale la Corte di giustizia ha infranto l'autorità della cosa giudicata, mutando apparentemente orientamento rispetto al passato¹², è stato il caso *Lucchini*¹³. In esso, la Corte statò che «il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'articolo 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva»¹⁴.

Tale esito si giustificava in ragione del fatto che, nel caso di specie, il giudice nazionale, che si era pronunciato con sentenza poi divenuta definitiva, aveva esercitato una competenza che spettava in via esclusiva alla Commissione europea, ovvero la valutazione della compatibilità con il mercato comune di un regime di aiuti. Nell'argomentare della Corte, tale competenza esclusiva costituisce un corollario della preminenza del diritto comunitario¹⁵.

La giurisprudenza *Lucchini* è stata confermata in casi successivi analoghi¹⁶, anch'essi sorti in relazione al terreno degli aiuti di Stato. La Corte,

C-119/05, *Lucchini*, EU:C:2007:434. In argomento si rinvia a P. BIAVATI, *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, cit. supra, nota 3, p. 1591 ss.; C. CONSOLO, *Il primato del diritto comunitario può spingersi fino ad attaccare la "ferrea" forza del giudicato sostanziale?*, cit. supra, nota 3, p. 1189 ss.; G. PERONI, *Il diritto comunitario prevale sul giudicato sostanziale*, cit. supra, nota 3, p. 1 ss.; E. SCODITTI, *Giudicato nazionale e diritto comunitario*, cit. supra, nota 3, p. 532 ss.; M. T. STILE, *La sentenza Lucchini sui limiti del giudicato: un traguardo inaspettato?*, cit. supra, nota 3, p. 733 ss.; B. ZUFFI, *Il caso Lucchini infrange l'autorità del giudicato nazionale nel campo degli aiuti statali*, cit. supra, nota 3, p. 382 ss.

¹² Nel caso *Kobler* e nel caso *Kapferer* la Corte aveva affermato l'intangibilità del giudicato. Rispettivamente sentenze del 30 settembre 2003 e del 16 marzo 2006, entrambe cit. supra, nota 4.

¹³ Sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2007, *Lucchini*, cit. supra, nota 11.

¹⁴ *Ibidem*, punto 63.

¹⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2007, *Lucchini*, cit. supra, nota 11, punto 62.

¹⁶ Da ultimo si vedano le sentenze della Corte di giustizia del 4 marzo 2020 in causa n. C-587/18 P, *CSTP Azienda della Mobilità c. Commissione*, EU:C:2020:150, e causa n. C-586/18 P, *Buonotourist c. Commissione*, EU:C:2020:152.

confermando il proprio orientamento, ha ricordato che «i giudici nazionali non sono competenti a pronunciarsi sulla compatibilità di un aiuto di Stato con il mercato interno. La valutazione della compatibilità delle misure di aiuto o di un regime di aiuti con il mercato interno è infatti di competenza esclusiva della Commissione, che agisce sotto il controllo del giudice dell'Unione»¹⁷. Ciò implica «che i giudici nazionali devono astenersi, in particolare, dall'adottare decisioni contrarie a una decisione della Commissione»¹⁸ e che nel caso in cui esista una decisione nazionale anteriore alla decisione della Commissione «tale circostanza non può impedire alla Commissione di esercitare la competenza esclusiva conferitale dal Trattato FUE per quanto riguarda la valutazione della compatibilità di misure di aiuti con il mercato interno»¹⁹, nemmeno allorquando la decisione nazionale sia passata in giudicato. Ciò alla luce del fatto che – come ribadisce la Corte – «la competenza esclusiva della Commissione è vincolante nell'ordinamento giuridico nazionale come corollario del principio del primato del diritto dell'Unione»²⁰.

Pur insistendo sul terreno degli aiuti di Stato e pur costituendo un'altra ipotesi in cui la Corte di giustizia ha sancito – in via di eccezione – la superabilità del giudicato, il caso *Klausner* presenta profili molto diversi rispetto alla giurisprudenza *Lucchini*. In esso, i giudici europei hanno sancito che «il diritto dell'Unione osta, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale»²¹, a che l'applicazione di una norma di diritto nazionale volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata impedisca al giudice nazionale (...), il quale abbia rilevato che i contratti oggetto della controversia sottopostagli costituiscono un aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, attuato in violazione dell'articolo 108, paragrafo 3, terza frase, TFUE, di trarre tutte le conseguenze di questa violazione a causa di una decisione giurisdizionale nazionale, divenuta definitiva, con cui, senza esaminare se tali contratti istituiscano un aiuto di Stato, è stata dichiarata la loro permanenza in vigore»²².

Le particolari circostanze di cui al procedimento principale, alle quali la Corte fa riferimento, possono essere riassunte come segue. Era stato definito in sede nazionale, con sentenza passata in giudicato, un procedimento avente ad oggetto la risoluzione dei contratti in essere tra la società

¹⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 4 marzo 2020, *CSTP Azienda della Mobilità c. Commissione*, cit. *supra*, nota 16, punto 90.

¹⁸ *Ivi*, punto 91.

¹⁹ *Ivi*, punto 92.

²⁰ *Ivi*, punto 94.

²¹ Corsivo aggiunto.

²² Sentenza dell'11 novembre 2015 in causa n. C-505/14, *Klausner*, EU:C:2015:742.

Klausner e il Land tedesco della Renania Settentrionale-Vestfalia: il giudice della controversia aveva statuito che i contratti rimanevano in vigore. Sulla base di tale decisione, la società aveva agito in giudizio per il risarcimento dei danni patiti a causa della mancata esecuzione dei contratti. In quella diversa sede giudiziale, il Land aveva sostenuto per la prima volta che il diritto dell'Unione ostava all'esecuzione dei contratti oggetto di contesa a motivo del fatto che essi costituivano aiuti di Stato, ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE, e che fossero stati attuati in violazione dell'art. 108, par. 3, terzo capoverso, TFUE. Così facendo, sul piano sostanziale, il Land tedesco rimetteva in discussione la validità dei contratti sulla quale si era già formato il giudicato, sebbene per motivi diversi.

Il giudice nazionale investito della controversia, pur considerando i contratti in contestazione aiuti di Stato attuati in violazione dell'art. 108, par. 3, terzo capoverso, TFUE, riteneva di non poter trarre le dovute conseguenze dalla violazione della norma europea a motivo della sussistenza di una sentenza passata in giudicato. Ha quindi chiesto alla Corte di chiarire «[s]e il diritto dell'Unione, in particolare gli articoli 107 TFUE e 108 TFUE nonché il principio di effettività, nell'ambito di una controversia civile vertente sull'esecuzione di un contratto di diritto civile che dispone la concessione di un aiuto di Stato, esiga la disapplicazione di una sentenza di accertamento civile passata in giudicato (...) qualora l'esecuzione del contratto non possa essere altrimenti impedita ai sensi del diritto nazionale».

La giurisdizione rimettente riconduceva l'impossibilità di rivalutare la validità dei contratti su cui si era già formato il giudicato al divieto di riesaminare non solo questioni già affrontate nel precedente giudizio, ma altresì quegli ulteriori profili che seppur avrebbero potuto essere sollevati, non sono stati sollevati dalle parti.

La Corte, preliminarmente, ha ricordato il ruolo della Commissione e dei giudici nazionali in materia di aiuti di Stato, e ha ribadito l'obbligo delle giurisdizioni nazionali di assicurare ai singoli che siano tratte «tutte le conseguenze di una violazione dell'articolo 108, paragrafo 3, terza frase, TFUE, conformemente al loro diritto nazionale, per quanto concerne sia la validità degli atti d'esecuzione sia il recupero degli aiuti finanziari concessi in violazione di tale disposizione o di eventuali misure provvisorie»²³. In questi termini, i giudici europei hanno sollecitato a più riprese il giudice nazionale a individuare una strada che gli consentisse di pervenire a una soluzione che, lungi dal risolversi in un'interpretazione *contra legem* della disciplina nazionale, gli avrebbe permesso, per così dire, di riallineare la fattispecie alla corretta applicazione delle norme europee, senza in-

²³ *Ivi*, punto 24.

taccare l'intangibilità del giudicato. Si sono anche spinti a suggerire l'adozione di misure provvisorie, in attesa che la Commissione europea chiudesse il procedimento di valutazione degli aiuti di Stato²⁴, o – alternativamente – di valutare se «l'autorità di giudicato si estend[esse] soltanto alle pretese giuridiche sulle quali il giudice ha statuito e non ost[asse] pertanto a una pronuncia giudiziale, nell'ambito di un'ulteriore controversia, sulle questioni di diritto su cui tale decisione definitiva non si è pronunciata»²⁵. Ciò, sulla base del dato per il quale la controversia che aveva dato luogo alla decisione definitiva non verteva sul carattere di aiuto di Stato dei contratti in contestazione.

La scelta tra le soluzioni prospettate veniva rimessa alla valutazione del giudice nazionale e, laddove questi non avesse ritenuto alcuna di esse percorribile, sarebbe rimasta salda l'autorità del giudicato. E tuttavia, pare che la Corte non abbia voluto correre il rischio di lasciare aperta la strada alla mancata osservanza della norma del Trattato sugli aiuti di Stato e ha tracciato dunque la terza via da seguirsi *obbligatoriamente* laddove fossero state scartate le altre due suggerite: secondo la Corte, l'interpretazione del diritto nazionale prospettata dal giudice a *quo*, secondo la quale gli era impedito di esaminare quelle questioni che non erano state dedotte ma che sarebbero state deducibili, avrebbe avuto l'effetto di consentire un aggiramento del divieto di cui all'articolo 108, paragrafo 3, terza frase, TFUE, ottenendo una pronuncia definitiva all'esito di una controversia nell'ambito della quale non era stato invocato il diritto dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato. Si sarebbe addirittura consentito un aggiramento del divieto per diversi anni. Così ragionando, infine, si sarebbe privata di effetto utile la competenza esclusiva della Commissione in materia di aiuti di Stato²⁶.

Proprio per evitare tali effetti, e alla luce del principio di effettività, in virtù del quale bisogna valutare se «una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto dell'Unione»²⁷, i giudici europei sono giunti alla conclusione che la norma nazionale fosse incompatibile con il principio di effettività nella misura in cui avesse impedito al giudice nazionale di trarre tutte le conseguenze derivanti dalla violazione di una norma dell'Unione.

²⁴ Che, a dire della Corte, consentirebbe al giudice «di rispettare i propri obblighi ai sensi dell'articolo 108, paragrafo 3, terza frase, TFUE senza tuttavia pronunciarsi sulla validità dei contratti di cui trattasi»: sentenza dell'11 novembre 2015, *Klausner*, *cit. supra*, nota 22, punto 35.

²⁵ *Ivi*, punto 36.

²⁶ *Ivi*, punto 42-44.

²⁷ *Ivi*, punto 41.

Come emerge dal ragionamento della Corte, il caso *Klausner*, per certi aspetti presenta profili di analogia con il caso *Lucchini*, laddove viene in rilievo il denunciato rischio di aggiramento della norma sugli aiuti di Stato e della competenza esclusiva della Commissione in tale materia.

L'elemento di novità attiene al fatto che la sentenza definitiva, avendo ad oggetto la validità dei contratti in contestazione, avrebbe avuto l'effetto di obbligare il Land tedesco a dare esecuzione al contratto anche negli anni a venire, perpetuando quindi una situazione illegittima²⁸. Si poneva dunque anche la questione di limitare nel tempo e/o in casi ulteriori gli effetti di una pronuncia definitiva incompatibile con il diritto dell'Unione.

3. La limitazione degli effetti esterni del giudicato contrastante con le norme dell'Unione

Il profilo della limitazione degli effetti di una pronuncia definitiva è emerso in un altro caso che ha fatto discutere la dottrina: il caso *Olimpiclub*²⁹.

²⁸ Come rilevato dalla Corte, dalla situazione prospettata dal giudice nazionale «deriverebbe che sia le autorità statali sia i beneficiari di un aiuto di Stato potrebbero aggirare il divieto di cui all'articolo 108, paragrafo 3, terza frase, TFUE, ottenendo, senza invocare il diritto dell'Unione in materia di aiuti di Stato, una sentenza dichiarativa il cui effetto consentirebbe loro, in definitiva, di continuare ad attuare l'aiuto in questione per diversi anni. Così, in un caso come quello oggetto del procedimento principale, la violazione del diritto dell'Unione si riprodurrebbe a ogni nuova fornitura di legname, senza che sia possibile porvi rimedio»: così sentenza dell'11 novembre 2015, *Klausner*, cit. *supra*, nota 22, punto 43.

²⁹ Sentenza del 3 settembre 2009, *Olimpiclub*, cit. *supra*, nota 4. In dottrina, tra gli altri, si vedano D. BERLIN, *De l'autorité relative de l'arrêt limitant l'autorité absolue*, in *Rev. aff. eur.*, 2009, p. 577 ss.; D. CEVASCO, *La Suprema Corte applica il principio della Corte di giustizia al caso "Olimpiclub"*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2011, p. 1195 ss.; S. F. COCIANI, *Il riesame della pretesa tributaria su atti impositivi già oggetto di giudicato. Spunti ricostruttivi in tema di tutela giurisdizionale del contribuente*, in *Riv. dir. trib.*, 2011, p. 619 ss.; C. CONSOLO, *Il percorso della Corte di giustizia, la sentenza Olimpiclub e gli eventuali limiti di diritto europeo all'efficacia esterna ultrannuale del giudicato tributario (davvero ridimensionato in funzione antielusiva Iva del divieto comunitario di abusi della libertà negoziale?)*, cit. *supra*, nota 3, p. 1143 ss.; G. D'ANGEL, *Giudicato tributario (esterno) e diritto comunitario: un equilibrio difficile*, in *Riv. dir. trib.*, 2009, p. 285 ss.; C. FONTANA, *Certeza del diritto ed effettività del primato del diritto europeo nelle procedure di recupero degli aiuti fiscali incompatibili: il ruolo del giudice nazionale*, in *Riv. dir. trib.*, 2011, p. 118 ss.; F. FRADEANI, *Di nuovo il giudicato sostanziale di fronte alla Corte di giustizia CE: il caso «Olimpiclub»*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2010, p. 781 ss.; G. LO SCHIAVO, *La Corte di giustizia ridimensiona progressivamente il principio nazionale di cosa giudicata*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2010, p. 287 ss.; O. LOMBARDI, *Certeza del diritto e primato del diritto comunitario in presenza di giudicato esterno in materia tributaria*, in *Riv. dir. trib.*, 2009, p. 303 ss.; R. MICELI, *Riflessioni sull'efficacia del giudicato tributario alla luce della recente sentenza Olimpiclub*, in *Rassegna tributaria*, 2009, p. 1839 ss.; A. POGGIO, *Dopo Lucchini, il caso Fallimento Olimpiclub: il ridimensionamento dell'efficacia del giudicato esterno "anticomunitario"*, cit. *supra*, nota 3, p. 369 ss.; G. RAITI, *Le pronunce Olimpiclub ed Asturcom Telecomunicaciones: verso un ridimensionamento della paventata «crisi del giudicato civile nazionale» nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 677 ss.; G. VITALE, *Il prin-*

Sebbene nell'ambito di esso la Corte ribadì il medesimo principio sancito nel caso *Lucchini*, statuendo che «il diritto comunitario osta all'applicazione (...) di una disposizione del diritto nazionale, come l'articolo 2909 del codice civile italiano»³⁰, molto diverse sono le ragioni che hanno sorretto tale decisione.

Il giudice nazionale, in particolare, chiedeva se il diritto comunitario ostasse all'applicazione della norma sull'autorità del giudicato in circostanze nelle quali la cosa giudicata coprisse una questione comune ad altre cause e, dunque, impedisse al giudice di prendere in considerazione la corretta applicazione delle norme comunitarie in procedimenti successivi. Si trattava, nello specifico, di stabilire se, nelle controversie in materia fiscale, alla cosa giudicata in una determinata causa, vertente su un punto fondamentale comune ad altre cause, dovesse riconoscersi una portata vincolante nei confronti delle altre cause, pur se gli accertamenti coperti dal giudicato si riferivano a periodi d'imposta diversi e pur se tale interpretazione avrebbe determinato l'effetto di riprodurre per ciascun nuovo esercizio fiscale l'erronea applicazione della norma europea.

La Corte rilevò che una siffatta interpretazione del principio dell'autorità di cosa giudicata avrebbe avuto la conseguenza che «laddove la decisione giurisdizionale divenuta definitiva sia fondata su un'interpretazione delle norme comunitarie relative a pratiche abusive in materia di IVA in contrasto con il diritto comunitario, la non corretta applicazione di tali regole si [sarebbe riprodotta] per ciascun nuovo esercizio fiscale, senza che [fosse] possibile correggere tale erronea interpretazione»³¹.

Concluse dunque nel senso che «il diritto comunitario osta all'applicazione, in circostanze come quelle della causa principale, di una disposizione del diritto nazionale, come l'articolo 2909 del codice civile, in una causa vertente sull'IVA concernente un'annualità fiscale per la quale non si è ancora avuta una decisione giurisdizionale definitiva, in quanto essa impedirebbe al giudice nazionale investito di tale causa di prendere in considerazione le norme comunitarie in materia di pratiche abusive legate a detta imposta».

La particolarità della pronuncia risiede, a parere di chi scrive, nel fatto che la Corte, nel fare preciso e specifico riferimento agli effetti dell'art. 2909 del codice civile italiano su una causa che ha ad oggetto un'annualità fiscale per la quale non si è avuta ancora una decisione giurisdizionale de-

cipio dell'autonomia procedurale in due recenti sentenze della Corte di giustizia: i casi Olimpiclub e Asturcom, in *Dir. Un. Eur.*, 2010, p. 727 ss.

³⁰ Sentenza del 3 settembre 2009, *Olimpiclub*, cit. *supra*, nota 4.

³¹ *Ivi*, punto 30.

finitiva, delimita gli effetti ostativi della norma sul giudicato solo alle cause successive che condividono con la prima causa un punto fondamentale della controversia sulla quale si è formato il giudicato. In questi termini, la sentenza passata in giudicato mantiene tutta la propria efficacia sulla fattispecie nell'ambito della quale è stata emessa, ma non è in grado di produrre effetti esterni.

In dottrina e nella giurisprudenza interna italiana la questione è stata ricondotta entro l'alveo del tema relativo all'efficacia del giudicato esterno³². Invero, la Corte di cassazione italiana, nell'intento di garantire la piena osservanza delle norme dell'ordinamento dell'Unione, ha statuito che «[n]el processo tributario il vincolo oggettivo derivante dal giudicato, in relazione alle imposte periodiche deve essere riconosciuto nei casi in cui vengono in esame fatti che, per legge, hanno efficacia permanente o pluriennale, producendo effetti per un arco di tempo che comprende più periodi d'imposta o nei quali l'accertamento concerne la qualificazione del rapporto, salvo che, in materia di IVA, ciò comporti l'estensione ad altri periodi d'imposta di un giudicato in contrasto con la disciplina comunitaria, avente carattere imperativo, compromettendone l'effettività»³³.

Procedendo in questo modo i giudici europei non hanno fatto altro che limitare nel tempo, e al di fuori della controversia coperta dal giudicato, gli effetti di una pronuncia definitiva le cui statuizioni siano risultate contrastanti con le norme dell'Unione.

Tale posizione ha trovato conferma nella più recente sentenza resa sull'analogo caso *Cabinet de avocat UR*³⁴. Si trattava, anche qui, di circostanziare l'efficacia di un giudicato pronunciato in relazione a un periodo di imposta, rispetto ad altri periodi di imposta, accomunati da un punto fondamentale della controversia. La Corte di giustizia, richiamata l'importanza del giudicato e i limiti entro cui i giudici nazionali possono rimmetterlo in discussione, ha statuito che una sentenza definitiva «non può *altresì*³⁵ impedire a detto giudice di rimettere in discussione affermazioni relative ad un punto comune deciso da una siffatta decisione, in sede di controllo giu-

³² Sulla questione si rinvia a L. CASTALDI, *Salvaguardia del diritto dell'Unione europea ed efficacia esterna del giudicato: oltre la sentenza Olimpclub?*, in *Giustizia insieme*, 2020, reperibile all'indirizzo internet <https://www.giustiziainsieme.it/it/europa-e-corti-internazionali/1311-salvaguardia-del-diritto-dell-unione-europea-ed-efficacia-esterna-del-giudicato-oltre-la-sentenza-olimpclub?hitcount=0>.

³³ In argomento si rinvia sempre a L. CASTALDI, *Salvaguardia del diritto dell'Unione europea ed efficacia esterna del giudicato: oltre la sentenza Olimpclub?*, *cit. supra*, nota 32, la quale – per la giurisprudenza della Corte di cassazione italiana, richiama l'ordinanza del 19 aprile 2018, n. 9710, nonché la sentenza del 28 novembre 2019, n. 31084.

³⁴ Sentenza del 16 luglio 2020 in causa n. C-424/19, *UR (Assoggettamento degli avvocati all'IVA)*, EU:C:2020:581.

³⁵ Corsivo aggiunto.

risdizionale di un'altra decisione dell'autorità tributaria competente riguardante lo stesso contribuente o soggetto passivo, ma riguardante un esercizio fiscale distinto (...). Infatti, una simile applicazione del principio dell'autorità di cosa giudicata avrebbe la conseguenza che, laddove la decisione giurisdizionale divenuta definitiva sia fondata su un'interpretazione erronea delle norme dell'Unione in materia di IVA, la non corretta applicazione di tali norme si riprodurrebbe per ciascun nuovo esercizio fiscale, senza che sia possibile correggere tale erronea interpretazione»³⁶.

A ben vedere, l'avverbio «altresi» è funzionale proprio a limitare non l'intero effetto del giudicato, ma solo gli effetti che esorbitano dalla fattispecie nell'ambito della quale è stato pronunciato e che si produrrebbero nel tempo.

La questione degli effetti di un giudicato al di fuori della fattispecie nell'ambito della quale è stato pronunciato si è posta anche dal punto di vista dell'efficacia retroattiva. Nel caso *Gutiérrez Naranjo*³⁷ la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sul tema delle clausole abusive inserite in contratti conclusi da consumatori. Tra gli altri quesiti, il giudice nazionale ha chiesto se fosse compatibile con il principio di non vincolatività delle clausole abusive³⁸, la circostanza che gli effetti restitutori derivanti dalla dichiarazione di nullità di una clausola abusiva, inserita in un contratto di mutuo, non retroagissero alla data di stipula del contratto. In particolare, la giurisdizione nazionale, con riferimento agli effetti restitutori, rappresentava che l'accertamento del carattere abusivo delle clausole non avrebbe inciso sulle situazioni definitivamente risolte con sentenza passata in giudicato, né sui pagamenti effettuati prima dell'accertamento dell'abusività delle clausole, per effetto di una sentenza della Corte Suprema spagnola che statuiva in tal senso. Conseguentemente, il diritto del consumatore alla restituzione delle somme avrebbe potuto farsi valere solo in relazione alle somme versate successivamente alla dichiarazione di abusività delle clausole contrattuali.

La Corte di giustizia ha statuito che incombe sul giudice nazionale l'obbligo di disapplicare una clausola contrattuale abusiva che prescriba il pagamento di somme indebite e che da tale obbligo discende un corrispon-

³⁶ Sentenza del 16 luglio 2020, *UR (Assoggettamento degli avvocati all'IVA)*, cit. supra, nota 34, punti 31-32.

³⁷ Sentenza del 21 dicembre 2016 in cause riunite n. C-154/15, n. C-307/15 e n. C-308/15, *Gutiérrez Naranjo*, EU:C:2016:980.

³⁸ Previsto all'art. 6, par. 1, della direttiva del Consiglio del 5 aprile 1993, n. 93/13/Cee, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, in *Guce* n. L 95 del 21 aprile 1993, p. 29.

dente effetto restitutorio di tali somme³⁹. L'esito decisivo è risultato dal bilanciamento di due contrapposte esigenze: da una parte la giurisdizione europea ha ricordato che, poiché la tutela del consumatore non riveste un carattere assoluto, «il diritto dell'Unione non obbliga un giudice nazionale a disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono, in particolare, autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione di una disposizione [dell'Unione]»⁴⁰. Tuttavia, anche in questa ipotesi, si poneva la questione di limitare nel tempo gli effetti di una sentenza nazionale pronunciata in ultimo grado contrastante con l'interpretazione di una norma dell'Unione fornita dalla Corte di giustizia. La Corte Suprema spagnola, infatti, con la propria pronuncia, aveva stabilito una limitazione temporale (retroattiva) degli effetti discendenti dalla dichiarazione di nullità delle clausole abusive. Secondo la Corte del Lussemburgo, tale orientamento avrebbe determinato l'effetto di privare in modo generale qualsiasi consumatore, che avesse stipulato prima della pronuncia sulla nullità delle clausole un contratto di mutuo ipotecario contenente una siffatta clausola, del diritto di ottenere la restituzione delle somme indebitamente pagate prima della sentenza⁴¹.

Da qui l'esigenza di arginare gli effetti di una sentenza nazionale definitiva che stabiliva una limitazione nel tempo «degli effetti di un'interpretazione di una norma del diritto dell'Unione» fornita dalla Corte⁴². Questa, richiamandosi al proprio potere esclusivo di interpretare le norme dell'Unione, «alla luce dell'esigenza fondamentale dell'applicazione uniforme e generale del diritto dell'Unione», ha anzitutto ricordato che spetta solo ad essa stessa decidere sulle limitazioni nel tempo da apportare all'interpretazione che essa fornisce di una norma⁴³. Nel merito ha statuito che la giurisprudenza nazionale spagnola nel limitare temporalmente gli effetti discendenti dalla dichiarazione di nullità di clausole abusive non garantiva una tutela piena e adeguata ai consumatori. Pertanto i giudici nazionali avrebbero dovuto disapplicare la sentenza emessa dalla Corte Suprema spagnola⁴⁴.

In definitiva, i casi testé richiamati testimoniano come la Corte di giustizia, se da un lato appaia tendenzialmente incline a far salvo il giudicato nazionale, ferma restando eventualmente la responsabilità per danni dello

³⁹ Sentenza del 21 dicembre 2016, *Gutiérrez Naranjo*, cit. *supra*, nota 37, punto 62.

⁴⁰ *Ivi*, punto 68.

⁴¹ *Ivi*, punto 72.

⁴² Sentenza del 21 dicembre 2016, *Gutiérrez Naranjo*, cit. *supra*, nota 37, punto 70.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ivi*, punto 74. Si veda la giurisprudenza ivi richiamata.

Stato, dall'altro non tolleri che tale salvezza produca effetti ulteriori rispetto a quelli prodotti nella singola fattispecie decisa con sentenza definitiva⁴⁵.

4. La tutela delle competenze esclusive della Corte di giustizia

Un caso relativamente recente, rimasto per il momento isolato dal punto di vista del tema che ci occupa, è il caso *Berlusconi e Fininvest*⁴⁶. Nell'ambito di esso, la questione controversa era quella di stabilire se una sentenza nazionale passata in giudicato ostasse all'applicazione di un atto dell'Unione, adottato all'esito di una procedura che prevede il coinvolgimento delle autorità nazionali, contrastante con tale sentenza.

Per risolvere la questione, la Corte di giustizia ha preliminarmente verificato in capo a chi andasse incardinata la competenza, se ai giudici nazionali o ai giudici dell'Unione, a valutare la legittimità di atti compiuti dalle istituzioni nazionali, ma che sono preparatori e funzionali all'emanazione di un atto dell'Unione. Nella specie, si trattava di atti compiuti dalla Banca d'Italia, nell'ambito del meccanismo di vigilanza unico dell'unione bancaria, secondo il quale spetta alla Banca centrale europea autorizzare ogni acquisizione o aumento di partecipazioni qualificate negli enti creditizi⁴⁷.

Dalla risoluzione di tale questione dipendeva la questione pregiudiziale posta: «se l'articolo 263 TFUE debba essere interpretato nel senso che esso osta a che gli organi giurisdizionali nazionali esercitino un controllo sulla legittimità degli atti di avvio, preparatori e di proposta non vincolante adottati dalle ANC nell'ambito della procedura prevista agli articoli 22 e 23 della direttiva CRD IV, all'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), e all'articolo 15 del regolamento MVU, nonché agli articoli da 85 a 87 del regolamento quadro sull'MVU, e se la risposta a tale questione sia diversa qualora un giudice nazionale venga investito di un'azione specifica di nullità

⁴⁵ In dottrina tale ricostruzione pare condivisa da L. GROSSIO, *La ridefinizione dei rapporti tra giudicato penale e giudizio civile alla luce del diritto dell'Unione europea*, in *Eurojus*, 2020, n. 4, p. 231 ss.

⁴⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 19 dicembre 2018 in causa n. C-219/17, *Berlusconi e Fininvest*, EU:C:2018:1023.

⁴⁷ Ai sensi dell'art. 6, par. 1, del regolamento MVU (regolamento della Banca centrale europea, del 16 aprile 2014, n. 2014/468/UE, che istituisce il quadro di cooperazione nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico tra la Banca centrale europea e le autorità nazionali competenti e con le autorità nazionali designate) e della direttiva c.d. CRD IV (direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, n. 2013/36/UE, sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento, che modifica la direttiva n. 2002/87/Ce e abroga le direttive n. 2006/48/Ce e n. 2006/49/Ce).

per asserita violazione del giudicato formatosi su una decisione giudiziaria nazionale».

La Corte di giustizia, per rispondere al quesito, ha prima precisato che nelle ipotesi in cui gli atti nazionali preliminari all'adozione di atti dell'Unione si inseriscono in un procedimento «nel quale un'istituzione dell'Unione esercita, da sola, il potere decisionale finale senza essere vincolata agli atti preparatori o alle proposte avanzate dalle autorità nazionali»⁴⁸, spetta in via esclusiva al giudice dell'Unione sia – come appare scontato – il controllo di legittimità sugli atti adottati dall'istituzione europea, sia anche – al fine di garantire una tutela giurisdizionale effettiva agli interessati – sugli atti preparatori emanati dalle autorità nazionali⁴⁹. In tali ipotesi, infatti, l'ordinamento dell'Unione non avrebbe inteso «instaurare una ripartizione di competenze, l'una nazionale, l'altra dell'Unione, che avrebbero oggetti distinti, bensì consacrare, tutt'al contrario, il potere decisionale esclusivo di un'istituzione dell'Unione»⁵⁰. Diversamente, nell'ipotesi in cui l'atto emanato dall'autorità nazionale si inserisca in un procedimento in cui le istituzioni dell'Unione non dispongono di alcuna discrezionalità o dispongono di una discrezionalità limitata tale per cui sono sostanzialmente vincolate dall'atto nazionale, spetterà agli organi giurisdizionali nazionali la competenza sul controllo di validità di tali atti.

Sulla base di tali premesse, e valutata la fattispecie sottoposta al suo vaglio, la Corte ha poi concluso che gli atti emanati dalle autorità nazionali nell'ambito del procedimento in contestazione non potevano essere assoggettati al controllo degli organi giurisdizionali degli Stati membri. Diretta conseguenza di tale presa di posizione è l'assoluta irrilevanza del fatto che un giudice nazionale sia stato investito di un'azione giudiziale di nullità per violazione del giudicato formatosi su una sentenza nazionale. Detto in altri termini, nella misura in cui ai giudici nazionali è impedito l'esame della validità degli atti dell'Unione e degli atti prodromici all'atto dell'Unione, una pronuncia nazionale, pur se definitiva, non può in alcun modo costituire un ostacolo all'efficacia dell'atto finale dell'Unione.

Per mezzo di tale pronuncia, la Corte oltre a preservare gli effetti del-

⁴⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 19 dicembre 2018, *Berlusconi e Fininvest*, cit. *supra*, nota 46, punto 43.

⁴⁹ *Ivi*, punto 44.

⁵⁰ *Ivi*. La Corte parla di «un meccanismo particolare di collaborazione fondato sulla competenza decisionale esclusiva dell'istituzione dell'Unione» che presuppone necessariamente un controllo giurisdizionale unico esercitato dagli organi giurisdizionali, in quanto la coesistenza tra mezzi di ricorso nazionali avverso atti preparatori adottati da autorità nazionali e il ricorso ex art. 263 TFUE avverso l'atto dell'Unione che conclude la procedura, porterebbe con sé il rischio di valutazioni divergenti nell'ambito di uno stesso procedimento. Così i punti 48-50.

l'atto adottato dall'istituzione europea a fronte di una sentenza nazionale definitiva contrastante con esso, ha altresì tutelato le proprie prerogative in ordine al controllo sulla validità degli atti dell'Unione e di quelli preliminari e prodromici ad essi che, pur se compiuti da autorità nazionali, vengono attratti entro l'ambito di competenza giurisdizionale dei giudici europei.

5. L'intangibilità degli atti amministrativi definitivi coperti dal giudicato

Ancora più circostanziata appare la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di atti amministrativi definitivi coperti dal giudicato⁵¹.

Come anticipato *supra*⁵², i giudici europei, fondandosi sul principio di leale cooperazione, hanno sancito che esso impone a un organo amministrativo, investito di una richiesta in tal senso, di riesaminare una decisione amministrativa definitiva, al fine tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente nel frattempo accolta dalla Corte al ricorrere di quattro condizioni: 1. che disponga, secondo l'ordinamento nazionale, del potere di revisione di tale decisione; 2. che la decisione amministrativa – ed è questa la condizione che più interessa ai nostri fini – sia diventata definitiva in virtù di una sentenza di un giudice di ultima istanza; 3. che tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza successiva della Corte di giustizia, risulti fondata su un'interpretazione errata della norma europea, adottata senza che la Corte fosse stata adita a titolo pregiudiziale; 4. che, infine, l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo subito dopo essere stato informato della giurisprudenza europea⁵³.

Questa giurisprudenza è stata inaugurata a partire dal caso *Kühne & Heitz*⁵⁴, ed è stata confermata in diversi casi successivi⁵⁵, con una puntua-

⁵¹ Sul tema, si veda il recente contributo di R. ROLLI - M. MAGGIOLINI, *La disapplicazione della norma nazionale contrastante con il diritto dell'Unione (nota a TAR Puglia-Lecce, sez. I, 18 novembre 2020 n. 1321)*, in *Giustizia insieme*, 2020, reperibile all'indirizzo internet <https://www.giustiziainsieme.it/en/diritto-e-processo-amministrativo/1456-la-disapplicazione-della-norma-nazionale-contrastante-con-il-diritto-dell-unione-nota-a-tar-puglia-lecce-sez-i-del-18-novembre-2020-n-1321>, nonché la dottrina e la giurisprudenza *ivi* citate.

⁵² Si veda il par. 1.

⁵³ Sentenza della Corte di giustizia del 13 gennaio 2004, *Kühne & Heitz NV*, *cit. supra*, nota 4.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Sentenze della Corte di giustizia del 19 settembre 2006 in cause riunite n. C-392/04 e n. C-422/04, *i-21 Germany*, punto 52, EU:C:2006:586; del 12 febbraio 2008 in causa n. C-2/06, *Kempter*, punto 39, EU:C:2008:78, in questa *Rivista*, 2008, p. 463, con commento di M. LOMBARDO, *Il principio di leale cooperazione e l'armonizzazione indiretta delle regole procedurali nazionali alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, *ivi*, p. 469; del 10 luglio 2014, *Pizzarotti*, *cit. supra*, nota 4, punto 64; del 20 dicembre 2017 in causa n. C-492/16, *Incyte*, punto 47, EU:C:2017:995.

lizzazione nel caso *Kempter*⁵⁶. In quest'ultima occasione la Corte, infatti, precisò che la condizione per la quale la sentenza definitiva dovesse risultare fondata, alla luce di una giurisprudenza successiva della Corte di giustizia, su un'interpretazione errata della norma europea, adottata senza che la Corte fosse stata adita a titolo pregiudiziale, doveva ritenersi soddisfatta anche laddove le parti non avessero sollevato dinanzi al giudice nazionale la questione interpretativa. Al contrario, sarebbe sufficiente non solo che la questione di interpretazione fosse stata esaminata dal giudice che statuisce in ultima istanza, ma anche – e più semplicemente – che essa avrebbe potuto essere sollevata d'ufficio da quest'ultimo⁵⁷.

A ben vedere, questa giurisprudenza della Corte in materia di intangibilità di atti amministrativi definitivi, coperti da una sentenza passata in giudicato, ben poco si discosta dai presupposti che – sul piano generale – sono stati delineati dai giudici europei nel ricostruire i limiti entro i quali una giurisdizione interna potesse rimettere in discussione l'autorità del giudicato⁵⁸. Ed infatti, anche in queste situazioni, la superabilità dell'atto amministrativo definitivo è limitata alla sola ipotesi in cui le norme procedurali interne prevedano tale possibilità. I giudici europei, in queste ipotesi, sembrano aver valorizzato il fatto che l'interpretazione seguita dal giudice nazionale, e poi risultata contrastante con la giurisprudenza successiva della Corte di giustizia, fosse stata adottata senza che fosse stato esperito il rinvio pregiudiziale.

Si tratta di una condizione che, seppur in termini diversi e in maniera discontinua, è emersa – tra le righe – anche in altri procedimenti. Basti pensare al caso *Klausner* all'esito del quale la Corte ha sottolineato la circostanza che nell'ambito della controversia nazionale non era mai stato invocato il diritto dell'Unione⁵⁹. E conseguentemente – si potrebbe aggiungere – è stata evitata la possibilità che fosse adita in via pregiudiziale la Corte di giustizia.

6. La confermata intangibilità del giudicato e la tutela risarcitoria dei privati: il caso *Telecom Italia S.p.a.*

Alla luce del quadro giurisprudenziale fin qui delineatosi, si vuole adesso analizzare il recente caso *Telecom Italia S.p.a.* al fine di verificare

⁵⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 12 febbraio 2008, *Kempter*, cit. supra, nota 55.

⁵⁷ *Ivi*, punto 44.

⁵⁸ Per i quali si rinvia supra, al par. 1.

⁵⁹ Sentenza dell'11 novembre 2015, *Klausner*, cit. supra, nota 22, punti 42-44.

se da esso possano trarsi elementi di novità o meno rispetto alla giurisprudenza pregressa.

La società ricorrente (Telecom Italia S.p.a.) era concessionaria di un diritto esclusivo di gestione del servizio pubblico di telecomunicazione ai sensi dell'art. 188 del codice postale e delle telecomunicazioni italiano⁶⁰. Con l'introduzione della direttiva sui servizi di telecomunicazione⁶¹, l'ordinamento dell'Unione europea ha liberalizzato il relativo settore, imponendo agli Stati, fatte salve alcune eccezioni, che tali servizi fossero prestati senza alcuna autorizzazione o sulla base di autorizzazioni generali⁶². Il termine ultimo di recepimento della direttiva veniva fissato al 31 dicembre 1997.

Sulla base di tale disciplina, gli Stati membri erano tenuti a sopprimere i diritti di esclusiva ancora esistenti. Conseguentemente, Telecom Italia non vantava più il diritto di esclusiva sul servizio.

A dispetto del mutato quadro normativo, lo Stato italiano chiedeva a Telecom Italia il pagamento di una somma a titolo di conguaglio del canone di concessione per gli esercizi finanziari 1997 e 1998. La società contestava in sede giudiziale il chiesto pagamento per il periodo successivo alla data ultima prevista per il recepimento della direttiva (che – lo si ricorda – era fissata al 31 dicembre 1997). Il TAR Lazio, investito della controversia, sollevava un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia la quale dichiarava che le norme della direttiva sui servizi di telecomunicazione «ostano a che uno Stato membro esiga da un operatore, già titolare di un diritto esclusivo sui servizi di telecomunicazioni pubbliche, divenuto titolare di un'autorizzazione generale, il pagamento di un onere pecuniario (...), corrispondente all'importo precedentemente previsto come corrispettivo per il detto diritto esclusivo, per il periodo di un anno a decorrere dalla data ultima prevista per la trasposizione di detta direttiva nel diritto nazionale, cioè fino al 31 dicembre 1998»⁶³.

A fronte della sentenza della Corte di giustizia, il giudice nazionale ha considerato dovuto il canone richiesto dallo Stato italiano per l'anno 1998. La sentenza resa in primo grado è stata confermata in sede di gravame dal Consiglio di Stato.

⁶⁰ Allegato al Testo unico delle disposizioni legislative in materia postale, di bancoposta e di telecomunicazioni (Decreto del Presidente della Repubblica 29 marzo 1973, n. 156).

⁶¹ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 aprile 1997, n. 97/13/Ce, relativa ad una disciplina comune in materia di autorizzazioni generali e di licenze individuali nel settore dei servizi di telecomunicazione, in *Guce* n. L 117 del 7 maggio 1997, p. 15 ss.

⁶² Art. 3, par. 3, direttiva sui servizi di telecomunicazione, *loc. cit.*

⁶³ Sentenza del 21 febbraio 2008 in causa n. C-296/06, *Telecom Italia S.p.a.*, punto 45, EU:C:2008:106.

La società ricorrente, ritenendo di aver sofferto un danno a causa della scorretta interpretazione della sentenza della Corte di giustizia, ha citato in giudizio lo Stato italiano per richiederne la condanna al risarcimento dei danni. La Corte di appello ha accolto la domanda giudiziale avanzata dalla società per manifesta violazione del diritto dell'Unione. Sulla base di detta pronuncia Telecom Italia ha chiesto al TAR Lazio la disapplicazione della sentenza sulla quale si era formato il giudicato che dichiarava dovuto il canone di concessione per il 1998.

Di fronte a tale istanza, il giudice *a quo* ha manifestato dubbi sulla corretta interpretazione e applicazione che il Consiglio di Stato ha dato alle norme dell'Unione, come interpretate dalla Corte di giustizia, e sulle conseguenze derivanti da tale scorretta applicazione delle norme europee sulla sentenza nazionale passata in giudicato e ha quindi chiesto alla Corte di giustizia:

a. se la direttiva consenta di mantenere l'obbligo di pagamento di un canone, corrispondente a quello dovuto sotto il vigore del precedente regime normativo (ovvero in vigenza dei diritti di concessione in via esclusiva del servizio);

b. se la direttiva sui servizi di telecomunicazione «osti ad un giudicato interno, frutto di una errata interpretazione della direttiva stessa, di talché tale giudicato possa essere disapplicato da un secondo Giudice chiamato a giudicare in una controversia fondata sul medesimo rapporto giuridico sostanziale, ma diversa per la natura accessoria del pagamento richiesto rispetto a quello oggetto della causa sulla quale si è formato il giudicato».

In ordine alla prima questione, la Corte, richiamando ampiamente le argomentazioni contenute nella *collegata* sentenza del 21 febbraio 2008⁶⁴, ha confermato quanto già statuito in quel procedimento dichiarando che la direttiva deve essere interpretata nel senso che essa «osta a una normativa nazionale che proroga, per l'esercizio 1998, l'obbligo imposto a un'impresa di telecomunicazioni, titolare di un'autorizzazione esistente alla data di entrata in vigore di detta direttiva, di versare un canone calcolato in funzione del fatturato e non solo dei costi amministrativi connessi al rilascio, alla gestione, al controllo e all'attuazione del regime di autorizzazioni generali e di licenze individuali»⁶⁵.

Con riferimento alla seconda questione, la Corte, confermando il proprio ormai consolidato orientamento, ha riaffermato l'obbligo di interpretazione conforme che incombe sui giudici nazionali e, in particolare, l'obbligo del giudice di prendere in considerazione «il diritto nazionale nel suo

⁶⁴ Sentenza del 21 febbraio 2008 in causa n. C-296/06, *Telecom Italia S.p.a.*, *cit. supra*, nota 63, punto 45.

⁶⁵ Sentenza del 4 marzo 2020, *Telecom Italia S.p.a.*, *cit. supra*, nota 1, punto 52.

complesso per valutare in che misura quest'ultimo possa ricevere un'applicazione tale da non sfociare in un risultato in contrasto con il diritto dell'Unione», anche laddove ciò comporti di modificare una giurisprudenza consolidata⁶⁶. Tale obbligo, tuttavia, incontrerebbe un limite laddove si sia già formato un giudicato i cui effetti si estendano al procedimento pendente⁶⁷. Infatti la Corte ha ribadito «l'importanza che riveste, sia nell'ordinamento giuridico dell'Unione sia negli ordinamenti giuridici nazionali, il principio dell'autorità della cosa giudicata»⁶⁸ e ha richiamato la propria giurisprudenza costante secondo la quale «il diritto dell'Unione non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono, segnatamente, autorità di cosa giudicata a una decisione, anche quando ciò permetta di porre rimedio a una violazione di una disposizione del diritto dell'Unione, di qualunque natura essa sia»⁶⁹.

Nel caso di specie era controverso tra le parti – e la Corte non ha preso posizione sul punto, ritenendo la questione non di sua competenza – se il giudicato nazionale formatosi sulla sentenza del Consiglio di Stato incidesse o meno nel merito della successiva controversia. Per tali ragioni i giudici dell'Unione hanno ricordato che spetta al giudice nazionale verificare se l'autorità di cosa giudicata attribuita alla sentenza del Consiglio di Stato si estenda al successivo procedimento.

Cionondimeno, la Corte ha ribadito il principio della responsabilità di uno Stato membro per i danni causati ai privati da violazioni del diritto dell'Unione, a prescindere dal fatto che l'origine del danno sia imputabile al potere legislativo, giudiziario o esecutivo⁷⁰.

Laddove «una violazione dei diritti riconosciuti dal diritto dell'Unione mediante una decisione divenuta definitiva, e che pertanto ha acquistato forza di cosa giudicata, non può più costituire oggetto di riparazione, i soggetti dell'ordinamento non possono essere privati della possibilità di

⁶⁶ Sentenza del 4 marzo 2020, *Telecom Italia S.p.a.*, *cit. supra*, nota 1, punto 59.

⁶⁷ Il principio dell'interpretazione conforme assumerebbe «una sorta di priorità tecnica rispetto alla disapplicazione»: così P. A. MENGOZZI, *La cosa giudicata nazionale e il principio dell'interpretazione conforme*, in *Dir. Un. Eur.*, 2017, p. 173 ss., spec. p. 182.

⁶⁸ Sentenza del 4 marzo 2020, *Telecom Italia S.p.a.*, *loc. cit.*, punto 64.

⁶⁹ *Ivi*, punto 65.

⁷⁰ Il principio della responsabilità dello Stato membro per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili, inaugurato con la giurisprudenza *Francovich* (sentenza della Corte di giustizia del 19 novembre 1991, *cit. supra*, nota 9), ha trovato specifica applicazione rispetto a violazioni derivate dalla decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado a partire dalla sentenza *Kobler* del 30 settembre 2003, *cit. supra*, nota 4. In argomento si rinvia a M. P. CHITI, *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, *cit. supra*, nota 9, p. 505 ss.; M. CLARICH, *La responsabilità nel sistema comunitario*, *cit. supra*, nota 9, p. 589 ss.

far valere la responsabilità dello Stato al fine di ottenere in tal modo una tutela giuridica dei loro diritti riconosciuti dal diritto dell'Unione»⁷¹.

Sembrerebbe, *prima facie*, che la sentenza della Corte di giustizia non apporti alcun elemento di novità rispetto alla giurisprudenza precedente. Ad un esame più attento, tuttavia, possono essere individuati diversi elementi di discontinuità.

Anzitutto, a differenza degli altri casi nel corso dei quali non era stato esperito il rinvio pregiudiziale, per la prima volta, nel caso in esame, la violazione della norma europea, cristallizzata nel giudicato nazionale, è stata perpetrata dopo – e nonostante il fatto – che la Corte di giustizia si fosse pronunciata in via interpretativa. Ed invero, nella propria giurisprudenza – come rilevato *supra*⁷² – la Corte aveva tendenzialmente posto particolare enfasi alla circostanza del mancato previo esperimento del rinvio pregiudiziale o il fatto di non aver invocato il diritto dell'Unione al fine di “sanzionare” la sentenza definitiva incompatibile con la norma europea.

In secondo luogo, e a differenza che nel caso *Berlusconi e Fininvest*⁷³, la Corte non ha affatto valorizzato la propria competenza esclusiva in ordine all'interpretazione delle norme europee, facendo salva la sentenza nazionale, pur se pronunciata in contrasto con l'interpretazione resa sul punto dalla Corte dell'Unione. Vero è che nel caso *Berlusconi e Fininvest* era in discussione la competenza della Corte a giudicare sulla legittimità degli atti dell'Unione e non invece quella interpretativa. Cionondimeno entrambi tali competenze sono da ricondurre entro la sfera di esclusiva pertinenza del giudice dell'Unione.

In proposito, ancor più pregnante potrebbe risultare il confronto con il caso *Gutiérrez Naranjo*⁷⁴. In esso la Corte ha espressamente richiamato il proprio potere esclusivo di interpretare le norme dell'Unione, «alla luce dell'esigenza fondamentale dell'applicazione uniforme e generale del diritto dell'Unione»⁷⁵, al fine di arginare gli effetti di una sentenza pronunciata da un giudice di ultima istanza e – dunque – imponendo la disapplicazione della giurisprudenza interna confluita – aggiungiamo – in una sentenza coperta dal giudicato.

⁷¹ Sentenza della Corte di giustizia del 4 marzo 2020, *Telecom Italia S.p.a.*, *cit. supra*, nota 1, punto 69. In senso conforme sentenze della Corte di giustizia dell'11 settembre 2019 in causa n. C-676/17, *Călin*, punto 56, EU:C:2019:700; del 29 luglio 2019 in causa n. C-620/17, *Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe*, punto 39, EU:C:2019:630; del 24 ottobre 2018 in causa n. C-234/17, *XC e altri*, punto 58, EU:C:2018:853.

⁷² Al punto 5.

⁷³ Sentenza della Corte di giustizia del 19 dicembre 2018, *cit. supra*, nota 46.

⁷⁴ Sentenza del 21 dicembre 2016, *cit. supra*, nota 37.

⁷⁵ *Ivi*, punto 70.

In ultimo, a parere di chi scrive, la Corte di giustizia ha mancato l'occasione per far leva sul primato del diritto dell'Unione e sui suoi corollari per garantire più efficacemente l'osservanza delle norme dell'Unione. Quando si è trattato di salvaguardare le competenze della Commissione europea in materia di aiuti di Stato essa ha infatti statuito che tale competenza esclusiva costituisce un corollario della preminenza del diritto comunitario⁷⁶. Tale preminenza è stata costruita proprio grazie allo strumento del rinvio pregiudiziale, considerato – per diverse ragioni – la chiave di volta del sistema giurisdizionale istituito dai Trattati di Unione: attraverso il dialogo tra le Corti si costruisce il rapporto tra ordinamenti e si tentano di superare gli ostacoli all'integrazione. In questa ricostruzione, il rinvio pregiudiziale è quel meccanismo di raccordo che consente alle giurisdizioni nazionali di attivare l'esercizio della funzione interpretativa e nomofilattica della Corte di giustizia e che permette di considerare il sistema di tutela giurisdizionale instaurato dai Trattati di Unione in una visione unitaria e coerente, come propugnato dalla Corte di giustizia stessa⁷⁷, seppur nella sua duplicità: «[e]sso si compone, infatti, della Corte stessa e degli organi giurisdizionali degli Stati membri, a cui compete, congiuntamente e in condivisione, assicurare il rispetto di quell'ordinamento e di quello stesso sistema»⁷⁸.

Alla luce di queste posizioni, in dottrina è stato sostenuto che, facendo leva sul principio di leale cooperazione, la Corte di giustizia avrebbe sancito la «corresponsabilità dei giudici nazionali nel proteggere non solo i diritti garantiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione, ma anche il rispetto e, quindi, la tenuta stessa, del medesimo»⁷⁹.

L'assoluta centralità che il rinvio pregiudiziale ha acquisito nell'architettura costituzionale europea è ricollegabile al suo affrancarsi dalle originarie funzioni cui lo stesso era deputato agli esordi del processo di inte-

⁷⁶ Sentenze della Corte di giustizia del 18 luglio 2007, *Lucchini*, cit. supra, nota 11, punto 62; e del 4 marzo 2020, *CSTP Azienda della Mobilità c. Commissione*, cit. supra, nota 16, punto 94.

⁷⁷ Si vedano, per tutte, le sentenze della Corte di giustizia del 23 aprile 1986 in causa n. 294/83, *Parti écologiste «Les Verts»*, EU:C:1986:166; e del 22 ottobre 1987 in causa n. 314/85, *Foto-Frost*, EU:C:1987:452.

⁷⁸ P. IANNUCELLI, *L'articolo 344 TFUE e l'autonomia del sistema giurisdizionale dell'Unione europea: la Corte di giustizia verso un vicolo cieco?*, in AA.VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CÉCA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 397 ss., spec. pp. 401-402.

⁷⁹ Così J. ALBERTI, *Il parere della Corte di giustizia sul Tribunale dei brevetti comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 2012, p. 367 ss., spec. p. 380. In argomento si vedano anche M. P. CHITI, *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2012, p. 745 ss.; nonché S. SPUNTARELLI, *Il ruolo del rinvio pregiudiziale alla CGUE nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, p. 985 ss., e la giurisprudenza ivi citata.

grazione europea e all'ulteriore ruolo che esso ha assunto: se, dal punto di vista letterale, le norme dei Trattati non attribuiscono alla Corte di giustizia alcun potere di sindacare la compatibilità delle norme interne rispetto alle norme dell'Unione, nel rispetto delle reciproche funzioni assegnate ai giudici interni e alla Corte stessa, quest'ultima, «nell'esercizio della funzione di garanzia dell'applicazione uniforme del diritto comunitario, ha di fatto, sia pure indirettamente, esercitato un controllo di legittimità di atti normativi nazionali attraverso l'azione vincolata che essa è in grado di imporre ai giudici nazionali innanzi ai quali viene invocata l'applicazione del diritto comunitario»⁸⁰. Alla luce di ciò, la Corte di giustizia avrebbe assunto il ruolo di giudice esclusivo non solo dell'attività interpretativa delle norme europee, ma anche «della legittimità comunitaria delle norme nazionali degli Stati»⁸¹.

Sulla scorta di queste considerazioni e della giurisprudenza della Corte, la procedura pregiudiziale è stata vista, essa stessa, come il necessario corollario del principio dell'interpretazione e dell'applicazione uniforme del diritto dell'Unione⁸² e dunque – funzionalmente – anche del primato del diritto europeo, in assenza del quale l'obiettivo dell'uniforme interpretazione e applicazione rimarrebbe incompiuto.

A fronte dell'importanza attribuita al rinvio pregiudiziale e alle funzioni costituzionali che la Corte di giustizia esercita per mezzo di esso, ci pare di poter avanzare il dubbio che la sentenza resa sul caso *Telecom Italia S.p.a.* abbia indebolito l'importanza del rinvio pregiudiziale e delle funzioni interpretative della Corte. Ad un primo esame, pare infatti che i giudici europei abbiano trascurato la circostanza che – a differenza che nel passato – nella fattispecie, la Corte era stata adita e la violazione che si era cristallizzata nella sentenza nazionale definitiva era da ricondursi proprio alla mancata corretta osservanza della sentenza interpretativa che – vale la pena di ricordarlo – è vincolante per il giudice *a quo*. Se il giudice dell'Unione ha ricondotto il caso alla giurisprudenza pregressa, ritenendo irrilevante la singolarità della fattispecie, sebbene – si presume – inconsapevolmente – avrebbe fortemente indebolito, tra le altre cose, il principio del

⁸⁰ S. M. CARBONE, *Le procedure innanzi alla Corte di giustizia a tutela delle situazioni giuridiche individuali dopo il Trattato di Lisbona*, in *Studi integr. eur.*, 2008, p. 239 ss., spec. p. 245.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² J. L. DA CRUZ VILAÇA, *De l'interprétation uniforme du droit de l'Union à la «sanctuarisation» du renvoi préjudiciel. Étude d'une limite matérielle à la révision des traités*, in AA.VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, cit. *supra*, nota 78, p. 247 ss.

primato del diritto europeo che manterrebbe solo – per così dire – l’effetto collaterale di far scattare la responsabilità dello Stato.

7. I rapporti tra il giudicato nazionale e le sentenze delle Corti europee: riflessioni attorno al principio di equivalenza

Non si vogliono – in questa sede – ipotizzare soluzioni alternative. Ci pare tuttavia opportuna qualche considerazione attorno al principio di equivalenza.

La sentenza pronunciata nel caso *Telecom Italia S.p.a.* si inserisce in un contesto normativo e giurisprudenziale nel quale il diritto dell’Unione europea è assistito dalla diretta applicabilità e dal principio della preminenza rispetto alle norme di diritto interno⁸³, e nel quale il rinvio pregiudiziale consente di mantenere vivo un costante dialogo tra giurisdizioni – nazionali ed europea – e dunque garantisce armonia di soluzioni.

Tutti tali presupposti consentono di mantenere un elevato livello di integrazione tra giudici nazionali e giudici europei e, in definitiva, tra ordinamenti. In un quadro di tal fatta, il rischio di difforme interpretazione e applicazione delle norme dell’Unione dovrebbe essere quanto più possibile scongiurato. Conseguentemente, le ipotesi di contrasto tra una sentenza nazionale definitiva e una sentenza del giudice dell’Unione dovrebbero essere situazioni del tutto eccezionali.

Si tratta di una configurazione del sistema che va certamente valorizzata, se si guarda ad altri contesti, come quello della Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Infatti, il tema dei rapporti tra un giudicato nazionale, da una parte, e una sentenza emanata dalla Corte di giustizia, dall’altra, presenta aspetti del tutto peculiari rispetto ai rapporti tra un giudicato nazionale e una sentenza emessa dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, imponendo la ricerca di approcci risolutivi diversi. Basti pensare che – come già rilevato in altra sede⁸⁴ – l’intervento dei giudici di Lussemburgo avviene nel corso del giudizio interno, nell’ambito del quale il giudice do-

⁸³ Tale preminenza determina, come già anticipato, a seconda dei casi, l’obbligo di interpretazione conforme o, nel caso in cui non sia possibile individuare un’opzione ermeneutica compatibile con la disciplina europea, la disapplicazione della disposizione nazionale incompatibile, fatta salva l’autorità della cosa giudicata. In tema di diretta applicabilità e di primazia del diritto europeo si rinvia alla migliore dottrina.

⁸⁴ Sia consentito rinviare a V. PETRALIA, *Equo processo, giudicato nazionale e Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 337-340, e, più approfonditamente V. PETRALIA, *Intangibilità del giudicato nazionale amministrativo ed esecuzione delle sentenze delle Corti europee: un’ipotesi di convergenza di soluzioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2017, p. 937 ss.

vrà conformarsi al principio di diritto pronunciato dalla Corte di giustizia e, in presenza di un contrasto tra il diritto nazionale e il diritto dell'Unione europea, farà ricorso alla disapplicazione della norma interna contrastante con quella europea.

La necessità di rimettere in discussione il giudicato interno emergerebbe soltanto nell'ipotesi in cui sia stato omissivo di sollevare il rinvio pregiudiziale e il giudice nazionale abbia commesso una violazione delle norme dell'Unione che si sia poi cristallizzata in una sentenza definitiva; ovvero, nel caso in cui, sebbene il rinvio pregiudiziale sia stato esperito, il giudice nazionale non abbia correttamente applicato la norma europea così come interpretata dalla Corte di giustizia. In ogni caso, laddove gli strumenti di dialogo tra corti nazionali e Corte di giustizia funzionino, le eventuali ipotesi di contrasto tra un giudicato nazionale e le norme dell'Unione saranno istituzionalmente eccezionali e costituiranno un'eventualità non "fisiologica" del sistema.

Diversamente, nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, alla luce del principio del previo esaurimento dei ricorsi di diritto interno, il giudicato costituisce la premessa dell'accertamento da parte dei giudici europei della censurata violazione di una norma convenzionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo è dunque chiamata a intervenire *fisiologicamente a posteriori*: l'accertamento di una violazione della Convenzione avverrà sempre dopo che la sentenza nazionale non sia più soggetta a strumenti di impugnazione di diritto interno, dunque sia definitiva.

Tale ricostruzione ha trovato conferma anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia⁸⁵. Questa ha rilevato come «il requisito che figura all'articolo 35, paragrafo 1, della CEDU, secondo cui la Corte europea dei diritti dell'uomo può essere adita solo previo esaurimento delle vie di ricorso interne, implica l'esistenza di una decisione pronunciata dal giudice nazionale di ultimo grado e munita di autorità di cosa giudicata»⁸⁶. Al contrario, il quadro costituzionale dell'Unione «assicura a qualsiasi individuo la possibilità di ottenere la tutela effettiva dei diritti che ad esso sono conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione prima ancora che intervenga una decisione nazionale avente autorità di cosa giudicata»⁸⁷. Ciò si realizza grazie al sistema giurisdizionale dell'Unione istituito dai Trattati, la cui chiave di volta è costituita dal rinvio pregiudiziale. Tale strumento «instaurando un dialogo da giudice a giudice proprio tra la Corte e i giudici degli Stati membri, mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto

⁸⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 24 ottobre 2018, *XC e altri*, cit. *supra*, nota 71.

⁸⁶ *Ivi*, punto 32.

⁸⁷ *Ivi*, punto 46.

dell'Unione»⁸⁸. Inoltre, «i giudici nazionali incaricati di applicare, nell'ambito delle loro competenze, le norme del diritto dell'Unione hanno l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi contraria disposizione nazionale, senza chiedere né attendere la previa soppressione di tale disposizione nazionale per via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale»⁸⁹.

È sulla base di questa diversa configurazione dei due sistemi che il tema dei rapporti tra il giudicato nazionale e la sentenza dell'una Corte o dell'altra è stato ricostruito in maniera diversa. Anzi, la Corte del Lussemburgo, facendo leva sulla diversità strutturale del sistema giurisdizionale dell'Unione europea, la cui chiave di volta è il dialogo pregiudiziale tra giudici garantito attraverso il rinvio pregiudiziale, hanno escluso che le modalità procedurali istituite da uno Stato membro per le domande di tutela dei diritti fondamentali della persona come sanciti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la cui violazione sia stata accertata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, debbano essere estese, in virtù del principio di equivalenza, alla tutela dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Ciò in quanto gli strumenti approntati per porre rimedio alla violazione di una norma della Convenzione europea ai sensi dell'art. 46 del Testo convenzionale presuppone che la Corte europea dei diritti dell'uomo abbia previamente constatato una violazione e che si renda dunque necessario intervenire su una sentenza definitiva con uno strumento di impugnazione straordinario. Viceversa, l'intervento della Corte di giustizia precede la definizione del giudizio.

Alla luce di tali considerazioni la Corte ha statuito che «il diritto dell'Unione, e in particolare i principi di equivalenza e di effettività, deve essere interpretato nel senso che non obbliga un giudice nazionale ad estendere alle violazioni del diritto dell'Unione (...) un mezzo di impugnazione di diritto interno che consente di ottenere, unicamente in caso di violazione della CEDU o di uno dei suoi protocolli, la ripetizione di un procedimento penale concluso con una decisione nazionale passata in giudicato»⁹⁰.

La diversa configurazione che presentano i due sistemi europei, come peraltro valorizzata dalle rispettive Corti, porta con sé l'effetto che i giudici interni, in assenza di specifiche indicazioni da parte del legislatore, ri-

⁸⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 24 ottobre 2018, *XC e altri*, cit. *supra*, nota 71, punto 41.

⁸⁹ *Ivi*, punto 44.

⁹⁰ *Ivi*, punto 59.

connettono al contrasto tra il giudicato nazionale da un lato, e norme convenzionali o norme dell'Unione dall'altro, esiti diversi.

E su tale questione la dottrina si è chiesta se la via intrapresa nell'ambito del sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo potesse essere «utilizzabile anche per la “correzione” di sentenze emesse in asserita violazione di norme comunitarie. Al di là della soluzione, va considerato che la situazione appare più complessa, sia perché, atteso il grado di integrazione acquisito dagli ordinamenti europeo e nazionale, si corre il rischio di trasformare un rimedio che non può che essere straordinario in una sorta di impugnazione ordinaria per errata applicazione del diritto europeo, sia perché andrebbero in ogni caso definiti rigorosamente in via legislativa i limiti in cui deroghe al principio di intangibilità possano ammettersi “per ragioni di diritto europeo”»⁹¹.

Rispetto alla soluzione seguita dalla Corte di giustizia, potrebbe avanzarsi qualche riserva. Ed invero, come dimostra la sentenza in commento, l'esistenza di uno strumento di dialogo pregiudiziale tra i giudici nazionali e i giudici dell'Unione non ha eliso la possibilità che si registrassero casi nei quali un giudicato nazionale contrastasse con una o più norme dell'Unione europea, così come interpretate dalla Corte di giustizia. Dunque, le istanze di tutela, in queste situazioni, non hanno potuto beneficiare di quelle condizioni individuate dalla Corte di giustizia per trovare soddisfazione. In questa prospettiva, forse, andrebbe rivalutata la disconosciuta equivalenza delle situazioni di contrasto tra giudicati nell'ambito della Convenzione europea e nell'ambito dell'Unione, laddove non sia stata adita preventivamente la Corte di giustizia e dunque il suo intervento sia stato successivo rispetto al maturarsi dell'autorità di cosa giudicata della sentenza nazionale o – ancora – sebbene adita, la violazione della norma europea si sia innestata proprio sulla sentenza nazionale definitiva per la cui pronuncia il giudice interno non ha correttamente applicato la pronuncia interpretativa della Corte del Lussemburgo.

In proposito, deve inoltre ragionarsi sul fatto che l'assenza di un collegamento pregiudiziale è questione – sul piano non solo teorico⁹² – in parte superata dall'introduzione della procedura di parere nell'ambito del sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁹³. Sebbene si tratti

⁹¹ F. PATRONI GRIFFI, *Corti nazionali e corti europee: verso un diritto europeo dei giudici oltre la crisi del processo di integrazione?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2017, p. 448 ss.

⁹² Il 1° agosto 2018 è entrato in vigore il Protocollo n. XVI alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Ad oggi sono dieci i Paesi membri dell'Unione europea che lo hanno ratificato (Belgio, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Lituania, Lussemburgo, Paesi Bassi, Repubblica Slovacca, Slovenia).

⁹³ In argomento si rinvia alla vasta dottrina: I. ANRÒ, *Il protocollo n° 16 alla Cedu in vigore dal 1° agosto 2018: un nuovo strumento per il dialogo tra Corti?*, in *Riv. trim. dir. e proc.*

di una procedura molto diversa, sotto molteplici profili, da quella del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, e con esiti anch'essi differenti, essa tuttavia appare ispirata dal medesimo obiettivo: garantire che le norme europee (dell'Unione e della Convenzione) trovino corretta e piena applicazione anzitutto dinanzi alle giurisdizioni nazionali, che costituiscono il livello primario di tutela, ed anche consentire che si realizzi l'uniformità interpretativa tra i due livelli ordinamentali di tutela.

civ., 2019, p. 189 ss.; G. ASTA, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?*, in *La Comunità internazionale*, 2013, p. 773 ss.; E. CALZOLAIO, *La competenza consultiva della Corte europea dei diritti dell'uomo dopo il Protocollo n. 16*, in *Cittadinanza europea*, 2015, p. 103 ss.; C. CARUSO, *Il "posto" dell'interpretazione conforme alla Cedu*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 1985 ss.; S. CHIARLONI, *Il nuovo protocollo 16 per la Corte europea dei diritti dell'uomo: un passo ulteriore verso il governo dei giudici?*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 1311 ss.; E. CRIVELLI, *La Corte Edu richiama in sede giurisdizionale la prima Advisory opinion: un incentivo per l'Italia a ratificare il Protocollo 16?*, in *Quad. cost.*, 2020, p. 450 ss.; ID., *Il primo parere in attuazione del Protocollo n. 16 Cedu: alcuni chiarimenti in tema di maternità surrogata*, in *Quad. cost.*, 2019, p. 709 ss.; ID., *Il protocollo n. 16 alla CEDU entra in vigore: luci ed ombre del nuovo rinvio interpretativo a Strasburgo*, in *Quad. cost.*, 2018, p. 719 ss.; R. CONTI, *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, in *Consulta online*, 2014, reperibile all'indirizzo internet <https://www.giurcost.org/studi/conti2.pdf>; ID., *Il "rinvio preventivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU si affianca al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE*, in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, 2013, reperibile all'indirizzo internet http://www.europeanrights.eu/public/comments/Commento_Conti.pdf; P. DE SENA, *Caratteri e prospettive del Protocollo 16 nel prisma dell'esperienza del sistema interamericano di protezione dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 593 ss.; A. HENKE, *La giurisdizione consultiva della Corte di Strasburgo nel nuovo Protocollo n. 16 alla CEDU*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 1244 ss.; E. LAMARQUE, *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali*, Torino, Giappichelli, 2015; A. G. LANA, *Il protocollo n. 16 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: alcune riflessioni*, in *Diritti dell'uomo: Cronache e battaglie*, 2014, p. 641 ss.; ID., *Il Protocollo n. 16 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: luci e ombre*, in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, 2014, reperibile all'indirizzo internet http://www.europeanrights.eu/public/comments/commento_LANA.pdf; C. MASCIOTTA, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU alla prova dell'applicazione concreta e le possibili ripercussioni sull'ordinamento italiano*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2020, p. 183 ss.; V. PETRALIA, *A proposito del futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo. Prime note sul Protocollo n. XVI alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Quaderni europei*, 2013, n. 57; P. PIRRONE, *Il Protocollo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: i pareri pregiudiziali della Corte di Strasburgo*, in *Nuove leggi civ. Comm.*, 2016, p. 75 ss.; O. POLLICINO, *La Corte costituzionale è una "alta giurisdizione nazionale" ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo n. 16?*, in *Dir. Un. Eur.*, 2014, p. 293 ss.; N. POSENATO, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU e il rafforzamento della giurisprudenza sui diritti umani in Europa*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2014, p. 1421 ss.; I. RIVERA, *Il Protocollo n. 16 CEDU e la richiesta di parere consultivo, ovvero una forma di "rinvio convenzionale" alla Corte di Strasburgo: alcune considerazioni a tre anni dall'adozione*, in *Studi integr. eur.*, 2016, p. 455 ss.; M. SARZO, *La nuova procedura consultiva prevista dal Protocollo n. 16 alla luce del parere della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di surrogazione di maternità*, in *Riv. dir. int.*, 2019, p. 1158 ss.; G. SORRENTI, *Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali e Corti sovranazionali? L'introduzione della nuova funzione consultiva della Corte di Strasburgo da parte del Protocollo n. 16 CEDU*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014, reperibile all'indirizzo internet <https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2013/05/sorrenti.pdf>.

Vero è che nel sistema della Convenzione europea non esiste una procedura paragonabile al rinvio pregiudiziale. D'altra parte, una procedura di tal fatta mal si sarebbe prestata a un sistema come quello convenzionale che si limita a imporre degli *standard* minimi di tutela e che, dunque, tende solo all'armonizzazione e non anche a imporre una disciplina uniforme, come invece può darsi nel sistema dell'Unione⁹⁴. Tali considerazioni non elidono tuttavia l'obbligo degli Stati contraenti di garantire all'interno dei loro ordinamenti la piena operatività delle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

In altri termini il diverso momento nel quale possono intervenire la Corte di giustizia, da una parte, e la Corte europea dei diritti dell'uomo, dall'altra, non incide sulla portata precettiva per i giudici nazionali delle norme scaturenti dai due diversi sistemi, sebbene diversi possano essere i criteri di adattamento delle norme interne ad esse.

Alla luce di tali considerazioni, il contrasto tra un giudicato nazionale e una sentenza della Corte di giustizia ben potrebbe costituire una situazione equivalente a un contrasto tra la sentenza nazionale definitiva e una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'eccezionalità della situazione di contrasto, in entrambe le ipotesi, andrebbe ravvisata in quella disfunzione che ha impedito la corretta osservanza nell'ordinamento nazionale della norma europea (convenzionale o dell'Unione). Le diverse modalità di adattamento degli ordinamenti nazionali rispetto ai due sistemi, se ci dà una diversa misura del livello di integrazione, non fornisce idonei elementi a graduare diversamente la forza precettiva dei canoni imposti dai due sistemi. In proposito si potrebbe far leva sull'obbligo di interpretazione conforme che riguarderebbe entrambi i parametri di riferimento, la normativa dell'Unione e quella convenzionale⁹⁵.

8. Brevi riflessioni conclusive

La complessità del tema relativo al conflitto tra giudicati – nazionale ed europeo – si giustifica in considerazione del fatto che, come correttamente rilevato in dottrina, «[i]l rapporto fisiologico tra Corte di giustizia dell'Unione europea e giudici nazionali non è connotato da una relazione

⁹⁴ In questa prospettiva appaiono ancora attuali le riflessioni di L. FORLATI PICCHIO, *A quando il rinvio pregiudiziale per l'interpretazione di norme internazionali sui diritti dell'uomo?*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padova, Cedam, 1988, p. 259 ss.

⁹⁵ In questa prospettiva F. PATRONI GRIFFI, *Corti nazionali e corti europee: verso un diritto europeo dei giudici oltre la crisi del processo di integrazione?*, cit. *supra*, nota 91, p. 448 ss.

di tipo gerarchico ma si basa su una formale ripartizione di competenze, nel contesto della quale i secondi sono chiamati all'applicazione del diritto dell'Unione nell'ambito delle controversie sottoposte al loro esame»⁹⁶.

In dottrina, al fine di trovare un punto di bilanciamento tra l'intangibilità del giudicato e il rispetto del diritto comunitario, è stata prospettata l'idea che, prendendo spunto dal rinvio pregiudiziale sollevato dal giudice rumeno nel caso *Cabinet de avocat UR*, «in caso di invocata efficacia esterna di un giudicato rispetto al quale il giudice sospetti la contrarietà con il diritto dell'Unione, costui non possa per ciò solo disattenderlo ma debba essere piuttosto sempre obbligato (a prescindere dal suo essere giudice di ultima istanza) a sollevare la questione pregiudiziale sostanziale rispetto al profilo contenutistico del giudicato invocato di cui dubita, davanti alla Corte di giustizia: con ciò l'autorità della cosa giudicata verrebbe meno solo se e a patto che l'organo giurisdizionale cui è istituzionalmente demandata in via esclusiva l'interpretazione (a garanzia di corretta applicazione) del diritto dell'Unione, ne verifichi l'effettiva contrarietà o meno al diritto dell'Unione e dunque la sua suscettibilità o meno a spiegare efficacia esterna nel giudizio a quo»⁹⁷.

Tale posizione, pur se condivisibile e perfettamente in linea con la distribuzione di competenze tra giurisdizioni nazionali e giurisdizione europea, tuttavia non risolve del tutto i termini della questione. Invero, con essa si farebbe leva sull'obbligo dei giudici di ultima istanza di rinvolgersi alla Corte, demandando a questa di risolvere il conflitto tra giudicato nazionale e norma europea, ma rimarrebbero prospettabili tutti gli esiti decisori fin qui riassunti, senza aggiungere alcun tassello determinante ai fini di una ricostruzione generale del tema oggetto di indagine.

Sotto altra prospettiva, è stato sostenuto che, all'interno del delineato quadro giurisprudenziale della Corte di giustizia in materia di antinomia tra giudicato nazionale e piena effettività del diritto dell'Unione, andrebbero distinte due diverse categorie di situazioni. La prima categoria concernerebbe i casi in cui l'ordinamento europeo impone il superamento del vincolo del giudicato in relazione alla controversia nell'ambito della quale esso è stato pronunciato. La seconda categoria riguarderebbe i casi in cui il rispetto delle norme dell'Unione impone la disapplicazione degli effetti

⁹⁶ Si veda S. SPUNTARELLI, *Il ruolo del rinvio pregiudiziale alla CGUE nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, cit. *supra*, nota 79, e la dottrina ivi citata.

⁹⁷ In argomento si rinvia a L. CASTALDI, *Salvaguardia del diritto dell'Unione europea ed efficacia esterna del giudicato: oltre la sentenza Olimpclub?*, cit. *supra*, nota 32.

esterni del giudicato, ricadenti dunque nel terreno di una controversia *diversa* da quella in cui la sentenza definitiva è stata pronunciata⁹⁸.

A parere di chi scrive, sarebbe ascrivibile alla seconda categoria tutta la giurisprudenza della Corte di giustizia fin qui esaminata, dal caso *Lucchini* ai casi *Klausner*, *Olimpiclub*, *Cabinet de avocat UR*, e *Gutiérrez Naranjo*, finanche al caso *Telecom Italia S.p.a.*, sebbene in esso la Corte abbia preferito non prendere posizione sugli effetti che il giudicato nazionale formatosi sulla sentenza del Consiglio di Stato producesse nel merito della successiva controversia, ma abbia rimesso alla giurisdizione nazionale il compito di verificare se vi fosse un'ipotesi di efficacia esterna del giudicato.

Proprio rispetto a questa seconda tipologia di casistica, è stato rilevato come la Corte di giustizia trascuri del tutto la possibilità che gli ordinamenti nazionali, nell'intento di evitare situazioni di contrasto (interno) tra giudicati, riconnettano al giudicato un'efficacia esterna⁹⁹. E tuttavia, secondo questa dottrina, in questo modo di procedere si celerebbe un fine bilanciamento operato dalla Corte: pur a fronte dell'autonomia procedurale degli Stati, il principio di effettività osterebbe a che una violazione del diritto dell'Unione cristallizzatasi in una sentenza definitiva possa perpetuarsi in un successivo procedimento, «in quanto tale fenomeno renderebbe di fatto impossibile la corretta applicazione del diritto UE nel *diversus processus*»¹⁰⁰.

Aderendo alla tesi prospettata in dottrina secondo la quale parrebbe che «la Corte abbia fatto propria la struttura triadica della *res judicata* tipica della tradizione francese, funzionale ad individuare l'identità o diversità del nuovo processo rispetto a quello in cui è calato il giudicato» e che considererebbe sussistente l'identità della controversia allorché sussista identità di oggetto, di causa e di parti¹⁰¹, non paiono potersi riscontrare ad oggi nella giurisprudenza europea situazioni di conflitto tra giudicati nell'ambito della medesima controversia, ma si tratterebbe sempre di questioni legate all'efficacia esterna del giudicato, nei termini in cui è stata ricostruita.

Sotto altra prospettiva, come sottolineato da autorevole dottrina¹⁰², la Corte di giustizia non ha imposto in maniera generalizzata la cedevolezza del giudicato interno contrastante con il diritto dell'Unione: «la vicenda delle sentenze invasive della Corte di giustizia, da *Lucchini* ad *Olimpiclub*,

⁹⁸ L. GROSSIO, *La ridefinizione dei rapporti tra giudicato penale e giudizio civile alla luce del diritto dell'Unione europea*, cit. supra, nota 45, p. 238.

⁹⁹ *Ivi*, p. 233.

¹⁰⁰ *Ivi*, p. 238.

¹⁰¹ *Ivi*.

¹⁰² Così P. BIAVATI, *Disapplicazione del giudicato interno per effetto del diritto dell'Unione europea?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, p. 1567 ss.

ha suscitato un vasto dibattito, in cui ha spazio la preoccupazione di dare un'impostazione sistematica ai rapporti fra diritto europeo e giudicato interno. In realtà (...) non si può dare una fattispecie generale, ovvero una sorta di impugnazione straordinaria atipica, basata sul mero contrasto fra giudicato e diritto dell'Unione»¹⁰³. Secondo Biavati, peraltro «anche qualora il legislatore volesse introdurre una forma di impugnazione straordinaria *ad hoc*, si tratterebbe pur sempre di una fattispecie aperta e connotata da dimensioni non prevedibili, dato che a priori i casi di intervento interpretativo del Plateau Kirchberg non sono ipotizzabili».

Ecco dunque che, forse a ragione, all'inizio di questo contributo è stata prospettata la difficoltà di individuare un criterio univoco in funzione del quale la Corte determina i casi che sfuggono dall'ambito di salvezza dell'autorità di cosa giudicata nazionale. Un orientamento di fondo, tuttavia, pare profilarsi in maniera pressoché stabile: laddove la violazione della norma europea cristallizzatasi nella sentenza definitiva lede i diritti dei privati discendenti dall'ordinamento dell'Unione, la Corte fa salva l'autorità del giudicato e fa ripiegare la tutela dei privati sul terreno della tutela risarcitoria. Al contrario, laddove la violazione lede il sistema dell'Unione stesso, nella misura in cui, a titolo di esempio, incide sulle competenze delle sue istituzioni, sul buon funzionamento del mercato, ecc., il giudicato deve cedere di fronte alle esigenze dell'integrazione.

Non sarebbe certo questo il primo esempio in cui la Corte di giustizia orienti la propria giurisprudenza in funzione dell'obiettivo dell'integrazione. D'altra parte, il ripiegare sulla tutela risarcitoria, in quei casi in cui vengono in discussione questioni economicamente misurabili, appare un'operazione che fa salvo il giudicato solo sul piano formale, ma ne annulla tutti gli effetti sul piano sostanziale. Come affermato in dottrina, procedendo in tal senso la portata precettiva della sentenza passata in giudicato viene, di fatto, rimossa¹⁰⁴. Il giudicato rimane allora un mero simulacro?

Valentina Petralia*

¹⁰³ P. BIAVATI, *Disapplicazione del giudicato interno per effetto del diritto dell'Unione europea?*, cit. *supra*, nota 102, p. 1567 ss.

¹⁰⁴ F. P. LUISSO, *La cedevolezza del giudicato*, cit. *supra*, nota 3, p. 17 ss.

* Professore Associato di Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Catania – Dipartimento di Scienze Umanistiche

SINTESI

L'articolo analizza la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di tangibilità del giudicato nazionale che integra una violazione delle norme dell'ordinamento dell'Unione europea. Dopo aver ripercorso le principali pronunce della Corte di giustizia, il contributo tenta di individuare i criteri (o la *ratio*) in virtù dei quali i giudici europei, in alcuni casi, abbiano fatto salva l'autorità della cosa giudicata nazionale. L'analisi condotta ha consentito di rilevare un orientamento di fondo nella giurisprudenza europea, la quale sacrifica il giudicato in funzione dell'obiettivo dell'integrazione e non anche in ragione delle istanze di tutela dei privati che vengono fatte ripiegare sulla tutela risarcitoria.

ABSTRACT

The article analyses the case-law of the Court of Justice of the European Union on the res judicata, when the final judicial decision is contrary to European Union law.

After reviewing the relevant case-law of the Court of Justice, the paper aims to identify the criteria (or the ratio) by virtue of which the European Judges have kept that res judicata had to be safeguarded, in some cases.

The analysis allows the author to disclose the jurisprudential guideline of the Court of Justice, which sacrifices the res judicata only in the light of the objective of integration and not also because of the protection of individuals who enjoy only the compensation.

**TUTELA DELLA SALUTE E LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE
DEI MEDICINALI: LA CORTE DI GIUSTIZIA HA STABILITO
IL DIVIETO, PER LE AZIENDE FARMACEUTICHE,
DI DISTRIBUIRE CAMPIONI OMAGGIO DI FARMACI
SOGGETTI A PRESCRIZIONE MEDICA AI FARMACISTI
AI QUALI, INVECE, È CONSENTITO DI BENEFICIARE
DELLA FORNITURA DI CAMPIONI GRATUITI
DI MEDICINALI DA BANCO**

**Corte di giustizia
Sentenza dell'11 giugno 2020 in causa n. C-786/18***

ratiopharm GmbH c. Novartis Consumer Health GmbH

**Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2001/83/Ce,
art. 96, par. 1 e 2 - Codice comunitario relativo ai medicinali per uso
umano -- Produzione, distribuzione, uso di medicinali Distribuzione
di campioni gratuiti di medicinali soggetti a prescrizione ai soli medici
- Esclusione dei farmacisti dal beneficio della loro distribuzione -
Inapplicabilità alla distribuzione di campioni gratuiti di medicinali
non soggetti a prescrizione.**

L'art. 96, par. 1, della direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario

* EU:C:2020:459. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu. In argomento, v. *infra*, p. 101 ss., il commento di *FEDERICO FORNI*.

DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI, FASC. 1-2/2021, PP. 99-100
© EDITORIALE SCIENTIFICA SRL

relativo ai medicinali per uso umano, come modificata dalla direttiva n. 2004/27/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, deve essere interpretato nel senso che non autorizza le aziende farmaceutiche a distribuire gratuitamente ai farmacisti campioni di medicinali soggetti a prescrizione. Per contro, detta disposizione non osta alla distribuzione gratuita ai farmacisti di campioni di medicinali non soggetti a prescrizione.

QUANDO IL CAMPIONE GRATUITO DI UN MEDICINALE COSTITUISCE UN'AZIONE INFORMATIVA RIVOLTA AL FARMACISTA?*

Sommario: *Introduzione - 1. I fatti del caso ratiopharm GmbH c. Novartis Consumer Health GmbH (causa n. C-786/18) - 2. Le conclusioni dell'Avvocato Generale - 2a. L'interpretazione letterale dell'art. 96, par. 1, della direttiva n. 2001/83/Ce - 2b. L'interpretazione contestuale e sistematica dell'art. 96, par. 1, della direttiva n. 2001/83/Ce - 2c. L'interpretazione teleologica dell'art. 96, par. 1, della direttiva n. 2001/83/Ce - 2d. L'ulteriore limitazione della distribuzione di campioni (art. 96, par. 2, della direttiva n. 2001/83/Ce) - 3. La sentenza della Corte di giustizia - 4. Conclusioni.*

Introduzione

Al momento dell'emanazione della direttiva n. 2001/83/Ce (Codice sui medicinali)¹ «si rende[va] necessario un ravvicinamento delle (...) disposizioni» nazionali (*considerando* n. 5) le quali, a causa delle differenze esistenti negli Stati membri, avevano «per effetto di ostacolare gli scambi dei medicinali nella Comunità, e (...) [determinavano], pertanto, un'incidenza diretta sul funzionamento del mercato interno» (*considerando* n. 4). L'esigenza di armonizzazione coinvolgeva anche le azioni promozionali dal momento che le difformità delle norme nazionali in materia «incid[eva]no sul funzionamento del mercato interno in quanto la pubblicità

* Le opinioni espresse in questo commento sono da attribuire esclusivamente all'A. e non impegnano in alcun modo la responsabilità della Commissione europea.

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, in *Guce* n. L 311 del 28 novembre 2001, p. 67 ss.

diffusa in uno Stato membro potrebbe avere effetti in altri Stati membri» (*considerando* n. 43).

Riprendendo il *considerando* n. 2, la Corte di giustizia ha ribadito che la «tutela della salute pubblica costituisce l'obiettivo essenziale della direttiva n. 2001/83/Ce»². Per il conseguimento di tale fine, il Codice sui medicinali ha quindi riunito «tutte le disposizioni in vigore per la vendita, la produzione, l'etichettatura, la classificazione, la distribuzione e la pubblicità di medicinali per uso umano nell'Unione», come sottolineato dall'Avvocato Generale Bot nelle conclusioni del caso *VIPA*³.

Relativamente a quest'ultimo aspetto, la direttiva n. 2001/83/Ce stabilisce che «[l]a pubblicità di un medicinale (...) deve favorire l'uso razionale» dello stesso (art. 87, par. 3, primo trattino), coerentemente con l'obiettivo di «tutela della sanità pubblica» (*considerando* n. 2) cui mira la normativa. Al fine di rafforzare la salvaguardia del consumatore dalla pubblicità ingannevole vietata dall'art. 87, par. 3, secondo trattino, il *considerando* n. 42 «fa (...) salva l'applicazione delle misure adottate in forza della direttiva n. 84/450/Cee»⁴.

Il titolo VIII (Pubblicità) della direttiva n. 2001/83/Ce (articoli da 86 a 88) tratta della pubblicità dei medicinali che è definita nell'art. 86, par. 1, come «qualsiasi azione d'informazione, di ricerca della clientela o di incitamento, intesa a promuovere la prescrizione⁵, la fornitura, la vendita o il consumo di medicinali» specificando le azioni alle quali si riferisce la nozione in un successivo elenco in cui figura al quarto posto (quarto trattino) «la fornitura di campioni di medicinali».

Il titolo VIII *bis* (Informazioni e pubblicità) del Codice sui medicinali (articoli da 88 *bis* a 100) disciplina le azioni indirizzate al pubblico (articoli 89 e 90), alle persone autorizzate a prescrivere o a fornire i medicinali (articoli da 91 a 95), la fornitura di campioni gratuiti (art. 96), le norme per il controllo da parte degli Stati membri (articoli 97 e 99) e del titolare

² Sentenza della Corte di giustizia del 2 aprile 2009 in causa n. C-421/07, Procedimento penale a carico di *Frede Damgaard*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 2629, *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, aprile 2009, EU:C:2009:222, punto 22.

³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Bot presentate il 12 giugno 2019 in causa n. C-222/18, *VIPA Kereskedelmi és Szolgáltató Kft. c. Országos Gyógyszerészeti és Élelmezés-egészségügyi Intézet*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, giugno 2019, EU:C:2019:482, punto 94.

⁴ Direttiva n. 84/450/Cee del Consiglio, del 10 settembre 1984, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità ingannevole, in *Guce* n. L 250 del 19 settembre 1984, p. 17 ss. Tale direttiva non è più attualmente in vigore ed è stata sostituita dalla direttiva n. 2006/114/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, concernente la pubblicità ingannevole e comparativa, in *Gu-Ue* n. L 376 del 27 dicembre 2006, p. 21 ss.

⁵ Si definisce «prescrizione medica: ogni ricetta medica rilasciata da un professionista autorizzato a prescrivere medicinali», art. 1, par. 19, della direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 1.

dell'autorizzazione all'immissione in commercio (art. 98) ed infine assoggetta alle stesse norme anche i medicinali omeopatici (art. 100). Sebbene gli articoli non chiariscano «il significato di ciascun termine [informazione e pubblicità], però viene rimarcato che vi può essere un'informazione sui farmaci non avente carattere pubblicitario»⁶. Infatti, l'art. 62 della direttiva n. 2001/83/Ce consente che l'imballaggio esterno e il foglietto illustrativo di un medicinale riportino «informazioni compatibili con il riassunto delle caratteristiche del prodotto, utili per l'educazione sanitaria, ad esclusione di qualsiasi elemento di carattere promozionale».

In questo ambito dove informazione e pubblicità, pur distinte, potrebbero sovrapporsi⁷, l'industria farmaceutica utilizza numerosi canali per far conoscere le indicazioni e le modalità di impiego dei propri prodotti. Tale compito contempla le visite di informatori scientifici in ospedali e ambulatori o, per i medicinali non soggetti a prescrizione, la pubblicità diretta ai consumatori mediante i mezzi radiotelevisivi e la stampa (giornali e riviste) che, secondo il *considerando* n. 45 del Codice sui medicinali «potrebbe, se eccessiva e sconsiderata, incidere negativamente sulla salute pubblica».

Un mezzo promozionale di non secondaria importanza è rappresentato dai campioni gratuiti di medicinali che l'art. 96, par. 1, della direttiva n. 2001/83/Ce stabilisce che possano essere forniti «a titolo eccezionale (...) solo alle persone autorizzate a prescriverli» nel rispetto delle condizioni elencate nello stesso paragrafo. La disposizione impone la consegna di «un numero limitato di campioni per ogni medicinale, per anno e per persona che lo prescrive» (lett. *a.*) dietro presentazione di una sua richiesta scritta (lett. *b.*). Al fine di garantire il rispetto di tali regole, l'industria deve disporre di «un adeguato sistema di controllo e di responsabilità» (lett. *c.*). Il saggio gratuito «non può essere più grande della confezione più piccola (...) in commercio» (lett. *d.*)⁸, deve «portare la dicitura “campione medicinale - vietata la vendita”» (lett. *e.*) al fine di evitare scambi fraudolenti e «deve essere accompagnato da una copia del riassunto delle caratteristiche del prodotto»⁹ (lett. *f.*) in considerazione del ruolo informativo che

⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale Colomer presentate il 18 novembre 2008 in causa n. C-421/07, Procedimento penale a carico di *Frede Damgaard*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 2629, *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, novembre 2008, EU:C:2008:632, punto 31.

⁷ Sulle differenze tra pubblicità e informazione sui medicinali si veda F. FORNI, *La pubblicità sui medicinali nella disciplina comunitaria: libertà di espressione, diritto di informazione o tutela del consumatore?*, in questa *Rivista*, 2010, p. 203 ss.

⁸ Art. 1, par. 69, 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, in *Gu-Ue* n. L 136 del 30 aprile 2004, p. 34 ss.

⁹ Per le informazioni contenute nel riassunto delle caratteristiche del prodotto si veda l'art. 11 della direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 1.

si prefigge la sua distribuzione. In ultimo, la disposizione non consente di fornire «alcun campione di medicinale contenente psicotropi o stupefacenti ai sensi delle convenzioni internazionali» (lett. g.) in considerazione del particolare regime cui è sottoposto il commercio di tale tipologia di farmaci.

L'art. 96, par. 2, del Codice sui medicinali consente agli Stati membri di adottare provvedimenti che limitino «ulteriormente la distribuzione di campioni di taluni medicinali». Il paragrafo sembra quindi indicare che le disposizioni del par. 1 sulla fornitura di saggi gratuiti rappresentano un'indicazione di minima che il legislatore nazionale può rendere più stringente.

La maggior tutela assicurata dal Codice sui medicinali alla popolazione rispetto alla protezione riservata agli operatori sanitari balza evidente osservando che la distribuzione di campioni alla classe medica è considerata come un ulteriore veicolo di aggiornamento al contrario della «distribuzione gratuita di campioni al pubblico a scopi promozionali» (*considerando* n. 46) che l'art. 88, par. 6, vieta non riconoscendo ai consumatori conoscenze specifiche che consentano loro di fare un uso autonomo e consapevole dei medicinali.

L'investimento economico effettuato dall'industria farmaceutica per la distribuzione di saggi gratuiti è indubbiamente notevole. In mancanza di dati più recenti, si può riferire che la letteratura riporta che nel 2004 sono stati spesi negli USA circa 16 miliardi di dollari per l'erogazione di campioni gratuiti¹⁰. Secondo la stessa fonte, tale somma rappresenta il doppio della cifra dedicata all'informazione dei medici ambulatoriali e il triplo del costo della pubblicità diretta presso i consumatori. Questi dati costituiscono l'evidenza dell'importanza attribuita dall'industria farmaceutica alla fornitura di saggi gratuiti.

Naturalmente, le aziende si augurano che gli oneri sostenuti per consentire ad operatori sanitari e pazienti di apprezzare i benefici conseguibili con i loro medicinali consentano loro di acquistarne la fiducia ed ottenere maggiori guadagni attraverso un incremento di prescrizioni e consumi. Oltre a questo scopo prettamente mercantile, le società rivendicano il loro impegno a divulgare con il loro investimento anche nozioni scientifiche utili alla terapia dei pazienti che necessitano di cure farmacologiche¹¹.

¹⁰ G. C. ALEXANDER - J. ZHANG e A. BASU, *Characteristics of Patients Receiving Pharmaceutical Samples and Association between Sample Receipt and Out-of-Pocket Prescription Costs*, in *Medical Care*, vol. 46, 2008, p. 394.

¹¹ G. K. SPURLING - P. R. MANSFIELD - B. D. MONTGOMERY - J. LEXCHIN - J. DOUST - N. OTHMAN e A. I. VITRY, *Information from Pharmaceutical Companies and the Quality, Quantity, and Cost of Physicians' Prescribing: A Systematic Review*, in *PLoS Medicine*, vol. 7, 2010, art. n. e1000352.

Giurisprudenza e dottrina hanno approfondito questa apparente dicotomia mettendo in luce i vantaggi e gli svantaggi derivanti della distribuzione dei saggi gratuiti. Le opinioni favorevoli hanno sottolineato la possibilità per i medici di effettuare prove per valutare gli effetti, l'efficacia e la tollerabilità di nuovi rimedi¹² prima di prescriverli ai pazienti e di evitare la non aderenza alla terapia collegata ai costi del farmaco nella popolazione con ridotte disponibilità economiche e precarie condizioni di salute¹³. L'encomiabile fine sociale non ha consentito di evitare la critica che l'utilizzo dei campioni gratuiti nella cura delle classi meno abbienti sia da considerare l'evidenza del fallimento delle politiche volte ad assicurare ad ogni persona la possibilità di curarsi a prezzi ragionevoli¹⁴. Tale visione si allinea al pensiero secondo il quale i saggi gratuiti non possono essere contemplati tra i «medicinali utilizzati nell'ordinaria attività sanitaria»¹⁵.

Ai vantaggi sopra esposti si contrappongono le opinioni di coloro che ritengono i campioni gratuiti in grado di influenzare la prescrizione¹⁶ favorendo i farmaci di marca a scapito dei medicinali generici¹⁷ con un conseguente aumento dei costi tale da comportare l'interruzione della terapia nei pazienti che non ne possono sopportare l'onere economico¹⁸. La maggiore spesa sanitaria sarebbe imputabile alla maggior propensione dei pazienti che hanno ricevuto i saggi a chiedere nuovamente la prescrizione dello stesso medicinale rispetto a quella di un medicinale generico meno costoso e ad una loro minor disposizione verso l'interruzione della terapia¹⁹.

¹² A. ALIKHAN - M. SOCKOLOV - R. T. BRODELL e S. R. FELDMAN, *Drug samples in dermatology: special considerations and recommendations for the future*, in *Journal of American Academy of Dermatology*, vol. 62, 2010, p. 1053 ss.

¹³ J. TJIA - B. A. BRIESACHER - S. B. SOUMERAI - M. PIERRE-JACQUES - F. ZHANG - D. ROSS-DEGNAN e J. H. GURWITZ, *Medicare beneficiaries and free prescription drug samples: a national survey*, in *Journal of General Internal Medicine*, vol. 23, 2008, p. 709 ss. Nella giurisprudenza italiana si veda Cass. pen., sez. VI, sentenza n. 35801 del 23 giugno 2015 («Tali campioncini, precisava ancora la responsabile del poliambulatorio, non avrebbero potuto essere ceduti ai pazienti, salvo che il medico avesse ritenuto di darli a persone bisognose»).

¹⁴ *Competitive Problems in the Drug Industry, Hearings Before the Subcommittee of the Select Committee on Small Business*, U.S. Senate, 90th Congress - 2nd session and 91st Congress - 1st session on *Present Status of Competition in Pharmaceutical Industry*, Part 10, US Congress Printing Office, Washington D.C., 1969, p. 5418.

¹⁵ L. MALDONATO, *Risponde del delitto di peculato l'infermiere che cede ad un terzo campioni "ridotti" gratuiti di medicinali*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, vol. 4, 2015, p. 1592.

¹⁶ R. F. ADAIR - L. R. HOLMGREN, *Do drug samples influence resident prescribing behavior? A randomized trial*, in *American Journal of Medicine*, vol. 118, 2005, p. 881 ss.

¹⁷ C. B. SUFRIN - J. S. ROSS, *Pharmaceutical industry marketing: understanding its impact on women's health*, in *Obstetrical & Gynecological Survey*, vol. 63, 2008, p. 585 ss.

¹⁸ W. R. VINCENT - A. M. WIESNER e D. STEINKE, *"Free" prescription drug samples are not free*, in *American Journal of Public Health*, vol. 98, 2008, p. 1348 ss.

¹⁹ M. A. HURWITZ - R. E. CAVES, *Persuasion or information? Promotion and the shares of brand name and generic pharmaceuticals*, in *Journal Law and Economics*, vol. 31, 1988, p.

Numerose sono le controversie riguardanti la pubblicità dei medicinali sulle quali la Corte di giustizia è stata chiamata ad esprimersi²⁰, ma solo un caso aveva avuto come oggetto la problematica dei campioni gratuiti²¹. La sentenza aveva stabilito che la distribuzione al pubblico di tale bene promozionale per estrazione a sorte non era conforme al diritto dell'Unione in quanto tale prassi era foriera di incoraggiare l'uso irrazionale del farmaco da parte del consumatore²².

Come nel caso precedente, la sentenza qui commentata verte sui destinatari dei saggi medicinali e più precisamente sulla possibilità che essi siano forniti gratuitamente ai farmacisti. Al di là delle specifiche questioni pregiudiziali, la diatriba rappresenta «una nuova opportunità per la Corte di pronunciarsi sulla questione del bilanciamento delle esigenze, da una parte, delle aziende farmaceutiche in termini di promozione dei beni da esse prodotti e, dall'altra, del personale sanitario costituito in questo caso essenzialmente dai medici e dai farmacisti in termini di informazioni obiettive sui prodotti che essi possono prescrivere o fornire»²³.

299 ss., e A. RIZZO, *Advertising and competition in the ethical pharmaceutical industry: the case of antihypertensive drugs*, in *Journal Law and Economics*, vol. 42, 1999, p. 89 ss.

²⁰ Sentenze della Corte di giustizia del 10 novembre 1994 in causa n. C-320/93, *Lucien Ortscheit GmbH c. Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 5243, *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, novembre 1994, EU:C:1994:379; dell'11 dicembre 2003 in causa n. C-322/01, *Deutscher Apothekerverband eV c. 0800 DocMorris NV e Jacques Waterval*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 14887, *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, dicembre 2013, EU:C:2003:664; dell'8 novembre 2007 in causa n. C-143/06, *Ludwigs - Apotheke München Internationale Apotheke c. Juers Pharma Import-Export GmbH*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 9623, *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, novembre 2007, EU:C:2007:656; del 5 maggio 2011 in causa n. C-249/09, *Novo Nordisk AS c. Ravimiamet*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 3155, *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, maggio 2011, EU:C:2011:272; del 5 maggio 2011 in causa n. C-316/09, *MSD Sharp & Dohme GmbH c. Merckle GmbH*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 3249, *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, maggio 2011, EU:C:2011:275, entrambe con commento di F. FORNI, *Due recenti sentenze chiariscono il ruolo del riassunto delle caratteristiche del prodotto e del foglietto illustrativo nell'informazione e nella pubblicità sui medicinali*, in questa *Rivista*, 2012, p. 37 ss.; del 16 luglio 2015 in cause riunite n. C-544/13 e n. C-545/13, *Abcur AB c. Apoteket Farmaci AB e Apoteket AB*, *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, luglio 2015, EU:C:2015:481.

²¹ Sentenza della Corte di giustizia del 8 novembre 2007 in causa n. C-374/05, *Gintec International Import-Export GmbH e Verband Sozialer Wettbewerb eV*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 9517, *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, novembre 2007, EU:C:2007:654.

²² Sentenza della Corte di giustizia del 8 novembre 2007 in causa n. C-374/05, *Gintec International Import-Export GmbH e Verband Sozialer Wettbewerb eV*, *loc. cit.*, punto 59.

²³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Pitruzzella presentate il 30 gennaio 2020 in causa n. C-786/18, *ratiofarm GmbH c. Novartis Consumer Health GmbH*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, gennaio 2020, EU:C:2020:57, punto 16.

1. I fatti del caso *Ratiopharm GmbH c. Novartis Consumer Health GmbH* (causa n. C-786/18)²⁴

La vertenza ha origine nel 2013 in seguito alla fornitura gratuita alle farmacie di confezioni da 100 g di un gel antidolorifico (*Diclo-ratiopharm-Schmerzgel*) contenente il principio attivo diclofenac sul cui imballaggio esterno la ditta produttrice (*Ratiopharm GmbH*, d'ora in poi *ratiopharm*) aveva apposto la dicitura «a scopo dimostrativo» («zu Demonstrationszwecken»). Un'industria concorrente (*Novartis Consumer Health GmbH*, d'ora in poi *Novartis*), produttrice anch'essa di un gel a base di diclofenac (*Voltaren Schmerzgel*), adiva il *Landgericht (LG) Frankfurt am Main* (Tribunale di prima istanza di Francoforte sul Meno) ravvisando nella distribuzione del saggio dimostrativo alle farmacie la violazione dell'art. 47, par. 3, della legge nazionale sul commercio dei medicinali (*Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln - Arzneimittelgesetz* - in seguito AMG)²⁵ che non contempla i farmacisti tra i possibili destinatari di campioni gratuiti. Inoltre, secondo *Novartis*, la condotta di *ratiopharm* costituiva un'elargizione di un omaggio a scopo promozionale vietata dall'art. 7, par. 1, della legge tedesca per il rafforzamento dell'offerta di farmaci e ausili medici (*Gesetz über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens - Heilmittelwerbeengesetz* - in seguito HWG)²⁶. Il Tribunale di prima istanza, accogliendo la domanda presentata da *Novartis*, imponeva a *ratiopharm* di interrompere la fornitura gratuita ai farmacisti di saggi del gel antidolorifico con la dicitura «a scopo dimostrativo»²⁷.

L'*Oberlandesgericht (OLG) Frankfurt am Main* (Corte di appello di Francoforte sul Meno) ha respinto il successivo appello di *ratiopharm* osservando che l'art. 47, par. 3, AMG non elenca i farmacisti tra gli operatori sanitari ai quali le industrie farmaceutiche possono fornire campioni medicinali²⁸. Secondo i giudici d'appello, la disposizione nazionale riflette

²⁴ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 giugno 2020 in causa n. C-786/18, *ratiopharm GmbH c. Novartis Consumer Health GmbH*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, giugno 2020, EU:C:2020:459, punto 17 ss. e le relative conclusioni dell'Avvocato Generale Pitruzzella presentate il 30 gennaio 2020, *cit. supra*, nota 23, punti 8 ss.; v. anche OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 29 September 2016, 6 U 161/15. Si veda infine il documento di lavoro reperibile al sito internet <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=220204&pageIndex=0&doclang=it&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4104043>.

²⁵ Arzneimittelgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3394), das zuletzt durch Artikel 18 des Gesetzes vom 20. November 2019 (BGBl. I S. 1626) geändert worden ist.

²⁶ Heilmittelwerbeengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3068), das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 9. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2562) geändert worden ist.

²⁷ LG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 30. Juli 2015, 2-03 O 473/14.

²⁸ OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 29 September 2016, *loc. cit.*

l'art. 96, par. 1, della direttiva n. 2001/83/Ce il quale non prevede i farmacisti tra i destinatari di campioni gratuiti di medicinali. Comunque, un'interpretazione di segno opposto, propensa ad includere i farmacisti nella norma dell'Unione, non sarebbe sufficiente a confutare la conformità dell'art. 47, par. 3, AMG con il diritto Ue dal momento che l'art. 96, par. 2, del Codice sui medicinali consente agli Stati membri di adottare misure più restrittive sulla distribuzione di saggi. Il giudice d'appello non ha ritenuto che il fine di permettere ai farmacisti di esaminare odore e consistenza del gel²⁹ costituisca un motivo valido per interpretare in modo diverso la disposizione nazionale e la norma dell'Unione.

Il *Bundesgerichtshof* (BGH) (Corte federale di giustizia), investito della questione, ha stabilito che l'art. 47, par. 3, AMG dovesse essere valutato alla luce della normativa Ue³⁰. I giudici del BGH hanno osservato che la formulazione dell'art. 96 del Codice sui medicinali, non essendo identica in tutte le versioni linguistiche, non consente di affermare con sicurezza che i farmacisti non possono essere destinatari di campioni medicinali. D'altra parte, il BGH non rileva motivi per escludere questi professionisti in considerazione del fatto che essi, come i medici, necessitano di essere informati sui nuovi preparati al fine di trasferire ai clienti le nozioni e le esperienze acquisite come disposto dal *considerando* n. 51 della direttiva n. 2001/83/Ce³¹. Inoltre, i giudici tedeschi hanno obiettato che un'interpretazione dell'art. 96, par. 1, della direttiva n. 2001/83/Ce che escludesse i farmacisti dall'accesso ai saggi gratuiti, contrasterebbe con l'art. 94 della stessa direttiva che vieta di promuovere «i medicinali presso persone autorizzate (...) a fornirli [i farmacisti], (...) concede[ndo], offr[endo] o promette[ndo] (...) premi, vantaggi pecuniari o in natura, salvo che siano di valore trascurabile o rientrino nella prassi corrente in campo medico o farmaceutico». Il BGH ha in ultimo fatto presente che qualora la norma riconoscesse i farmacisti quali destinatari di campioni medicinali, l'esclusione operata dall'art. 47, par. 3, AMG non sarebbe sostenuta dall'art. 96,

²⁹ *Ratiopharma* aveva dichiarato di aver ceduto i campioni gratuiti ai farmacisti per consentire loro di constatare il miglioramento delle caratteristiche organolettiche che avevano criticato nella precedente formulazione del medicinale. Si veda *Bundesgerichtshof* (BGH), Beschluss vom 31. Oktober 2018, I ZR 235/16, DE:BGH:2018:311018BIZR235.16.0, punto 31: «Die Beklagte hat geltend gemacht, sie habe die streitgegenständlichen Packungen kostenlos an Apotheken geliefert, nachdem das Vorgängerprodukt aufgrund des Geruchs und schlechter Verteilbarkeit des Gels von Apothekern bemängelt worden sei».

³⁰ *Bundesgerichtshof* (BGH), Beschluss vom 31. Oktober 2018, *loc. cit.*

³¹ *Considerando* n. 51 della direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 1: «È opportuno prevedere la possibilità di offrire campioni gratuiti di medicinali, nel rispetto di determinati requisiti restrittivi, alle persone autorizzate a prescrivere o a fornire medicinali affinché possano familiarizzarsi con le novità farmaceutiche ed acquisire esperienza circa il loro impiego».

par. 2, della direttiva n. 2001/83 in quanto la formulazione di tale paragrafo si riferisce a «taluni medicinali» senza accennare ai destinatari.

In base a queste considerazioni, i giudici di Karlsruhe si sono rivolti in via pregiudiziale alla Corte di giustizia per avere alcuni chiarimenti al fine di risolvere i punti di incertezza relativi all'art. 96, par. 1 e 2, della direttiva n. 2001/83/Ce.

In breve, il BGH intendeva appurare se l'art. 96, par. 1, del Codice sui medicinali³² consentisse la consegna di campioni gratuiti recanti sulla confezione esterna la dicitura «a scopo dimostrativo» qualora essi fossero destinati ad essere provati dal farmacista e non fossero distribuiti ai pazienti. Nel caso di risposta positiva alla prima questione pregiudiziale, i giudici nazionali intendevano appurare se l'art. 96, par. 2, della direttiva n. 2001/83/Ce³³ consentisse che l'art. 47, par. 3, AMG contenesse una disposizione di senso opposto che impedisse, cioè, la fornitura dei campioni alle persone autorizzate a distribuirli.

2. Le conclusioni dell'Avvocato Generale

L'Avvocato Generale sviluppa le sue conclusioni applicando diversi metodi interpretativi all'analisi sulla disciplina relativa alla fornitura dei campioni gratuiti. Questo *modus operandi* ha permesso la presentazione di un'esaustiva disamina non circoscritta al solo caso particolare in esame. In tale modo, infatti, siamo in possesso di un'approfondita visione degli aspetti giuridici relativi alla cessione di campioni ai farmacisti, argomento di un certo interesse come sembra trasparire dal numero delle parti intervenute davanti alla Corte di giustizia³⁴.

2.a L'interpretazione letterale dell'art. 96, par. 1, della direttiva n. 2001/83/Ce

L'Avvocato Generale si mostra fin dall'inizio restio ad accettare l'idea che il testo dell'art. 96, par. 1, della direttiva n. 2001/83/Ce sia da considerarsi “aperto” in modo da consentire di includere anche i farmacisti tra i

³² Art. 96, par. 1, direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 1: «Possono essere consegnati a titolo eccezionale campioni gratuiti solo alle persone autorizzate a prescriberli».

³³ Art. 96, par. 2, direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 1: «Gli Stati membri possono limitare ulteriormente la distribuzione di campioni di taluni medicinali».

³⁴ Oltre alle parti interessate (*ratiopharm* e *Novartis*), sono infatti intervenuti i governi tedesco, ellenico, italiano, polacco e la Commissione europea.

destinatari dei campioni gratuiti³⁵. La sua convinzione trova origine nella prima frase del par. 1 di tale articolo che recita testualmente che «[p]ossono essere consegnati a titolo eccezionale campioni gratuiti solo alle persone autorizzate a prescriverli». Oltre alla versione italiana, anche le formulazioni in quasi tutte le lingue dell'Unione (venti)³⁶ dell'art. 96, par. 1, del Codice sui medicinali individuano in tale modo incontrovertibile solo le persone autorizzate a prescrivere i farmaci (medici) come i destinatari dei campioni gratuiti di medicinali e non fanno alcun riferimento alle persone autorizzate a fornirli (farmacisti)³⁷. La certezza potrebbe vacillare dopo aver osservato che i testi greco e polacco dello stesso paragrafo includono anche le persone autorizzate a fornire i medicinali oltre ai professionisti autorizzati a prescriverli³⁸. Una semplice divergenza linguistica non costituisce tuttavia una valida base per sostenere o per smentire con convinzione nessuna tesi. Nello stesso tempo, una logica di natura non giuridica indurrebbe a supporre che due sole versioni a favore della distribuzione dei saggi ai farmacisti contro venti contrarie potrebbero rappresentare un'anomalia la cui origine non è facilmente identificabile. Tuttavia, «la necessità che le norme comunitarie siano interpretate in modo uniforme esclude la possibilità di prendere in considerazione un solo testo ed impone invece, in caso di dubbio, di interpretarlo e di applicarlo alla luce dei testi redatti nelle altre lingue»³⁹. In questa situazione di apparente incertezza, la corretta interpretazione della norma può essere raggiunta solo ricorrendo a prove più concrete e convincenti.

Un valido motivo che può privilegiare la tesi maggioritaria che escluderebbe dai destinatari i farmacisti è rinvenibile nei requisiti restrittivi descritti alla lett. *a.* («per persona che lo prescrive») e alla lett. *b.* («da parte di chi prescrive») dell'art. 96, par. 1, della direttiva n. 2001/83/Ce. Tali in-

³⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale Pitruzzella in causa n. C-786/18, *ratiopharm GmbH c. Novartis Consumer Health GmbH*, *cit. supra*, nota 23, punto 23.

³⁶ «L'articolo 96, paragrafo 1, prima frase, della direttiva n. 2001/83/Ce si riferisce alle “Verschreibung berechtigten Personen”; alle “persone autorizzate a prescrivere[e]” nella versione in lingua italiana; alle “persons qualified to prescribe” nella versione in lingua inglese, e alle “personas facultadas para prescribir” nella versione in lingua spagnola», conclusioni dell'Avvocato Generale Pitruzzella in causa n. C-786/18, *ratiopharm GmbH c. Novartis Consumer Health GmbH*, *loc. cit.*, nota 4. Anche le versioni in lingua bulgara, ceca, croata, danese, estone, finlandese, lettone, lituana, olandese, maltese, portoghese, rumena, slovacca, slovena, svedese e ungherese fanno riferimento solo alle persone autorizzate a prescrivere.

³⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale Pitruzzella in causa n. C-786/18, *ratiopharm GmbH c. Novartis Consumer Health GmbH*, *loc. ult. cit.*, punto 23.

³⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale Pitruzzella in causa n. C-786/18, *ratiopharm GmbH c. Novartis Consumer Health GmbH*, *ivi*, punto 25.

³⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 27 marzo 1990 in causa n. C-372/88, *Milk Marketing Board of England and Wales c. Cricket St. Thomas Estate*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 1345, *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, marzo 1990, EU:C:1990:140, punto 19.

dicazioni, presenti in tutte le versioni linguistiche, comprese quella greca e polacca, consentono di escludere la legittimità della fornitura ai farmacisti dei saggi gratuiti dal momento che in nessuna lingua la formulazione dell'art. 96, par. 1, lett. *a.* e *b.*, menziona le persone che forniscono i medicinali⁴⁰.

A questa interpretazione sembra, tuttavia, opporsi la lettera del *considerando* n. 51 del Codice sui medicinali che estende la distribuzione di campioni gratuiti anche ai farmacisti⁴¹.

Una decina di anni orsono, l'Avvocato Generale Mengozzi aveva proposto di prendere in considerazione i *considerando* degli atti di diritto derivato allo scopo di superare il valore ridotto del senso letterale quando le formulazioni della norma nelle varie lingue non consentissero di ottenere un'interpretazione univoca della disposizione⁴². Tuttavia, la Corte di giustizia ha stabilito che «il preambolo di un atto di diritto dell'Unione non ha valore giuridico vincolante e non può essere fatto valere né per derogare alle disposizioni stesse dell'atto interessato né al fine di interpretare tali disposizioni in un senso manifestamente in contrasto con la loro formulazione»⁴³. Dal momento che il *considerando* n. 51 è «manifestamente in

⁴⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Pitruzzella in causa n. C-786/18, *ratiopharm GmbH c. Novartis Consumer Health GmbH*, *cit. supra*, nota 23, punto 27.

⁴¹ *Considerando* n. 51 della direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 31.

⁴² Conclusioni dell'Avvocato Generale Mengozzi presentate il 20 novembre 2008 in causa C-430/07, *Exportslachterij J. Gosschalk & Zoon BV c. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 5367, *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, novembre 2008, EU:C:2008:646, punti 59 («Vero è che la seconda frase del primo comma dell'art. 2, n. 2, del regolamento n. 2777/2000 è di incerta interpretazione letterale, dato che la sua formulazione è disomogenea nelle diverse versioni linguistiche del regolamento, soprattutto in ragione del diverso uso della punteggiatura») e 63 («Decisiva ai fini dell'interpretazione della finalità di quel riferimento mi sembra allora la presa in considerazione del già citato terzo "considerando" del regolamento n. 2777/2000»).

⁴³ Sentenze della Corte di giustizia del 6 ottobre 1982 in causa n. 283/81, *Srl CILFIT e Lanificio di Gavardo SpA c. Ministero della sanità*, in *Raccolta*, 1982, I, p. 3415, *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, ottobre 1982, EU:C:1982:335, punto 18, con commento di E. GIRINO, in questa *Rivista*, 1985, p. 567 ss.; del 19 novembre 1998 in causa n. C-162/97, *Procedimento penale a carico di Gunnar Nilsson, Per Olov Hagelgren e Solweig Arrborn*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 7477, *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, novembre 1998, EU:C:1998:554, punto 54; del 25 novembre 1998 in causa n. C-308/97, *Giuseppe Manfredi c. Regione Puglia*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 7685, *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, novembre 1998, EU:C:1998:566, punto 30 («il detto "considerando" non può essere fatto valere al fine di interpretare l'art. 6, n. 1, del regolamento n. 822/87, quale modificato dal regolamento n. 1325/90, in un senso manifestamente in contrasto con la sua formulazione»); del 24 novembre 2005 in causa n. C-136/04, *Deutsches Milch-Kontor GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 10095, *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, novembre 2005, EU:C:2005:716, punto 32; del 19 giugno 2014 in causa n. C-345/13, *Karen Millen Fashions Ltd c. Dunnes Stores e Dunnes Stores (Limerick) Ltd*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, giugno 2014, EU:C:2014:2013, punto 31; del 13 settembre 2018 in causa n. C-287/17, *Česká pojišťovna a.s. c. WCZ spol. s r.o.*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, settembre 2018, EU:C:2018:707, punto 33, e del 13 marzo 2019 in causa n. C-647/17, *Srf konsulterna c. Srf konsulterna AB*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, marzo 2019, EU:C:2019:195, punto 32.

contrasto con la (...) formulazione» dell'art. 96, par. 1, della direttiva n. 2001/83/Ce, il suo enunciato non può costituire un elemento decisivo per l'interpretazione della norma.

L'esclusione dei farmacisti dalla possibilità di fruire di saggi gratuiti non può sostenersi in base ad una valutazione "aperta" dell'art. 96, par. 1, del Codice sui medicinali o essere messa in discussione né dalle divergenze nelle versioni linguistiche né dal *considerando* n. 51 privo di valore giuridico vincolante. Alcune perplessità suscita pure la tesi che la distribuzione di saggi gratuiti ai farmacisti è estranea all'ambito di applicazione del Codice dei medicinali come da alcuni sostenuto in base all'argomentazione che tale tipologia di fornitura non è disciplinata dall'art. 96, par. 1, della direttiva n. 2001/83/Ce⁴⁴.

In questa situazione, l'Avvocato Generale, pur convinto «[d]alla logica interna all'articolo (...) che la distribuzione di campioni gratuiti di medicinali è stata concepita dal legislatore dell'Unione come destinata soltanto alle persone autorizzate a prescrivere i medicinali», decide di approfondire l'analisi alla ricerca di un'interpretazione univoca fondata sull'impianto sistematico e sulle finalità del Codice sui medicinali⁴⁵.

Questa posizione, dettata dalla necessità di un'applicazione uniforme della norma, è coerente con la giurisprudenza della Corte di giustizia secondo la quale, oltre a confrontare le differenti versioni⁴⁶, nei casi di divergenze linguistiche occorre interpretare il testo «in funzione del sistema e della finalità della normativa di cui (...) [la disposizione] fa parte»⁴⁷.

⁴⁴ Conclusioni dell'Avvocato Generale Pitruzzella in causa n. C-786/18, *ratiopharm GmbH c. Novartis Consumer Health GmbH*, cit. *supra*, nota 23, punto 23.

⁴⁵ *Ivi*, punto 27.

⁴⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 27 marzo 1990 in causa n. C-372/88, *Milk Marketing Board of England and Wales c. Cricket St. Thomas Estate*, cit. *supra*, nota 39, punto 19.

⁴⁷ Sentenze della Corte di giustizia del 27 ottobre 1977 in causa n. 30/77, *Regina c. Pierre Bouchereau*, in *Raccolta*, 1977, p. 1999, *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, ottobre 1977, EU:C:1977:172, punto 14; del 12 novembre 1998 in causa C-149/97, *The Institute of the Motor Industry c. Commissioners of Customs and Excise*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 7053, *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, novembre 1998, EU:C:1998:536, punto 16, annotata in questa *Rivista*, 1999, p. 467; del 9 ottobre 2008 in causa n. C-239/07, *Julius Sabatauskas e a.*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 7523, *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, ottobre 2008, EU:C:2008:551, punti 38 e 39; del 25 marzo 2010 in causa n. C-451/08, *Helmut Müller c. Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 2673, *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, marzo 2010, EU:C:2010:168, punto 38; del 13 giugno 2013 in causa n. C-125/12, *Promociones y Construcciones BJ 200 SL*, *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, giugno 2013, EU:C:2013:392, punto 22; del 17 marzo 2016 in causa C-112/15, *Kødbranchens Fællesråd c. Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri e Fødevarestyrelsen*, *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, marzo 2016, EU:C:2016:185, punto 36; del 12 settembre 2019 in causa C-709/17 P, *Commissione europea c. Kolachi Raj Industrial (Private) Ltd*, *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, settembre 2019, EU:C:2019:717, punto n. 88; del 23 gennaio 2020 in causa n. C-29/19, *ZP c. Bundesagentur für Arbeit*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, gennaio 2020, EU:C:2020:36, punto 48.

2.b *L'interpretazione contestuale e sistematica dell'art. 96, par. 1, della direttiva n. 2001/83/Ce*

Al fine di confermare l'interpretazione letterale, l'Avvocato Generale approfondisce «(...) l'analisi del contesto in cui si inserisce l'articolo 96, paragrafo 1, della direttiva [n.] 2001/83/[Ce] e, in particolare, del suo ambiente immediato»⁴⁸.

L'indagine si incentra sul fatto incontestabile che la «fornitura di campioni di medicinali» costituisce una forma di pubblicità essendo tale voce inserita nell'art. 86, par. 1, quarto trattino, della direttiva n. 2001/83/Ce⁴⁹. La distribuzione gratuita a scopo promozionale non costituisce tuttavia una forma di «incitamento a prescrivere o a fornire medicinali mediante la concessione, l'offerta o la promessa di vantaggi pecuniari o in natura ad eccezione di oggetti di valore intrinseco trascurabile» (art. 86, par. 1, quinto trattino). Tale divieto di «concedere, offrire o promettere (...) premi, vantaggi pecuniari o in natura, salvo che siano di valore trascurabile o rientrino nella prassi corrente in campo medico o farmaceutico» è ribadito dall'art. 94, par. 1, del Codice sui medicinali.

Una sola confezione – o un limitato numero di confezioni – di un medicinale ha di norma un modesto valore venale pur concordando con Pitruzzella che «non si può escludere che esso [il valore intrinseco del campione distribuito gratuitamente] non sia necessariamente “trascurabile”, tenuto conto della grande varietà di medicinali dai prezzi altrettanto vari»⁵⁰.

In verità, il significato dell'aggettivo «trascurabile» appare alquanto vago per essere traslato in termini concreti ai rapporti che possono intercorrere tra industria ed operatori sanitari potendo la valutazione essere influenzata da situazioni personali. Il valore venale di un omaggio può essere irrisorio per un professionista affermato, mentre può non apparire insignificante agli occhi di un giovane medico agli inizi di carriera. Tale soggettività è evitata nella formulazione del *Physician Payments Sunshine Act* approvato nel 2010 dal Congresso degli Stati Uniti allo scopo di migliorare la trasparenza nei rapporti finanziari tra i professionisti della salute e le imprese produttrici di medicinali o di dispositivi medici. Il punto 10, sottosezione B (i), di tale atto esenta le aziende dal dichiarare ai *Centers for Medicare and Medicaid Services* i compensi versati sotto qualsiasi forma ad un sanitario se il loro totale non ha superato nell'anno solare i 100 USD⁵¹.

⁴⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale Pitruzzella in causa n. C-786/18, *ratiopharm GmbH c. Novartis Consumer Health GmbH*, cit. *supra*, nota 23, punto 29.

⁴⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Pitruzzella in causa n. C-786/18, *ratiopharm GmbH c. Novartis Consumer Health GmbH*, loc. cit., punto 30.

⁵⁰ *Ivi*, nota 20.

⁵¹ *Physician Payments Sunshine Act*, S. 301, 10, subsection B (i), p. 18, riga 17 ss. La

È interessante notare l'esistenza di tre versioni linguistiche dell'ultima parte dell'art. 94, par. 1, della direttiva n. 2001/83/Ce. La lettera della formulazione italiana («salvo che [i vantaggi] siano di valore trascurabile o rientrino nella prassi corrente in campo medico o farmaceutico»), uguale nel significato a quelle olandese e ungherese, sembrerebbe non porre limiti al valore di «premi, vantaggi pecuniari o in natura» quando essi siano comunemente utilizzati in campo medico o farmaceutico.

La versione spagnola («con excepción de aquellas que tengan un valor insignificante y que sean irrelevantes para la práctica de la medicina o la farmacia») e francese («à moins que ceux-ci ne soient de valeur négligeable et n'aient trait à l'exercice de la médecine ou de la pharmacie»), come pure le versioni in lingua bulgara, finlandese e portoghese («excepto quando se trate de objectos de valor insignificante e não estejam relacionados com a prática da medicina ou da farmacologia») sembrano consentire la consegna di omaggi di valore irrisorio purché estranei alla pratica professionale. In queste formulazioni, il saggio gratuito non sembra costituire una fattispecie disciplinata dall'art. 94, par. 1, del Codice sui medicinali.

Al contrario, l'ultima parte dell'art. 94, par. 1, del Codice sui medicinali in lingua inglese («unless they are inexpensive and relevant to the practice of medicine or pharmacy»), tedesca («es sei denn, sie sind von geringem Wert und für die medizinische oder pharmazeutische Praxis von Belang») e in tutte le rimanenti lingue sembrano ammettere la consegna di oggetti di modico valore purché collegati alla professione sanitaria esercitata seguendo una logica che vorrebbe, ad esempio, i ricettari indicati per tutti i medici, mentre i bicchieri monouso maggiormente appropriati per gli odontoiatri, gli abbassalingua per gli otorinolaringoiatri, ecc.

In tutte le versioni, comunque, la congiunzione «o» tra medicina e farmacia («in campo medico o farmaceutico») ha per l'analisi logica la funzione di dividere i vantaggi in due tipologie: la prima di competenza della classe medica, la seconda di quella dei farmacisti. Questo quadro interpretativo non risolve tuttavia il problema dei saggi gratuiti sebbene, in base a questa lettura, non costituiscono sicuramente una prerogativa di entrambi gli ambiti, ma sembrano riservati ad uno solo dei due.

subsection A della stessa disposizione stabilisce che «[t]he term “payment or other transfer of value” means a transfer of anything of value and includes (...) without limitation, any compensation, gift, honorarium, speaking fee, consulting fee, travel, services, dividend, profit distribution, stock or stock option grant, or ownership or investment interest». In Italia, l'art. 4, comma 5, del Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'art. 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (decreto del Presidente della Repubblica del 16 aprile 2013, n. 62, in *Guri* n. 129 del 4 giugno 2013) quantifica il valore massimo di un vantaggio stabilendo che «per regali o altre utilità di modico valore si intendono quelle di valore non superiore, in via orientativa, a 150 euro, anche sotto forma di sconto».

L'Avvocato Generale focalizza l'attenzione sul fatto che la fornitura di campioni impone una valutazione restrittiva dell'art. 96 della direttiva n. 2001/83/Ce dal momento che la loro cessione costituisce una deroga alla proibizione generale di offrire «vantaggi (...) in natura» stabilita dall'art. 94, par. 1, di tale direttiva⁵². Il ragionamento è rafforzato dall'osservazione che la lettera dell'art. 96, par. 1, indica chiaramente che i campioni gratuiti «[p]ossono essere consegnati a titolo eccezionale».

A parere dell'Avvocato Generale Pitruzzella, il fatto che il legislatore abbia elencato dapprima quali azioni siano definibili come messaggio pubblicitario (titolo VIII - Pubblicità), successivamente i destinatari di tale avvisi (titolo VIII *bis* - Informazioni e pubblicità) (articoli 89 e 90: pubblico; articoli 91 e 92: persone autorizzate a prescrivere o a fornire i medicinali) e in ultimo la formazione (art. 93) e il comportamento degli informatori scientifici durante le visite presso dette persone (articoli 94 e 95) non può essere considerato un costrutto accidentale, ma costituisce l'evidenza del filo logico consciamente seguito nel disciplinare la materia. L'osservazione è confermata dalla posizione dell'art. 96 che costituisce l'ultima disposizione che disciplina le attività promozionali sui medicinali prima della definizione dei doveri degli Stati membri e dei titolari dell'autorizzazione all'immissione in commercio in materia (articoli da 97 a 99).

In altre parole, lo sviluppo del titolo VIII *bis* del Codice sui medicinali costituisce già di per sé l'evidenza che il mancato inserimento dei farmacisti tra i destinatari di saggi gratuiti di medicinali non costituisce «né un caso, né una dimenticanza, né un'imprecisione»⁵³. L'insieme degli indizi consente di classificare i saggi gratuiti come una forma promozionale distinta rispetto al regime generale normato dal titolo VIII *bis* contribuendo a stabilire che il legislatore abbia inteso i campioni come un mezzo promozionale diretto soltanto verso le persone autorizzate a prescrivere i medicinali.

Quindi, la lettera dell'art. 96, par. 1, lett. *a.* e *b.*, della direttiva n. 2001/83/Ce è chiaramente rivolta a «chi prescrive» il medicinale. Tale conclusione trova conferma anche dal contesto nel quale la disposizione è inserita rafforzando l'interpretazione che la distribuzione di campioni di medicinali è riservata esclusivamente alle persone autorizzate a prescriberli⁵⁴.

⁵² Conclusioni dell'Avvocato Generale Pitruzzella in causa n. C-786/18, *ratiopharm GmbH c. Novartis Consumer Health GmbH*, cit. *supra*, nota 23, nota 32.

⁵³ *Ivi*, punto 33.

⁵⁴ *Ibidem*.

2.c *L'interpretazione teleologica dell'art. 96, par. 1, della direttiva n. 2001/83/Ce*

L'Avvocato Generale inizia il suo ragionamento rammentando che la Corte di giustizia, riprendendo la formulazione del *considerando* n. 2 della direttiva n. 2001/83/Ce, ha stabilito che «la pubblicità per i medicinali può nuocere alla salute pubblica la cui tutela costituisce l'obiettivo essenziale della direttiva»⁵⁵. «Tuttavia questo scopo deve essere raggiunto avvalendosi di mezzi che non ostacolino lo sviluppo dell'industria farmaceutica e gli scambi dei medicinali» nell'Unione (*considerando* n. 3) tenuto conto che il Codice sui medicinali «costituisce una tappa importante nella realizzazione della libera circolazione dei medicinali» (*considerando* n. 14). Al fine di conciliare le diverse esigenze, la direttiva n. 2001/83/Ce ha quindi operato un bilanciamento tra «il corretto funzionamento del mercato interno dei medicinali per uso umano e una maggiore tutela della salute dei cittadini dell'UE»⁵⁶. Questa premessa è utilizzata dall'Avvocato Generale al fine di manifestare la propria opinione contraria a intravedere una minaccia allo sviluppo dell'industria farmaceutica nel divieto di fornire saggi gratuiti ai farmacisti⁵⁷.

Il Codice sui medicinali riconosce il contributo della pubblicità all'informazione dei medici e dei farmacisti (*considerando* n. 47), ma non impone l'utilizzo dello stesso canale e degli stessi mezzi per promuovere l'aggiornamento di entrambe queste categorie di professionisti⁵⁸. L'osservazione sottintende l'inconsistenza di una tesi intesa a garantire ai farmacisti l'accesso ai saggi gratuiti come conseguenza del fatto che i medici sono destinatari dello stesso mezzo promozionale. L'esclusione dei farmacisti sarebbe inoltre giustificata dall'esigenza di eliminare qualsiasi rischio di una «distribuzione gratuita di campioni al pubblico a scopi promoziona-

⁵⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale Pitruzzella in causa n. C-786/18, *ratiopharm GmbH c. Novartis Consumer Health GmbH*, cit. *supra*, nota 23, punto 36. Come affermato nella nota 22 relativa al punto 36 delle conclusioni, l'Avvocato Generale riprende le sentenze della Corte di giustizia del 5 maggio 2011 in causa n. C-249/09, *Novo Nordisk AS c. Ravimiamet*, cit. *supra*, nota 20, punti 32 e 37; del 2 aprile 2009 in causa n. C-421/07, Procedimento penale a carico di *Frede Damgaard*, cit. *supra*, nota 2, punto 22, e del 22 aprile 2010 in causa n. C-62/09, *The Queen*, su istanza di *Association of the British Pharmaceutical Industry c. Medicines and Healthcare Products Regulatory Agency*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 3603, *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, aprile 2010, EU:C:2010:219, punto 34.

⁵⁶ COMMISSIONE EUROPEA, Proposta modificata di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce per quanto riguarda la comunicazione al pubblico di informazioni sui medicinali per uso umano soggetti a prescrizione medica che modifica, per quanto riguarda la comunicazione al pubblico di informazioni sui medicinali per uso umano soggetti a prescrizione medica la direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, Com(2012) 48 final, Bruxelles, 10 febbraio 2012, p. 2.

⁵⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale Pitruzzella in causa n. C-786/18, *ratiopharm GmbH c. Novartis Consumer Health GmbH*, loc. cit., punto 36.

⁵⁸ *Ivi*, punto 38.

li» che il *considerando* n. 46 della direttiva n. 2001/83/Ce impone di vietare. Il farmacista potrebbe avere interesse ad esercitare questa azione promozionale nella prospettiva di acquisire vantaggi a lungo termine mediante la fidelizzazione della clientela essendo indubbio che la consegna di un campione gratuito si traduce nell'immediato in un ritorno economico negativo a causa della perdita di una vendita.

Tale conclusione contrasta con l'obbligo per la pubblicità sui medicinali di «essere conforme ad alcuni criteri essenziali»⁵⁹, resi manifesti dalla direttiva n. 2001/83/Ce, stabiliti dal legislatore dell'Unione per non favorire l'insorgere di situazioni di pericolo per la salute pubblica. Infatti, le rigorose modalità imposte dal Codice sui medicinali, come dichiarato dalla Corte a proposito dell'art. 94, par. 1, intendono «impedire pratiche promozionali che possano influenzare i professionisti del settore sanitario al momento della prescrizione o della fornitura di medicinali, incitandoli a perseguire un interesse economico. Detta disposizione mira così a favorire una pratica medica e farmacologica conforme alle regole deontologiche»⁶⁰.

D'altra parte, il divieto di ricevere i saggi non impedisce ai farmacisti di rimanere aggiornati sui nuovi sviluppi della terapia farmacologica in quanto diverse altre azioni consentono loro di accedere alle informazioni rilevanti per la loro professione⁶¹.

Nello specifico caso in esame, appare debole la giustificazione della ditta produttrice di aver distribuito ai farmacisti le confezioni gratuite allo scopo di consentire loro di apprezzare il miglioramento delle proprietà organolettiche di cui si erano lamentati. La spiegazione confina infatti l'informazione scientifica ad un ruolo secondario essendo indubbio che tali finalità svelano la volontà di utilizzare il saggio gratuito per svolgere un'azione di concorrenza commerciale⁶².

Infine, l'Avvocato Generale trova «del tutto utopistico, se non addirittura pericoloso»⁶³ sostenere che i farmacisti «possano familiarizzarsi con le novità farmaceutiche ed acquisire esperienza circa (...) [l']impiego»⁶⁴

⁵⁹ *Considerando* n. 45 della direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 1.

⁶⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Pitruzzella in causa n. C-786/18, *ratiopharm GmbH c. Novartis Consumer Health GmbH*, *cit. supra*, nota 23, punto 37, in cui l'Avvocato Generale riprende la sentenza della Corte di giustizia del 22 aprile 2010 in causa n. C-62/09, *The Queen, su istanza di Association of the British Pharmaceutical Industry c. Medicines and Healthcare Products Regulatory Agency*, *cit. supra*, nota 55, punto 29.

⁶¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Pitruzzella in causa n. C-786/18, *ratiopharm GmbH c. Novartis Consumer Health GmbH*, *loc. cit.*, punto 40.

⁶² *Ivi*, punto 41.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Considerando* n. 51 della direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 1.

dei medicinali attraverso l'uso campioni⁶⁵ non essendo immaginabile che un farmacista sperimenti su se stesso tutti i medicinali presenti sugli scaffali di una farmacia. Tale scopo può essere presumibile nel caso delle persone autorizzate a prescrivere i medicinali, non avendo un facile accesso alle confezioni in commercio, possono conoscere in concreto i nuovi ritrovati e valutarne gli effetti sui pazienti distribuendo loro campioni gratuiti.

2.d L'ulteriore limitazione della distribuzione di campioni (art. 96, par. 2, della direttiva n. 2001/83/Ce)

L'Avvocato Generale decide di trattare per completezza, seppure in via subordinata, la seconda questione preliminare rivolta alla Corte di giustizia dal BGH. I giudici del rinvio desideravano avere chiarimenti, nel caso il diritto Ue autorizzasse la distribuzione di medicinali ai farmacisti, se la normativa nazionale – pur vietando questa azione – potesse considerarsi conforme al diritto Ue in virtù dell'art. 96, par. 2, del Codice sui medicinali che prevede che «[g]li Stati membri possono limitare ulteriormente la distribuzione di campioni di taluni medicinali»⁶⁶.

In verità, i giudici di Karlsruhe si erano dichiarati contrari a questa possibilità in quanto la disposizione autorizza gli Stati membri a limitare la distribuzione gratuita di «taluni medicinali» senza concedere deroghe in merito ai destinatari della fornitura⁶⁷. L'Avvocato Generale condivide tale tesi⁶⁸ ricordando che l'art. 96, par. 1, lett. g., della direttiva n. 2001/83/Ce non consente di consegnare nessun saggio di farmaci sottoposti alla disciplina delle sostanze stupefacenti e psicotrope. È quindi evidente per analogia che gli Stati membri potrebbero vietare la fornitura di particolari classi di medicinali in funzione, ad esempio, della patologia o del regime di ricettazione, ma non possono intervenire limitando «detta distribuzione sul piano dei suoi destinatari»⁶⁹.

⁶⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale Pitruzzella in causa n. C-786/18, *ratiopharm GmbH c. Novartis Consumer Health GmbH*, *cit. supra*, nota 23, punto 41.

⁶⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale Pitruzzella in causa n. C-786/18, *ratiopharm GmbH c. Novartis Consumer Health GmbH*, *loc. cit.*, punto 43.

⁶⁷ Bundesgerichtshof (BGH), Beschluss vom 31. Oktober 2018, *cit. supra*, nota 29, p. 4, punto 36(3): «Gegen eine solche Auslegung könnte sprechen, dass sich der Wortlaut des Art. 96 Abs. 2 der Richtlinie 2001/83/EG auf "bestimmte Arzneimittel" bezieht und damit eine Differenzierung nach Art des Arzneimittels (etwa nach dessen Gefährlichkeit oder Anwendungsart) nahelegt, während es im Streitfall darum geht, ob (bezogen auf jegliche Arzneimittel gleich welcher Art) bei der Zulässigkeit der Musterabgabe nach bestimmten Empfängergruppen differenziert werden darf».

⁶⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale Pitruzzella in causa n. C-786/18, *ratiopharm GmbH c. Novartis Consumer Health GmbH*, *loc. ult. cit.*, punto 45.

⁶⁹ *Ivi*, punto 46.

3. La sentenza della Corte di giustizia

I giudici di Lussemburgo sintetizzano la questione pregiudiziale ricordando come il giudice del rinvio avesse richiesto l'intervento della Corte di giustizia per conoscere «se l'articolo 96, paragrafo 1, della direttiva [n.] 2001/83/Ce debba essere interpretato nel senso che esso autorizza (...) le imprese farmaceutiche a distribuire gratuitamente campioni di medicinali anche ai farmacisti»⁷⁰.

La Corte, accogliendo l'impostazione dell'Avvocato Generale, ricorda l'esigenza che le disposizioni Ue siano da interpretare anche in riferimento agli scopi perseguiti dalle normative di cui esse fanno parte, senza soffermarsi solo sulla lettera della formulazione⁷¹ o analizzando le loro eventuali versioni linguistiche divergenti⁷².

L'impianto della direttiva n. 2001/83/Ce configura un quadro normativo essenzialmente rivolto alla tutela della salute pubblica⁷³. Tale scopo è perseguito dagli organi regolatori nazionali e dell'Ue i quali hanno il compito di stabilire il regime di dispensazione del medicinale al momento del rilascio dell'autorizzazione all'immissione in commercio (AIC)⁷⁴. A questo fine, l'art. 71, par. 1, del Codice sui medicinali stabilisce i criteri che impongono di subordinare la dispensazione alla presentazione di una prescrizione medica. Qualora il cliente non presenti la ricetta, le «persone autorizzate a fornire» (farmacisti) non sono legittimate a consegnargli il farmaco. Il successivo art. 72 della stessa direttiva, stabilendo che «[i] medicinali non soggetti a prescrizione sono quelli che non rispondono ai criteri di cui all'articolo 71», consente implicitamente la dispensazione al pubblico anche in mancanza della volontà espressa del medico.

Il regime di classificazione ha effetto anche sulla pubblicità del medicinale. Infatti, l'art. 88, par. 1, lett. a., della direttiva n. 2001/83/Ce impone agli Stati membri di vietare la pubblicità presso il pubblico dei medicinali «che possono essere forniti soltanto dietro presentazione di ricetta medica». Al contrario, il successivo par. 2 dello stesso articolo stabilisce la possibilità di promuovere i farmaci che possono essere «utilizzati senza

⁷⁰ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 giugno 2020 in causa n. C-786/18, *ratiopharm GmbH c. Novartis Consumer Health GmbH*, cit. *supra*, nota 24, punto 27.

⁷¹ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 giugno 2020 in causa n. C-786/18, *ratiopharm GmbH c. Novartis Consumer Health GmbH*, loc. cit., punto 28.

⁷² *Ivi*, punto 30.

⁷³ Sentenza della Corte di giustizia del 2 aprile 2009 in causa n. C-421/07, *Procedimento penale a carico di Frede Damgaard*, cit. *supra*, nota 2, punto 22.

⁷⁴ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 giugno 2020 in causa n. C-786/18, *ratiopharm GmbH c. Novartis Consumer Health GmbH*, loc. ult. cit., punto 34.

intervento di un medico [... ed eventualmente] con il consiglio del farmacista».

Nell'interpretazione dei giudici di Lussemburgo, la distinzione del regime di dispensazione deve essere estesa anche a saggi gratuiti dei medicinali. Infatti, la cessione dei medicinali, ancorché gratuiti, soggetti a prescrizione medica è subordinata al rispetto dell'art. 96, par. 1, della direttiva n. 2001/83/Ce al fine di monitorare la tipologia, la quantità e i destinatari di tali campioni i quali costituiscono un pericolo per la salute pubblica qualora «usati senza controllo medico»⁷⁵. Al contrario, i medicinali non soggetti all'obbligo di prescrizione non rappresentano un rischio sotto questo aspetto. Infatti, come già sopra ricordato, l'art. 88, par. 1, della direttiva n. 2001/83/Ce consente al farmacista di consigliare direttamente i medicinali non soggetti all'obbligo di prescrizione ai clienti che si rivolgono alla farmacia.

È quindi coerente con l'impianto della direttiva n. 2001/83/Ce che «i farmacisti siano totalmente privati della possibilità di beneficiare della fornitura di campioni gratuiti»⁷⁶ di medicinali la cui vendita è soggetta a presentazione di ricetta medica. Nello stesso tempo, il divieto non può tuttavia estendersi ai farmaci la cui dispensazione non è subordinata a prescrizione medica. Il ragionamento ha come logica conseguenza che il saggio gratuito di medicinali non soggetti a prescrizione rappresenta un mezzo per le persone autorizzate alla loro distribuzione «di acquisire un'esperienza»⁷⁷ indispensabile per poter consigliare in piena consapevolezza il farmaco al cliente che si presenta in farmacia, come previsto dal *considerando* n. 51 della direttiva n. 2001/83/Ce⁷⁸.

Tale interpretazione è altresì coerente con l'art. 94, par. 1, del Codice sui medicinali, il quale consente di promuovere i rimedi terapeutici anche presso persone autorizzate a fornirli (farmacisti) mediante «premi, vantaggi pecuniari o in natura di valore trascurabile». Pur non menzionando la tipologia delle azioni pubblicitarie ammesse, la norma legittima la fornitura di saggi gratuiti anche alle persone autorizzate alla distribuzione dei medicinali purché il medicinale non sia soggetto a prescrizione medica ed il suo valore sia trascurabile.

⁷⁵ Art. 71, par. 1, primo trattino, della direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, *cit. supra*, nota 1.

⁷⁶ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 giugno 2020 in causa n. C-786/18, *ratiopharm GmbH c. Novartis Consumer Health GmbH*, *cit. supra*, nota 24, punto 47.

⁷⁷ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 giugno 2020 in causa n. C-786/18, *ratiopharm GmbH c. Novartis Consumer Health GmbH*, *loc. cit.*, punto 49.

⁷⁸ *Considerando* n. 51 della direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 31.

4. Conclusioni

Questo caso, come previsto dall'Avvocato Generale nelle conclusioni, ha rappresentato l'occasione per fissare il punto di equilibrio tra la promozione dei medicinali, necessaria al progresso delle aziende farmaceutiche, e l'aggiornamento degli operatori sanitari, indispensabile alla cura delle patologie umane⁷⁹.

Sviluppo dell'industria farmaceutica e tutela della salute pubblica non sono termini tra di loro in contrasto se si considera che la competizione tra le aziende ha consentito di individuare nuovi farmaci più sicuri ed efficaci nella lotta contro malattie un tempo valutate come invalidanti o mortali⁸⁰. Tuttavia, i mercati, meccanismi efficienti per le transazioni commerciali, hanno sempre intrecciato con la medicina una relazione inquieta, stretta tra il giuramento di Ippocrate, la gestione delle cure, gli aspetti normativi e le esigenze dei servizi sanitari pubblici e delle assicurazioni private⁸¹.

Ogni industria ha un evidente interesse a massimizzare la penetrazione dei propri prodotti sul mercato. Per raggiungere tale obiettivo, il medicinale deve conquistare la fiducia dei medici in quanto essi ne influenzano i volumi di vendita nella loro qualità di prescrittori. I campioni gratuiti sono uno dei mezzi in grado di svolgere un ruolo significativo nel conseguimento di tale scopo dal momento che anche i piccoli omaggi possono influenzare il comportamento prescrittivo⁸². Questa semplice osservazione può spiegare l'attenzione rivolta dalle autorità a disciplinare e a tenere sotto controllo le pratiche commerciali e le tecniche di promozione dei medicinali⁸³.

La giurisprudenza italiana, riprendendo la parte iniziale della prima frase dell'art. 125, comma 1, del dlgo n. 219/2006 di attuazione del Codice sui medicinali secondo la quale «[i] campioni gratuiti di un medicinale per uso umano possono essere rimessi solo ai medici autorizzati a prescriverlo»⁸⁴, aveva ricordato che «campioni gratuiti (...) [medicinali]

⁷⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Pitruzzella in causa n. C-786/18, *ratiopharm GmbH c. Novartis Consumer Health GmbH*, cit. *supra*, nota 23, punto 16.

⁸⁰ «Few of us, at least in the rich world, are not indebted to illness cured or life saved by modern pharmaceuticals» (D. J. TRIGGLE, *Treating desires not diseases: a pill for every ill and an ill for every pill?*, in *Drug Discovery Today*, vol. 12, 2007, p. 161).

⁸¹ D. CALLAHAN e A. A. WASUNNA, *Medicine and the Market. Equity vs Choice*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2006, citato da D. J. TRIGGLE, *Treating desires not diseases*, loc. cit., p. 162.

⁸² D. KATZ - A. L. CAPLAN e J. F. MERZ, *All gifts large and small; towards an understand of the ethics of pharmaceutical industry gift giving*, in *American Journal of Bioethics*, vol. 3, 2003, p. 39 ss.

⁸³ D. J. TRIGGLE, *Treating desires not diseases*, cit. *supra*, nota 80, p. 162.

⁸⁴ Art. 125, comma 1, prima frase, dlgo del 24 aprile 2006, n. 219, Attuazione della direttiva n. 2001/83/Ce relativa ad un codice comunitario concernente i medicinali per uso umano, nonché della direttiva n. 2003/94/Ce [della Commissione, dell'8 ottobre 2003, che stabilisce i

avrebbero potuto essere consegnat[i] solo ai medici»⁸⁵ condannando un'infermiera che aveva regalato ad un amico saggi giacenti presso l'ambulatorio di una USL.

L'espressione «medici autorizzati a prescrivere[e]» sottolinea in maniera più incisiva di «persone autorizzate a prescrivere» che non tutti i medici sono legittimati a ricettare tutti i medicinali in quanto alcuni farmaci sono classificati come «medicinali soggetti a prescrizione limitativa, riservati a taluni ambienti specializzati», come recita l'art. 70, par. 2, lett. c., della direttiva n. 2001/83/Ce⁸⁶, già al momento del rilascio dell'AIC. Il successivo art. 71, par. 3, del Codice su medicinali prevede ulteriori sottocategorie a seconda che l'utilizzo di tali medicinali soggetti a prescrizione medica limitativa sia destinato «a trattamenti (...) in ambiente ospedaliero [primo trattino]; (...) nel trattamento di malattie che devono essere diagnosticate in ambiente ospedaliero o in stabilimenti che dispongono di mezzi di diagnosi adeguati, ma la somministrazione e il controllo possono essere effettuati al di fuori dell'ospedale [secondo trattino]; (...) a pazienti in ambulatorio ma la sua utilizzazione può produrre gravissimi effetti collaterali negativi, il che richiede una prescrizione (...) [di] uno specialista ed una sorveglianza particolare durante il trattamento [terzo trattino]».

Il recepimento di tale articolo da parte degli Stati membri ha dato origine a classificazioni diverse⁸⁷. Ad esempio, la normativa italiana ha stabilito che «[i] medicinali soggetti a prescrizione medica limitativa sono i medicinali la cui prescrizione o la cui utilizzazione è limitata a taluni me-

principi e le linee direttrici delle buone prassi di fabbricazione relative ai medicinali per uso umano e ai medicinali per uso umano in fase di sperimentazione, in Guce n. L 262 del 14 ottobre 2003, p. 22 ss.] in *Guri* n. 142 del 21 giugno 2006, *suppl. ord.*

⁸⁵ Sentenza della Cassazione penale, sez. VI, n. 35801 del 23 giugno 2015.

⁸⁶ Art. 1, par. 52, lett. b., 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 8, che ha modificato l'art. 70, par. 2, lett. c., della direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 1, che recitava «medicinali soggetti a prescrizione limitativa, riservati a taluni ambienti specializzati».

⁸⁷ In Francia, l'Art. R5121-77, Code de la santé publique, suddivide i «médicaments soumis à prescription restreinte» in 1° Médicament réservé à l'usage hospitalier (Art. R5121-82-R5121-83); 2° Médicament à prescription hospitalière (Articles R5121-84 à R5121-86); 3° Médicament à prescription initiale hospitalière (Articles R5121-87 à R5121-89); 4° Médicament à prescription réservée à certains médecins spécialistes (Articles R5121-90 à R5121-92); 5° Médicament nécessitant une surveillance particulière pendant le traitement (Articles R5121-93 à R5121-95). In Spagna, l'art. 24, par. 3, Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente [«BOE» núm. 267, de 7 de noviembre de 2007], include tra «los medicamentos a prescripción médica restringida» in Medicamentos de Uso Hospitalario (lett. a.); Medicamentos de Diagnóstico Hospitalario de prescripción por determinados médicos especialistas (lett. b.); Medicamentos de Especial Control Médico (lett. c.).

dici o a taluni ambienti [soggetti a prescrizione medica limitativa], in conformità di quanto disciplinato dagli articoli 92 [utilizzabili esclusivamente in ambiente ospedaliero o in strutture ad esso assimilabili], 93 [vendibili al pubblico su prescrizione di centri ospedalieri o di specialisti] e 94 [utilizzabili esclusivamente dallo specialista]»⁸⁸ del dlgs n. 219/2006.

Gli artt. 70, par. 2, lett. c., e 71, par. 3, del Codice sui medicinali, letto alla luce della sentenza qui commentata, sottintendono che anche i campioni gratuiti di medicinali soggetti a prescrizione limitativa non possono essere ceduti a professionisti non autorizzati a prescriberli anche se abilitati all'esercizio della professione medica. Tale restrizione nella tipologia dei destinatari dei campioni è la logica conseguenza del regime prescrittivo deciso al momento del rilascio dell'AIC in conformità con l'art. 70, par. 2, lett. c., del Codice dei medicinali e non può essere subordinato alle normative nazionali che danno attuazione all'art. 96, par. 2, della stessa direttiva.

Un ulteriore ragionamento sostiene la tesi dell'impossibilità dei farmacisti di accedere ai saggi gratuiti di medicinali soggetti a presentazione di ricetta medica.

Una persona autorizzata può prescrivere un rimedio consentendo in questo modo la consegna del medicinale soggetto a ricetta medica che il farmacista non è legittimato a dispensare in mancanza del consenso del medico, cioè della prescrizione. Il farmacista, quindi, non potendo consegnare il medicinale senza la ricetta del medico, non può logicamente fornire al paziente un campione dello stesso farmaco in mancanza di tale autorizzazione. Di conseguenza, appare logico che l'industria farmaceutica possa distribuire campioni gratuiti di medicinali la cui vendita è subordinata alla presentazione di ricetta medica solo ai prescrittori nel caso essi intendano consegnarlo ad un paziente per valutarne effetti e tollerabilità prima di prescriberlo o di modificare un'eventuale scelta terapeutica precedente.

Tuttavia, questo ragionamento non si adatta al «medicinale non soggetto a prescrizione» (art. 70, par. 1, secondo trattino, del Codice sui medicinali) che il farmacista può consigliare e consegnare direttamente al paziente. La sentenza, seguendo la distinzione operata nel regime di dispensazione, indica che il saggio gratuito può essere distribuito al farmacista solo per i medicinali per i quali non è necessario l'intervento prescrittivo del medico. Al contrario, il medico dovrebbe essere autorizzato a ricevere e a consegnare al pubblico anche i medicinali non soggetti a prescrizione. Infatti, i medicinali non soggetti all'obbligo di prescrizione possono essere

⁸⁸ Art. 91, dlgs del 24 aprile 2006, n. 219, Attuazione della direttiva n. 2001/83/Ce nonché della direttiva n. 2003/94/Ce, *cit. supra*, nota 84.

liberamente prescritti nel momento in cui il medico ne ravvisasse la necessità per conseguire l'effetto terapeutico desiderato.

Tuttavia, la cessione al pubblico di campioni di questi ultimi medicinali potrebbe essere vietata sia al medico che al farmacista qualora apparisse «eccessiva e sconsiderata [tale da] incidere negativamente sulla salute pubblica» (*considerando* n. 45 della direttiva n. 2001/83/Ce) oppure una «distribuzione gratuita (...) al pubblico a scopi promozionali» (*considerando* n. 46).

Federico Forni*

SINTESI

Nella sentenza *ratiopharm GmbH c. Novartis Consumer Health GmbH* (causa n. C-786/18), la Corte di giustizia chiarisce che il Codice sui medicinali (direttiva n. 2001/83/Ce) impedisce alle industrie farmaceutiche di consegnare ai farmacisti campioni gratuiti di medicinali soggetti a prescrizione medica. Tale indicazione è la logica conseguenza del fatto che nessun medicinale, la cui autorizzazione all'immissione in commercio (AIC) subordina la dispensazione alla ricetta, può essere distribuito in mancanza di indicazione scritta che sancisca la scelta terapeutica del medico. Al contrario, la normativa dell'Unione autorizza la fornitura di saggi gratuiti ai farmacisti di medicinali non soggetti a prescrizione. In questo caso, la distribuzione del saggio gratuito rappresenta un mezzo utile per consigliare in piena consapevolezza il farmaco al cliente che si presenta in farmacia.

ABSTRACT

In the judgment ratiopharm GmbH vs Novartis Consumer Health GmbH (case No. C-786/18) the Court of justice clarifies that Directive No. 2001/83/EC prevents pharmaceutical companies from delivering free samples of prescription-only medicines to pharmacists. This indication is the logical consequence of the fact that no medicinal product, whose marketing authorization (MA) subordinates the dispensation to the prescription, can be distributed in the absence of a written indication proving the therapeutic choice of the doctor. On the contrary, Union legislation authorises the supply of free samples of non-prescription medicines to pharmacists. In this latter case, the distribution of free samples represents a useful instrument for recommending in full awareness the medicinal product to the customer who comes in the pharmacy.

* Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Bologna; Giurista / Commissione europea, Bruxelles

**LA TUTELA DEL DIRITTO ALLA LIBERTÀ RELIGIOSA
E ALLE SUE MANIFESTAZIONI INDIVIDUALI E COLLETTIVE
NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA***

I

**Corte di giustizia
Sentenza del 27 ottobre 1976 in causa n. 130/75**

Vivien Prais c. Consiglio delle Comunità europee

Statuto del personale, art. 29, n. 1, allegato III, artt. 1, 5 - Assunzione dipendenti - Concorso per esami - Data - Impedimento di un candidato - Ragioni d'indole religiosa - Principio di uguaglianza - Applicazione.

Se si indice un concorso per esami, il principio di eguaglianza impone che le prove siano sostenute nelle stesse condizioni da parte di tutti i candidati e, per le prove scritte, l'esigenza pratica di raffrontare gli elaborati dei candidati implica che il testo sia identico per tutti. È quindi essenziale che tutte le prove scritte si svolgano lo stesso giorno. L'eventuale interesse dei candidati a sostenere l'esame in data diversa va vagliato in rapporto alle esigenze di cui sopra.

Se un candidato comunica all'autorità che ha il potere di nomina che, per ragioni d'indole religiosa, egli non potrà presentarsi agli esami ad una certa data, l'autorità dovrà tenerne conto e cercare di evitare di stabilire in quella data le prove d'esame. Se invece un candidato non rende

* I testi integrali delle sentenze della Corte di giustizia sono reperibili sul sito internet www.curia.europa.eu. In argomento v. *infra*, p. 135 ss., il commento di EMMANUEL PAGANO.

tempestivamente note all'autorità che ha il potere di nomina le difficoltà inerenti alla sua situazione personale, l'autorità può rifiutarsi di spostare la data, specie se essa è già stata comunicata ad altri candidati.

II

Corte di giustizia

Sentenza del 14 marzo 2017 in causa n. C-157/15

Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV

Art. 267 TFUE- Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2000/78/Ce, art. 2, par. 2, lett. a. e b. - Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro - Discriminazione basata sulla religione o sulle convinzioni personali - Regolamento interno di un'impresa che vieta ai dipendenti di indossare sul luogo di lavoro segni visibili di natura politica, filosofica o religiosa - Discriminazione diretta - Insussistenza - Discriminazione indiretta - Divieto posto ad una dipendente di indossare il velo islamico.

L'art. 2, par. 2, lett. a., della direttiva n. 2000/78/Ce del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretato nel senso che il divieto di indossare un velo islamico, derivante da una norma interna di un'impresa privata che vieta di indossare in modo visibile qualsiasi segno politico, filosofico o religioso sul luogo di lavoro, non costituisce una discriminazione diretta fondata sulla religione o sulle convinzioni personali ai sensi di tale direttiva.

Siffatta norma interna di un'impresa privata può invece costituire una discriminazione indiretta ai sensi dell'art. 2, par. 2, lett. b., della direttiva n. 2000/78, qualora venga dimostrato che l'obbligo apparentemente neutro da essa previsto comporta, di fatto, un particolare svantaggio per le persone che aderiscono ad una determinata religione o ideologia, a meno che esso sia oggettivamente giustificato da una finalità legittima, come il perseguimento, da parte del datore di lavoro, di una politica di neutralità politica, filosofica e religiosa nei rapporti con i clienti, e che i mezzi impiegati per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari, circostanza, questa, che spetta al giudice del rinvio verificare.

III

Corte di giustizia**Sentenza del 14 marzo 2017 in causa n. C-188/15**

Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH)
c. Micropole SA, già Micropole Univers SA

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Politica sociale - Direttiva n. 2000/78/Ce, art. 4, par. 1 - Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro - Requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa - Nozione - Desiderio di un cliente che le prestazioni non vengano assicurate da una dipendente che indossa un velo islamico - Discriminazione basata sulla religione o sulle convinzioni personali.

L'art. 4, par. 1, della direttiva n. 2000/78/Ce del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, dev'essere interpretato nel senso che la volontà di un datore di lavoro di tener conto del desiderio di un cliente che i servizi di tale datore di lavoro non siano più assicurati da una dipendente che indossa un velo islamico non può essere considerata come un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa ai sensi di detta disposizione.

IV

Corte di giustizia**Sentenza del 17 aprile 2018 in causa n. C-414/16**

Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV

Art. 267 TFUE- Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2000/78/Ce, artt. 4, par. 2, 9 e 10 - Parità di trattamento - Differenza di trattamento basata sulla religione o sulle convinzioni personali - Attività professionali di Chiese o di altre organizzazioni la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali - Religione o convinzioni

personali che costituiscono un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica dell'organizzazione - Nozione - Natura delle attività e contesto in cui vengono espletate - Art. 17 TFUE - Artt. 10, 21 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

L'art. 4, par. 2, della direttiva n. 2000/78/Ce del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, in combinato disposto con gli artt. 9 e 10 di quest'ultima, nonché con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretato nel senso che, qualora una Chiesa o un'altra organizzazione la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali allegghi, a sostegno di un atto o di una decisione quale il rigetto di una candidatura a un posto di lavoro al suo interno, che, per la natura delle attività di cui trattasi o per il contesto in cui tali attività devono essere espletate, la religione costituisce un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica di tale Chiesa o di tale organizzazione, una siffatta allegazione deve, se del caso, poter essere oggetto di un controllo giurisdizionale effettivo al fine di assicurarsi che, nel caso di specie, siano soddisfatti i criteri di cui all'art. 4, par. 2, della suddetta direttiva.

L'art. 4, par. 2, della direttiva n. 2000/78 deve essere interpretato nel senso che il requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa ivi previsto rinvia a un requisito necessario e oggettivamente dettato, tenuto conto dell'etica della Chiesa o dell'organizzazione di cui trattasi, dalla natura o dalle condizioni di esercizio dell'attività professionale in questione, e non può includere considerazioni estranee a tale etica o al diritto all'autonomia di detta Chiesa o di detta organizzazione. Tale requisito deve essere conforme al principio di proporzionalità.

Un giudice nazionale investito di una controversia tra due privati è tenuto, qualora non gli sia possibile interpretare il diritto nazionale vigente in modo conforme all'art. 4, par. 2, della direttiva n. 2000/78, ad assicurare, nell'ambito delle sue competenze, la tutela giuridica spettante ai singoli in forza degli artt. 21 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e a garantire la piena efficacia di tali articoli, disapplicando all'occorrenza qualsiasi disposizione nazionale contraria.

V

Corte di giustizia**Sentenza del 29 maggio 2018 in causa n. C-426/16**

Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen VZW e a. c. Vlaams Gewest, con l'intervento di: Global Action in the Interest of Animals (GAIA) VZW

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Regolamento (Ce) n. 1099/2009, artt. 2, lett. k., 4, par. 4 - Protezione del benessere degli animali durante l'abbattimento - Metodi particolari di macellazione prescritti da riti religiosi - Festa musulmana del sacrificio - Obbligo di procedere alla macellazione rituale in un macello conforme ai requisiti stabiliti dal Regolamento (Ce) n. 853/2004 - Validità - Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - Art. 10 - Libertà di religione - Art. 13 TFUE - Rispetto delle consuetudini nazionali in materia di riti religiosi.

L'esame della questione pregiudiziale non ha rivelato alcun elemento atto a inficiare la validità dell'art. 4, par. 4, del Regolamento n. 1099/2009 del Consiglio, del 24 settembre 2009, relativo alla protezione degli animali durante l'abbattimento, in combinato disposto con l'art. 2, lett. k., dello stesso Regolamento, alla luce dell'art. 10 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dell'art. 13 TFUE.

VI

Corte di giustizia**Sentenza dell'11 settembre 2018 in causa n. C-68/17**

IR c. JQ

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2000/78/Ce, art. 4, par. 2, comma 2 - Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro - Attività professionali delle chiese o di altre organizzazioni la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali - Requisiti per lo svolgimento dell'attività lavorativa - Atteggiamento di buona fede e di lealtà nei confronti dell'etica

della chiesa o dell'organizzazione - Licenziamento di un lavoratore di confessione cattolica, occupato in un ruolo direttivo, a causa di un secondo matrimonio civile contratto successivamente a divorzio - Differenza di trattamento basata sulla religione o sulle convinzioni personali - Discriminazione.

L'art. 4, par. 2, secondo comma, della direttiva n. 2000/78/Ce del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretato nel senso che:

- da un lato, una chiesa o un'altra organizzazione la cui etica sia fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, e che gestisce una struttura ospedaliera costituita in forma di società di capitali di diritto privato, non può decidere di sottoporre i suoi dipendenti operanti a livello direttivo a obblighi di atteggiamento di buona fede e di lealtà nei confronti di tale etica diversi in funzione della confessione o agnosticismo di tali dipendenti, senza che tale decisione possa, se del caso, essere oggetto di un controllo giurisdizionale effettivo al fine di assicurare che siano soddisfatti i criteri di cui all'art. 4, par. 2, di tale direttiva; e

- dall'altro, una differenza di trattamento, in termini di obblighi di atteggiamento di buona fede e di lealtà nei confronti di detta etica, tra dipendenti in posizioni direttive, in funzione della loro confessione o agnosticismo, è conforme alla suddetta direttiva solo se, tenuto conto della natura delle attività professionali interessate o del contesto in cui sono esercitate, la religione o le convinzioni personali costituiscono un requisito professionale essenziale, legittimo e giustificato rispetto all'etica della chiesa o dell'organizzazione in questione e conforme al principio di proporzionalità, il che spetta al giudice nazionale verificare.

Un giudice nazionale investito di una controversia tra due privati è tenuto, qualora non gli sia possibile interpretare il diritto nazionale vigente in modo conforme all'art. 4, par. 2, della direttiva n. 2000/78, ad assicurare, nell'ambito delle sue competenze, la tutela giuridica spettante ai soggetti dell'ordinamento derivante dai principi generali del diritto dell'Unione, come il principio di non discriminazione sulla base della religione o delle convinzioni personali, ora sancito dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e a garantire la piena efficacia dei diritti che ne derivano, disapplicando all'occorrenza qualsiasi disposizione nazionale contraria.

VII

Corte di giustizia**Sentenza del 22 gennaio 2019 in causa n. C-193/17**

Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 21 - Divieto di discriminazione fondata sulla religione o le convinzioni personali - Direttiva n. 2000/78/Ce, art. 2, par. 2, lett. a. - Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro - Normativa nazionale che concede a taluni lavoratori il Venerdì Santo come giorno di ferie - Discriminazione diretta fondata sulla religione - Obblighi dei datori di lavoro privati e del giudice nazionale derivanti da una incompatibilità del diritto nazionale con la direttiva n. 2000/78/Ce.

Gli artt. 1 e 2, par. 2, della direttiva n. 2000/78/Ce del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, devono essere interpretati nel senso che una normativa nazionale in virtù della quale, da un lato, il Venerdì santo è un giorno festivo solo per i lavoratori appartenenti a talune chiese cristiane e, dall'altro, solo tali lavoratori hanno diritto, se chiamati a lavorare in tale giorno festivo, ad un'indennità complementare alla retribuzione percepita per le prestazioni svolte in tale giorno costituisce una discriminazione diretta fondata sulla religione.

Le misure previste da tale normativa nazionale non possono essere considerate né misure necessarie alla preservazione dei diritti e delle libertà altrui, ai sensi dell'art. 2, par. 5, di detta direttiva, né misure specifiche destinate a compensare svantaggi correlati alla religione, ai sensi dell'art. 7, par. 1, della medesima direttiva.

L'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea deve essere interpretato nel senso che, finché lo Stato membro interessato non abbia modificato, al fine di ripristinare la parità di trattamento, la propria normativa che concede il diritto a un giorno festivo il Venerdì santo solo ai lavoratori membri di talune chiese cristiane, un datore di lavoro privato soggetto a detta normativa ha l'obbligo di accordare anche agli altri suoi lavoratori il diritto ad un giorno festivo il Venerdì santo, purché questi ultimi abbiano chiesto in anticipo a detto datore di lavoro di

non dover lavorare quel giorno e, di conseguenza, di riconoscere a tali lavoratori il diritto ad un'indennità complementare alla retribuzione percepita per le prestazioni svolte in tale giorno, quando detto datore di lavoro non abbia accolto siffatta richiesta.

VIII

Corte di giustizia

Sentenza del 26 febbraio 2019 in causa n. C-497/17

Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs (OABA) c. Ministre de l'Agriculture et de l'Alimentation, Bionoor SARL, Ecocert France SAS, Institut national de l'origine et de la qualité (INAO)

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Art. 13 TFUE - Benessere degli animali - Regolamento (Ce) n. 1099/2009 - Protezione degli animali durante l'abbattimento - Metodi particolari di macellazione prescritti da riti religiosi - Regolamento (Ce) n. 834/2007, artt. 3 e 14, par. 1, lett. b., viii. - Compatibilità con la produzione biologica - Regolamento (Ce) n. 889/2008, art. 57, comma 1 - Logo di produzione biologica dell'Unione europea - Inammissibilità.

Il Regolamento (Ce) n. 834/2007 del Consiglio, del 28 giugno 2007, relativo alla produzione biologica e all'etichettatura dei prodotti biologici e che abroga il Regolamento (Cee) n. 2092/91, segnatamente il suo art. 3 e il suo art. 14, par. 1, lett. b., viii., letto alla luce dell'art. 13 TFUE, va interpretato nel senso che non autorizza l'apposizione del logo di produzione biologica dell'Unione europea, previsto dall'art. 57, primo comma, del Regolamento (Ce) n. 889/2008 della Commissione, del 5 settembre 2008, recante modalità di applicazione del Regolamento n. 834/2007, come modificato dal Regolamento (Ue) n. 271/2010, del 24 marzo 2010, su prodotti provenienti da animali che sono stati oggetto di macellazione rituale senza stordimento previo, svolta secondo i requisiti fissati dal Regolamento (Ce) n. 1099/2009 del Consiglio, del 24 settembre 2009, relativo alla protezione degli animali durante l'abbattimento, segnatamente dal suo art. 4, par. 4.

IX

Corte di giustizia**Sentenza del 17 dicembre 2020 in causa n. C-336/19**

Centraal Israëlitisch Consistorie van België e altri c. Vlaamse Regering, con l'intervento di LI, Waalse Regering, Kosher Poultry BVBA e altri, Global Action in the Interest of Animals VZW (GAIA)

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Regolamento (Ce) n. 1099/2009, art. 4, par. 1 e par. 4 - Protezione degli animali durante l'abbattimento - Obbligo di stordire gli animali prima di abatterli - Regolamento (Ce) n. 1099/2009, art. 26, par. 2 - Deroga nell'ambito della macellazione rituale - Possibilità per gli Stati membri di adottare norme nazionali che mirano ad assicurare agli animali una maggiore protezione in caso di macellazione rituale - Interpretazione - Normativa nazionale che impone, in caso di macellazione rituale, uno stordimento reversibile e inidoneo a provocare la morte - Art. 13 TFUE - Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 10 - Libertà di manifestare la propria religione - Limitazione - Proporzionalità - Mancanza di consenso tra gli Stati membri dell'Unione europea - Margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati membri.

L'art. 26, par. 2, primo comma, lett. c., del Regolamento (Ce) n. 1099/2009 del Consiglio, del 24 settembre 2009, relativo alla protezione degli animali durante l'abbattimento, letto alla luce dell'art. 13 TFUE e dell'art. 10, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretato nel senso che esso non osta alla normativa di uno Stato membro che impone, nell'ambito della macellazione rituale, un processo di stordimento reversibile e inidoneo a comportare la morte dell'animale.

L'esame della terza questione pregiudiziale non ha rivelato alcun elemento atto a inficiare la validità dell'art. 26, par. 2, primo comma, lett. c., del Regolamento n. 1099/2009.

LA TUTELA DELLA LIBERTÀ RELIGIOSA NELL'UNIONE EUROPEA NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

Sommario: **1.** *La prima sentenza in materia di libertà religiosa* - **2.** *La libertà religiosa come diritto fondamentale dell'Ue* - **3.** *La rilevanza della libertà religiosa nel mondo del lavoro e nelle pratiche di macellazione rituale degli animali* - **4.** *La questione del velo: il caso Bougnaoui* - **5.** *Segue: Il caso Shamira Achbita* - **6.** *Le condizioni per lavorare presso chiese e organizzazioni pubbliche e private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali: le sentenze Egenberger e IR c. JQ* - **7.** *Segue: Il caso IR c. JQ* - **8.** *Il caso Cresco* - **9.** *I problemi legati alla macellazione rituale. Il caso Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties* - **10.** *Segue: Il caso Centraal Israëlitisch Consistorie van België e. a.* - **11.** *Segue: Il caso Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs* - **12.** *Considerazioni finali.*

1. La prima sentenza in materia di libertà religiosa

In tempi recenti la Corte di giustizia ha avuto modo di tornare più volte su questioni riguardanti la tutela della libertà religiosa nell'Unione. La prima sentenza pronunciata sul tema risale al lontano 27 ottobre 1976 in causa n. 130/75. La questione posta al suo esame riguardava una cittadina britannica, Vivien Prais, che aveva presentato domanda di partecipazione a un concorso presso le Comunità e si era trovata nell'impossibilità di parteciparvi, coincidendo la data del suo espletamento con la festività ebraica del Chavouoth (Pentecoste) nella quale la sua fede religiosa le impediva di viaggiare e scrivere. Per questo motivo aveva chiesto uno spostamento della

data della prova. Di fronte al rigetto della domanda, la signora Prais introduceva un ricorso alla Corte lamentando una discriminazione per motivi religiosi e chiedeva l'annullamento della decisione di rigetto adottata dal Consiglio nonché del concorso. A fondamento della sua domanda sosteneva che, anche se lo Statuto del Personale non lo prevedeva espressamente, la discriminazione per motivi religiosi era vietata dal diritto comunitario in quanto incompatibile con i diritti fondamentali della personalità che la Corte doveva tutelare ed evocava anche l'art. 9, n. 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

La risposta della Corte non fu particolarmente esaltante. A suo parere, infatti, «Pur essendo auspicabile che l'autorità che ha il potere di nomina si informi, in linea di massima, circa le date che per motivi religiosi potrebbero risultare sgradite ai candidati, ed eviti di scegliere detti giorni, per i motivi sopra indicati non si può affermare che lo statuto del personale o i diritti fondamentali menzionati più sopra impongano all'autorità che ha il potere di nomina di evitare che un candidato infranga un precetto religioso, se il vincolo non è stato reso noto» (punto 18). La Corte aveva aggiunto che «Pur se il convenuto deve ragionevolmente disporre affinché gli esami non si svolgano in date che, per motivi religiosi, impediscano ai candidati di presentarsi – sempreché tali date siano state tempestivamente rese note – si può affermare che nella fattispecie il convenuto è stato informato dell'impedimento dell'interessata solo allorché la data degli esami era già stata fissata, quindi era logico opporre un rifiuto (...)» (punto 19).

In questa decisione la Corte non dedica un particolare approfondimento al tema della libertà religiosa come diritto fondamentale né a quello della sua base giuridica nonostante la ricorrente abbia richiamato, da un lato, «i diritti fondamentali della personalità che la Corte deve tutelare» e, dall'altro, abbia fatto riferimento alla CEDU e al suo art. 9. Si può dire che essa sia stata particolarmente prudente, limitandosi ad auspicare che l'autorità che ha il potere di nomina si informi, in linea di massima, circa le date che per motivi religiosi potrebbero risultare sgradite ai candidati, ed eviti di scegliere detti giorni.

In pratica, la Corte addebita alla ricorrente di non aver comunicato in tempo il motivo della sua impossibilità a partecipare al concorso. Se l'avesse fatto, le autorità avrebbero dovuto tenerne conto ma, essendo ormai partita la macchina organizzativa, era impossibile fermarla. Quindi? La tutela della libertà religiosa è un valore di cui tener conto ma cede davanti all'interesse generale al buon funzionamento dell'apparato organizzativo del concorso. La Corte effettua un rapido bilanciamento tra opposte esigenze e propende per la tutela dell'interesse generale.

2. La libertà religiosa come diritto fondamentale dell'Ue

Il riconoscimento della libertà religiosa come diritto di professare, di manifestare e di praticare la propria fede, così come il suo fondamento, rinvenuto nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e nella Cedu (art. 9) e poi consacrato nella Carta (art. 10 e art. 21), è ricordato in molte delle sentenze oggetto di esame in questo contributo¹. Nella prassi della Corte, il riconoscimento di questo diritto è accompagnato dalla consapevolezza dei limiti ai quali va incontro. Non diversamente dagli altri diritti fondamentali, eccezion fatta per quelli di carattere assoluto che, come è noto, non sono suscettibili di essere confrontati con altri diritti², quello di manifestare la libertà religiosa va sempre bilanciato con altri diritti ed altre esigenze meritevoli di tutela³ tra le quali indubbiamente il principio di non discriminazione per motivi religiosi ha un posto di rilievo.

¹ Sentenze della Corte di giustizia in data 14 marzo 2017 in causa n. C-157/15, *Shamira Achbita*, punto 27, EU:C:2017:203; 14 marzo 2017 in causa n. C-188/15, *Bougnouli*, punto 28, EU:C:2017:204; 17 aprile 2018 in causa n. C-414/16, *Egenberger*, EU:C:2018:257; 29 maggio 2018 in causa n. C-426/16, *Liga van Moskeeën Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen VZW e a.*, punto 43, EU:C:2018:335; 22 gennaio 2019 in causa n. C-193/17, *Cresco*, punto 58, EU:C:2019:43; 26 febbraio 2019 in causa n. C-497/17, *Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs*, punto 48, EU:C:2019:137; 17 dicembre 2020 in causa n. C-336/19, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België*, punto 50, EU:C:2020:1031. In altre (sentenza dell'11 settembre 2018 in causa n. C-68/17, *IR c. JQ*, punto 69, EU:C:2018:696) la Corte sottolinea il carattere imperativo del divieto di qualsiasi discriminazione fondata sulla religione o sulle convinzioni personali in quanto principio generale del diritto dell'Unione ora sancito dall'art. 21 della Carta. In precedenza, il fondamento di questo principio era stato individuato nelle tradizioni costituzionali comuni e nei Trattati che lo contemplano (v. *infra*, nota 13).

² Sul tema della integrazione religiosa in Europa, si veda F. CAPELLI, *Confessioni religiose ed integrazione europea tra pluralismo e multiculturalismo*, in questa *Rivista*, 2005, pp. 179-188. Sui diritti fondamentali assoluti, A. TANCREDI, *L'emersione dei diritti fondamentali "assoluti" nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. dir. int.*, 2006, p. 644 ss., il quale non esclude che anche su di essi il giudice possa svolgere un'opera di bilanciamento. Sulle restrizioni alle quali possono andare incontro i diritti fondamentali la Corte si è soffermata spesso. Per alcuni esempi v. sentenza della Corte di giustizia del 26 giugno 1997 in causa n. C-368/95, *Familiapress*, punto 26, EU:C:1997:325; 12 giugno 2003 in causa n. C-112/00, *Schmidberger*, punti 79-81, EU:C:2003:333; 14 ottobre 2004 in causa n. C-36/02, *Omega*, punto 33, EU:C:2004:614; 11 dicembre 2007 in causa n. C-438/05, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union*, punti 44-46, EU:C:2007:772; 14 febbraio 2008 in causa n. C-244/06, *Dynamic Medien*, punto 42, EU:C:2008:85.

In casi limite la Corte ha riconosciuto anche alla libertà religiosa questa caratteristica. Nella sentenza del 5 settembre 2012, *Germania c. Y* (causa n. C-71/11) e *Z* (causa n. C-99/11), EU:C:2012:518, essa, dopo aver ricordato che il diritto alla libertà di religione sancito dall'art. 10, par. 1, della Carta corrisponde al diritto garantito dall'art. 9 della CEDU (punto 56), afferma che la libertà di religione rappresenta uno dei cardini di una società democratica e costituisce un diritto umano fondamentale, la cui violazione può presentare una gravità tale da essere assimilata ai casi contemplati all'art. 15, par. 2, della CEDU, cui fa riferimento, a titolo indicativo, l'art. 9, par. 1, della direttiva n. 2004/83/Ce che detta norme minime sull'attribuzione dello *status* di rifugiato o dello *status* conferito dalla protezione sussidiaria, per determinare quali atti in particolare devono essere considerati alla stregua di una persecuzione (punto 57).

³ Per quanto concerne il confronto del diritto in questione con altri diritti, si pensi alle situazioni in cui la sua tutela va bilanciata con l'esigenza dell'efficienza e della regolarità della funzione amministrativa, con la buona o efficiente organizzazione delle attività aziendali (per

3. La rilevanza della libertà religiosa nel mondo del lavoro e nelle pratiche di macellazione rituale degli animali

Per quel che riguarda la rilevanza di queste problematiche nel diritto dell'Unione va detto che la Corte ha avuto modo di verificare i limiti entro i quali la tutela della libertà religiosa va garantita con riferimento a due tipi di situazioni riguardanti, per una parte, il mondo del lavoro e la posizione del dipendente (anche dal punto di vista salariale) nei confronti del datore di lavoro e, per l'altra, certe tecniche rituali di macellazione degli animali praticate secondo antichi costumi da comunità religiose israelitiche e musulmane (casi *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties*; *Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs*; *Centraal Israëlitisch Consistorie*).

Per quanto concerne le questioni riguardanti il mondo del lavoro si è trattato di valutare, talvolta, la possibilità per il dipendente di manifestare sul posto di lavoro la propria appartenenza religiosa attraverso l'esibizione di simboli religiosi (sentenze *Bougnaoui* e *Shamira Achbita*), talvolta la possibilità di imporre a dipendenti il rispetto delle regole etiche dell'Ente presso cui lavorano (caso *IR c. JQ*) oppure di pretendere l'appartenenza a una certa fede religiosa come condizione per l'assunzione al lavoro (caso *Egenberger*) o, ancora, l'ammissibilità di un determinato trattamento salariale di certe festività solo per gli appartenenti a talune fedi religiose (caso *Cresco*).

Nella valutazione di queste problematiche è stata determinante la direttiva n. 2000/78/Ce che stabilisce un quadro generale per garantire la parità di trattamento tra le persone sul luogo di lavoro nell'Unione europea indipendentemente dalla loro religione o convinzione personale, disabilità, età oppure orientamento sessuale.

Nel vietare queste disparità di trattamento, la direttiva introduce una distinzione tra le discriminazioni dirette (art. 2, par. 2, lett. *a.*) e quelle indirette (art. 2, par. 2, lett. *b.*)⁴. Essa prevede, inoltre, delle eccezioni: casi, cioè, in cui sono ammessi trattamenti differenziati. Tra questi, oltre alle

quanto concerne le mense aziendali, e, sul piano più generale, quelle ospedaliere, scolastiche, carcerarie, delle case di riposo, etc.), con la tutela della salute e dell'incolumità personale sul posto di lavoro ma anche fuori di esso. Si pensi all'uso del casco da parte di motociclisti che i *sikh* non possono indossare a motivo del turbante che per motivi religiosi copre capelli mai tagliati.

⁴ La prime ricorrono quando, in ragione della religione o delle convinzioni personali, oltre che degli *handicap*, dell'età o delle tendenze sessuali, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe stata trattata un'altra in una situazione analoga. Le seconde si verificano quando è adottata una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutra che, tuttavia, genera una situazione di particolare svantaggio a persone che professano una religione o ideologia di natura diversa dalle posizioni culturali ed etniche dominanti o che rientrano nelle altre situazioni che la direttiva intende vietare.

misure che, secondo la terminologia adottata nella Cedu (v., ad esempio, art. 8, par. 2, art. 9, par. 2, art. 10, par. 2), «sono normalmente ammesse in una società democratica» (art. 2, par. 5)⁵, sono considerate quelle adottate per conseguire, con mezzi appropriati e necessari, una finalità legittima (art. 2, par. 2, lett. b., i.). La direttiva autorizza, inoltre, gli Stati a prevedere nella loro legislazione che una differenza di trattamento, basata su una caratteristica correlata alla religione (o anche alle convinzioni personali, agli *handicap*, all'età o alle tendenze sessuali) non costituisca discriminazione se, per la natura dell'attività o per il contesto in cui viene svolta, tale caratteristica costituisce un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa e se la finalità perseguita è legittima e il requisito richiesto è proporzionato (art. 4, par. 1).

Inoltre, la direttiva consente che gli Stati mantengano nella loro legislazione o introducano, in continuità con la loro prassi⁶ (e sempre che le loro Costituzioni lo consentano)⁷, regole che autorizzano chiese e organizzazioni pubbliche e private, la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali e che svolgono attività professionali, ad adottare, in relazione a queste, una differenza di trattamento basata sulla religione o sulle convinzioni personali (art. 4, par. 2). La religione e le convinzioni personali devono, tuttavia, rappresentare un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica dell'organizzazione. La direttiva consente, infine, alle stesse chiese e alle organizzazioni in questione di esigere, dalle persone che sono alle loro dipendenze, un atteggiamento di buona fede e di lealtà nei confronti della loro etica.

L'esame dei problemi posti dalle richiamate disposizioni della direttiva n. 2000/78/Ce è stato effettuato dalla Corte con riguardo a quattro casi.

In due di essi, la Corte ha dovuto valutare la legittimità dell'aspirazione all'uso del velo islamico sul posto di lavoro da parte di due donne di fede musulmana, mentre negli altri due ha dovuto stabilire l'ammissibilità della pretesa di appartenenza a una fede religiosa come condizione per l'assunzione al lavoro e la fedeltà a un certo credo per il proseguimento del rapporto di lavoro.

⁵ Si tratta delle misure previste dalla legge che, in una società democratica, sono necessarie alla sicurezza pubblica, alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione dei reati e alla tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui e che la direttiva ricorda nell'art. 1, par. 5.

⁶ In tal modo la direttiva conferma lo *status quo* nel senso che non abolisce tali prassi ma non autorizza gli Stati ad introdurre nuove regole.

⁷ In questo modo la direttiva fa salvo il giudizio finale sulla compatibilità delle disposizioni in questione con le costituzioni interne.

4. La questione del velo: il caso *Bougnaoui*

La ammissibilità dell'uso del velo islamico sul posto di lavoro da parte di fedeli musulmane è stata considerata nelle sentenze *Bougnaoui* e *Shamira Achbita* prima ricordate. La prima situazione interessava la signora *Bougnaoui* che, in qualità di ingegnere progettista, era stata alle dipendenze della ditta *Micropole* che forniva servizi di consulenza informatica. Stando a quanto riportato nella sentenza (punto 14) la ditta *Micropole* prima della sua assunzione aveva chiaramente precisato alla dipendente che, nel rispetto del principio della libertà di opinione nonché delle convinzioni religiose individuali, «quando fosse stata a contatto con i clienti dell'impresa, all'interno o all'esterno della stessa, non avrebbe potuto portare il velo in qualsiasi circostanza» ed aveva chiarito che era indispensabile che «nell'interesse e ai fini dello sviluppo dell'impresa» le scelte personali dei propri dipendenti fossero espresse con discrezione. Poiché la *Bougnaoui* si era rifiutata di ottemperare a questa prescrizione il cui rispetto era stato auspicato dalla clientela, veniva licenziata. L'interessata aveva impugnato il provvedimento il cui esame era giunto sino alla Corte di cassazione francese che aveva posto alla Corte di giustizia il quesito se, tenuto conto della natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa era espletata, il desiderio della clientela di una società di consulenza informatica che i servizi di quest'ultima non fossero forniti da una dipendente, ingegnere progettista, che indossa un velo islamico potesse costituire un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa.

La Corte ricorda che, in base alla direttiva, per essere considerato discriminatorio un trattamento differenziato praticato nell'ambito dell'attività lavorativa deve riguardare una caratteristica essenziale legata al suo svolgimento⁸, tenuto conto della natura o del contesto in cui essa viene espletata (punto 40), e che una caratteristica collegata alla religione non può costituire un requisito essenziale se non in casi strettamente limitati (punto 38). La Corte esclude che in tale caratteristica possano essere ricondotte considerazioni soggettive, quali la volontà del datore di lavoro di tener conto dei desideri particolari della clientela⁹.

⁸ Sentenza *Bougnaoui*, *cit. supra*, nota 1, punto 37: «Ciò premesso, occorre ricordare che la Corte ha più volte dichiarato che dall'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 2000/78 risulta che non è il motivo su cui è basata la disparità di trattamento a costituire un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, ma una caratteristica ad esso legata (...)».

⁹ Sentenza *Bougnaoui*, *loc. cit.*, punto 40: «(...) la nozione di "requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa", a norma di tale disposizione, rinvia a un requisito oggettivamente dettato dalla natura o dal contesto in cui l'attività lavorativa in

5. Segue: Il caso *Shamira Achbita*

Diversa è stata la conclusione della Corte nella sentenza relativa al caso *Shamira Achbita*. Anche qui era stato sollevato un problema di compatibilità della volontà della fedele musulmana di indossare il velo sul posto di lavoro, dove svolgeva le mansioni di ricevimento e di accoglienza dei clienti, con le esigenze dell'impresa che intendeva, invece, assicurare un atteggiamento di neutralità rispetto a qualsiasi manifestazione di appartenenza religiosa. A differenza che nel caso *Bougnaoui*, il divieto di manifestare con segni esteriori la propria fede religiosa o le proprie convinzioni era stato formalizzato in un regolamento interno all'azienda e riguardava tutti i dipendenti.

La Corte, ricordate le condizioni previste dall'art. 2, par. 2, lett. b., della direttiva n. 2000/78/Ce affinché un trattamento differenziato possa essere ammesso e non costituire una discriminazione indiretta, ha ritenuto che l'immagine di neutralità che l'azienda aveva inteso darsi rientrasse nella libertà di impresa riconosciuta dall'art. 16 della Carta e fosse legittima (punto 38). Nel dare, poi, al giudice di rinvio, cui spetta la valutazione finale, le indicazioni opportune la Corte ha richiamato l'attenzione a verificare se la politica di neutralità dell'impresa fosse perseguita in maniera coerente e sistematica (punto 40)¹⁰.

6. Le condizioni per lavorare presso Chiese e organizzazioni pubbliche e private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali: le sentenze *Egenberger* e *IR c. JQ*

Altri due casi riguardanti rapporti di lavoro sono stati decisi dalla Corte nella sentenza *Egenberger c. Evangelisches Werk* e nella sentenza *IR c. JQ*. In entrambe veniva in esame il potere previsto dalla legislazione tede-

questione viene espletata. Essa, per contro, non può includere considerazioni soggettive, quali la volontà del datore di lavoro di tener conto dei desideri particolari del cliente». Per cui (punto 41) «(...) la volontà di un datore di lavoro di tener conto del desiderio di un cliente che i servizi di tale datore di lavoro non siano più assicurati da una dipendente che indossa un velo islamico non può essere considerata come un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa ai sensi di detta disposizione».

¹⁰ La decisione della Corte ha suscitato diverse critiche. L. SALVADEGO, *Il divieto per i dipendenti di imprese private di esibire simboli religiosi all'esame della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. int.*, 2017, p. 808, ritiene che la Corte non abbia bilanciato in modo adeguato i diversi diritti fra loro concorrenti. Cfr. V. SESSA, *Tra abito e divisa. L'abbigliamento religioso nei luoghi di lavoro*, reperibile sul sito internet www.Diritto.it (30 aprile 2019), riferisce come in un caso simile al caso *Shamira Achbita* (caso *Eweida*) la Corte di Strasburgo aveva deciso in maniera diversa e considerato prevalente il diritto alla libertà religiosa della dipendente rispetto all'interesse del datore di lavoro di offrire all'azienda un'immagine neutrale. Critico anche J. H. H. WEILER, *Je suis Achbita*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, p. 1113.

sca, e consentito, a talune condizioni dalla direttiva n. 2000/78/Ce, di consentire a chiese e organizzazioni la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali di imporre a propri dipendenti condizioni e requisiti basati sulla religione o sulle convinzioni personali laddove, per la natura di tali attività, o per il contesto in cui vengono espletate, la religione o le convinzioni personali rappresentino un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica dell'organizzazione.

Nel primo caso trattato nella sentenza *Egenberger* la questione sollevata prendeva origine dal rigetto della domanda di assunzione al lavoro presso una chiesa evangelica tedesca (*Evangelisches Werk*) presentata dalla signora *Eva Egenberger* che, nel rispondere all'offerta di lavoro per un progetto relativo alla stesura di una relazione parallela avente ad oggetto la Convenzione internazionale delle Nazioni Unite sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, non aveva indicato, come invece era stato richiesto, a quale Chiesa rientrante nell'Associazione delle Chiese cristiane in Germania appartenesse.

La signora *Egenberger*, ritenendo che il rigetto della sua domanda comportasse una violazione del principio di non discriminazione per motivi religiosi, aveva chiesto ai giudici tedeschi il risarcimento dei danni.

Di contro, l'*Evangelisches Werk* aveva sostenuto che, considerata la natura dell'attività prevista nell'offerta di lavoro, l'appartenenza religiosa costituiva un requisito giustificato, tenuto conto delle regole della coscienza ecclesiale dell'Ente.

Il primo punto che la Corte ha dovuto affrontare riguardava la possibilità o meno che hanno i giudici di sindacare l'esercizio del potere che la direttiva n. 2000/78/Ce consente alle chiese e alle altre richiamate organizzazioni che esercitano attività professionali di pretendere dai propri dipendenti il rispetto di talune condizioni. La Corte afferma che l'esercizio di questo potere non è sottratto al controllo dei giudici (punto 62) i quali possono, quindi, verificare, se il requisito contemplato dall'art. 4, par. 2, della direttiva n. 2000/78/Ce per lo svolgimento dell'attività lavorativa sia giustificato, tenuto conto dell'attività di cui trattasi, del contesto in cui viene espletata e dell'etica della Chiesa o delle altre organizzazioni. Per la Corte, una valutazione delle prescrizioni volute dalle chiese e dalle altre organizzazioni che risultasse sottratta a un controllo esterno, non avrebbe alcun significato e priverebbe gli interessati del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti conferiti loro dal diritto dell'Unione (punto 49).

Secondo la Corte, le condizioni che legittimano le pretese delle chiese e delle altre organizzazioni non possono essere lasciate alla autonomia di chi le pone e vanno verificate alla luce della direttiva n. 2000/78/Ce. Que-

sta prevede che, per essere ammissibile, il particolare requisito richiesto dalle chiese e dalle altre organizzazioni per lo svolgimento dell'attività lavorativa presso di loro deve essere essenziale, legittimo e giustificato tenuto conto dell'etica cui si ispirano. In assenza di queste caratteristiche la pretesa delle chiese integrerebbe una violazione del principio di non discriminazione per motivi religiosi al quale la Corte riconosce carattere imperativo (punto 76)¹¹ ed effetti diretti. Ciò consente al giudice interno che, nel rispetto del principio di proporzionalità (punto 80)¹², è chiamato ad operare un contemperamento dei diritti fondamentali concorrenti, di poter disapplicare qualsiasi norma interna contraria (punto 82)¹³.

La conclusione della Corte è che «(...) il requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa ivi previsto rinvia a un requisito necessario e oggettivamente dettato, tenuto conto dell'etica della Chiesa o dell'organizzazione di cui trattasi, dalla natura o dalle condizioni di esercizio dell'attività professionale in questione, e non può includere considerazioni estranee a tale etica o al diritto all'autonomia di detta Chiesa o di detta organizzazione» (punto 69).

¹¹ Sentenza *Egenberger*, cit. supra, nota 1, punto 76. Il divieto di ogni discriminazione fondata sulla religione o sulle convinzioni personali riveste carattere imperativo in quanto principio generale del diritto dell'Unione. Sancito all'art. 21, par. 1, della Carta, tale divieto è di per sé sufficiente a conferire ai singoli un diritto invocabile nell'ambito di una controversia che li vede opposti in un settore disciplinato dal diritto dell'Unione.

¹² Nella sentenza *Egenberger*, loc. cit., la Corte precisa, infatti, (punto 80) che «Tale conclusione non è rimessa in discussione dalla circostanza che un giudice possa essere chiamato, in una controversia tra privati, a contemperare diritti fondamentali concorrenti che le parti in causa traggono dalle disposizioni del Trattato FUE e della Carta e che sia addirittura tenuto, nell'ambito del controllo che deve effettuare, ad assicurarsi che il principio di proporzionalità sia rispettato. Infatti, un simile obbligo di stabilire un equilibrio tra i diversi interessi in gioco non incide in alcun modo sull'invocabilità, in una simile controversia, dei diritti in questione (...)». Da rilevare che, come la stessa Corte sottolinea, il rispetto del principio di proporzionalità, anche se non espressamente richiamato, si impone rientrando tra i principi generali di diritto dell'Unione (punto 68). Sul punto cfr. L. LOURENÇO, *Religion, discrimination and the EU general principles' gospel*: Egenberger, *CMLR*, 2019, p. 199; A. COLOMBI CIACCHI, *The Direct Horizontal Effect of EU Fundamental Rights*, in *European Constitutional Law Review*, 2019, p. 299. Pertanto, i giudici nazionali devono verificare che il requisito richiesto dalle Chiese sia appropriato e non vada al di là di quanto è necessario per conseguire l'obiettivo perseguito.

¹³ In precedenza, la Corte aveva riconosciuto effetto diretto agli artt. 21 e 31, par. 2 della Carta anche con riguardo ad altri diritti. Con riferimento al diritto alle ferie, v. sentenza del 6 novembre 2018 in causa n. C-684/16, *Max-Planck*. In dottrina si veda S. VEZZANI, *L'efficacia diretta della Carta dei diritti fondamentali. Problemi e prospettive alla luce della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Temi e questioni di diritto dell'Unione Europea. Scritti offerti a C. Morviducci*, Bari, Cacucci, 2019, p. 199 ss. e D. VITIELLO, *L'effetto diretto della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nei rapporti orizzontali. Note a margine della recente giurisprudenza della Corte di giustizia sui diritti sociali*, ivi, p. 217 ss.; A. COLOMBI CIACCHI, *The Direct Horizontal Effect*, cit. supra, nota 12, pp. 294-305; L. LOURENÇO, *Religion, discrimination*, cit. supra, nota 12, p. 200. Sul punto v. anche L. S. ROSSI, *Stesso valore giuridico dei Trattati? Rango, primato ed effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2016, p. 349 ss. e poi i contributi in R. MASTROIANNI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2017.

7. Segue: Il caso *IR c. JQ*

Anche nella causa *IR c. JQ* veniva in esame il problema della compatibilità con il diritto Ue dell'esercizio dei poteri riconosciuti dal diritto interno ad una struttura religiosa (nella specie, si trattava di un Ente ospedaliero) di pretendere dai suoi dipendenti un comportamento di buona fede e di lealtà nei confronti dei principi etici cui essa si ispira. Tale possibilità è ammessa dall'art. 4, n. 2, della direttiva n. 2000/78/Ce.

Nel caso di specie si trattava di valutare la correttezza di una misura di licenziamento di un dipendente motivata dall'inosservanza delle regole etiche dell'Ente. A parere di quest'ultimo, il dipendente, medico di religione cattolica, incaricato di svolgere attività di consulenza e cure mediche nonché della gestione del reparto di medicina interna di cui era primario, divorziando dalla moglie e contraendo un nuovo matrimonio, senza che il precedente matrimonio religioso fosse annullato, era venuto meno agli obblighi di fedeltà all'ente religioso che aveva sottoscritto all'atto dell'assunzione. Questi, di contro, lamentava la disparità di trattamento cui era stato sottoposto rispetto a suoi colleghi di fede protestante o atei che erano rimasti, invece, alle dipendenze dell'Ente pur avendo divorziato e contratto nuovo matrimonio.

Come aveva già fatto nel caso *Egenberger*, la Corte afferma, in primo luogo, la competenza del giudice a pronunciarsi sull'autonomia che la legge tedesca riconosce alle chiese e alle organizzazioni di autoregolarsi, oltre che sulle modalità di esercizio di detta autonomia. Per la Corte i giudici devono poter valutare se i requisiti e le condizioni pretese dalle chiese per lo svolgimento dell'attività lavorativa presso di loro rispondono ai criteri previsti dalla direttiva n. 2000/78/Ce. Al riguardo rileva che la prassi tedesca che, in virtù del privilegio dell'autodeterminazione delle chiese, limitava il controllo sulle loro decisioni a un giudizio di plausibilità sulla base delle regole della coscienza ecclesiale, contrasta con il diritto Ue¹⁴. Tale prassi, infatti, impedisce di poter distinguere le situazioni che presentano una prossimità con la proclamazione del messaggio della chiesa e quelle che non presentano questo carattere.

Affinché i requisiti stabiliti dalle chiese non sfocino in trattamenti discriminatori, la Corte ricorda la necessità che sussista un nesso diretto tra detti requisiti e l'attività prestata¹⁵ e che gli stessi abbiano un carattere es-

¹⁴ Sul punto A. COLOMBI CIACCHI, *The Direct Horizontal Effect*, cit. supra, nota 12, p. 296, che evidenzia le differenze tra la direttiva e la legge tedesca e come la prima ponga un limite oggettivo per giustificare una diversità di trattamento.

¹⁵ Nel punto 50 la Corte precisa che tale nesso può derivare vuoi dalla natura di tale attività, ad esempio qualora essa comporti di partecipare alla determinazione dell'etica della chiesa

senziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto della natura di questa o del contesto in cui essa è espletata.

Quanto, poi, al carattere imperativo del principio di non discriminazione per motivi religiosi, che costituisce un imprescindibile punto di confronto nella valutazione della ricordata autonomia, la Corte ribadisce quanto già affermato nella sentenza *Egenberger*¹⁶ e cioè che esso è sancito dall'art. 21 della Carta ed è direttamente invocabile nei rapporti orizzontali (punto 69). Ciò implica che qualora in una controversia rientrante nei settori di applicazione del diritto Ue emerga un contrasto tra normativa interna e diritto UE e il giudice del rinvio ritenga «di trovarsi nell'impossibilità di assicurare un'interpretazione conforme al diritto dell'Unione della disposizione nazionale di cui trattasi, (...) dovrà disapplicare tale disposizione» (punto 70)¹⁷.

Quanto, poi, all'esito ultimo delle sue considerazioni, la Corte ricorda che spetta al giudice nazionale, che è il solo competente a valutare i fatti, stabilire se l'imposizione di un atteggiamento di buona fede e lealtà ai soli dipendenti in posizioni dirigenziali, che condividono la religione o le convinzioni personali, su cui è fondata l'etica della chiesa o dell'organizzazione in questione, sia un requisito professionale essenziale, legittimo e giustificato ai sensi dell'art. 4, par. 2, primo comma, della direttiva n. 2000/78/Ce (punto 56). Tuttavia, aggiunge che l'adesione a tale concezione del matrimonio non appare necessaria per l'affermazione dell'etica dell'Ente tenuto conto delle attività professionali svolte da *JQ* e che la stessa non risulta essere una condizione essenziale dell'attività professionale, a norma dell'art. 4, par. 2, primo comma, della direttiva n. 2000/78/Ce, circostanza che compete, tuttavia, al giudice del rinvio verificare (punto 58).

o dell'organizzazione in questione, o di collaborare alla sua missione di proclamazione, vuoi dalle condizioni nelle quali tale attività deve essere espletata, come la necessità di garantire una rappresentanza credibile della chiesa o dell'organizzazione all'esterno della stessa (v., in tal senso, sentenza del 17 aprile 2018 in causa n. C-414/16, *Egenberger*, *cit. supra*, nota 1, punti 62 e 63).

¹⁶ Sentenza *IR c. JQ*, *cit. supra*, nota 1, punto 69: «Infatti, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che ha conferito alla Carta lo stesso valore giuridico dei trattati, tale principio derivava dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Il divieto di qualsiasi discriminazione fondata sulla religione o sulle convinzioni personali riveste carattere imperativo in quanto principio generale del diritto dell'Unione ora sancito dall'articolo 21 della Carta, ed è di per sé sufficiente a conferire agli individui un diritto invocabile come tale nell'ambito di una controversia che li veda opposti in un settore disciplinato dal diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenza del 17 aprile 2018, *Egenberger*, C-414/16, EU:C:2018:257, punto 76)».

¹⁷ Nel punto 76 della sentenza *Egenberger*, *loc. cit.*, a proposito della forza dell'art. 21 della Carta la Corte aveva precisato che «(...) Il divieto di qualsiasi discriminazione fondata sulla religione o sulle convinzioni personali riveste carattere imperativo in quanto principio generale del diritto dell'Unione ora sancito dall'articolo 21 della Carta, ed è di per sé sufficiente a conferire agli individui un diritto invocabile come tale nell'ambito di una controversia che li veda opposti in un settore disciplinato dal diritto dell'Unione (...)».

8. Il caso *Cresco*

Nel caso *Cresco* veniva in esame il trattamento salariale del giorno del Venerdì Santo che la legislazione austriaca riconosce come giorno festivo unicamente in favore di dipendenti appartenenti ad alcune chiese cristiane (si tratta delle chiese evangeliche di confessione augustana e di confessione elvetica, della chiesa vetero-cattolica e della chiesa evangelica metodista), con esclusione degli altri.

Il signor *Achatzi*, dipendente dell'*Agenzia di investigazioni Cresco*, aveva lavorato il giorno di Venerdì Santo ma non aveva percepito l'indennità per lavoro festivo non essendo membro di alcuna delle chiese sopra ricordate. Lamentando di aver subito una discriminazione su base religiosa aveva presentato domanda volta ad ottenere tale pagamento.

La questione posta alla Corte era volta a stabilire se la differenza di trattamento fondata direttamente sulla religione dei lavoratori potesse essere giustificata sulla base dell'art. 2, par. 5, o dell'art. 7, par. 1, della direttiva n. 2000/78/Ce (punto 52)¹⁸.

La Corte ricorda che con la nominata direttiva il legislatore dell'Unione ha inteso prevenire e comporre, in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, un conflitto, da una parte, tra il principio della parità di trattamento e, dall'altra, la necessità di assicurare l'ordine, la sicurezza e la salute pubblici, la prevenzione dei reati nonché la tutela dei diritti e delle libertà individuali, che sono indispensabili al funzionamento di una società democratica (punto 54).

Essa ha valutato, quindi, se il beneficio riconosciuto agli appartenenti alle chiese prima indicate fosse necessario alla tutela della loro libertà religiosa. A tale riguardo ha considerato se il particolare regime salariale del Venerdì Santo, considerato giorno festivo (e retribuito come tale se lavorato), solo per i lavoratori appartenenti a determinate chiese poteva essere giustificato in funzione della partecipazione da parte dei beneficiari ai riti religiosi di quella giornata. Da parte loro le autorità austriache avevano giustificato il riconoscimento di questa giornata come festiva considerata importante per tali comunità religiose. Ma, a giudizio della Corte, questo giorno si traduce in un giorno di riposo o di svago, svincolato dalla partecipazione del fedele a riti religiosi, per cui la motivazione religiosa non ha

¹⁸ L'art. 2, par. 5, lascia impregiudicate le misure previste dalla legislazione nazionale che, in una società democratica, sono necessarie alla sicurezza pubblica, alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione dei reati e alla tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui (punto 53). Da parte sua, l'art. 7, par. 1, prevede che, allo scopo di assicurare completa parità nella vita professionale, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure specifiche dirette a evitare o compensare svantaggi correlati a uno qualunque dei motivi di cui all'art. 1.

giustificazione¹⁹. Non sussistendo effettive esigenze di tutela della libertà religiosa, la Corte ha ritenuto che il trattamento salariale del Venerdì Santo dovesse essere esteso a tutti i dipendenti.

La Corte ha escluso, quindi, l'altra eventualità propositale e cioè l'abolizione, *tout court*, di quel trattamento salariale dall'ordinamento austriaco una volta che lo stesso era stato considerato discriminatorio. Essa ricorda che «(...) in virtù di una giurisprudenza costante della Corte, quando una discriminazione, contraria al diritto dell'Unione, sia stata constatata e finché non siano adottate misure volte a ripristinare la parità di trattamento, il rispetto del principio di uguaglianza può essere garantito solo mediante la concessione alle persone appartenenti alla categoria sfavorita degli stessi vantaggi di cui beneficiano le persone della categoria privilegiata. Le persone sfavorite devono dunque essere poste nella stessa situazione in cui si trovano le persone che beneficiano del vantaggio in questione» (punto 79).

9. I problemi legati alla macellazione rituale. Il caso *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties*

La particolare macellazione rituale degli animali, invocata come manifestazione della libertà religiosa, ha sollevato delicati problemi di compatibilità con le norme Ue che dispongono regole sulla protezione degli animali durante l'abbattimento²⁰.

La Corte ha avuto modo di esprimersi su di essi nella sentenza del 29 maggio 2018 in causa n. C-426/16, relativa al caso *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties*, e nella sentenza del 17 dicembre 2020 in causa n. C-336/19, relativa al caso *Centraal Israëlitisch Consistorie*. In una terza sentenza, del 26 febbraio 2019 in causa n. C-497/17, relativa al caso *Æu-*

¹⁹ Critica su queste conclusioni N. MARCHEI, *La libertà religiosa nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, www.statoechiese.it, fasc. n. 33, 2019. A suo avviso il ragionamento della Corte, indipendentemente dagli esiti più o meno corretti ai quali giunge in relazione all'applicazione della direttiva n. 2000/78, trascura che il diritto di libertà religiosa è dotato di uno specifico riconoscimento nello spazio europeo. L'A. rileva come l'art. 10 della Carta dei diritti ci dica che la libertà di esercitare la propria fede religiosa è un diritto fondamentale per tutti e, quindi, la conclusione di relegarlo a mero adempimento di un "obbligo religioso" avrebbe necessitato quantomeno di un approfondimento sui contenuti del diritto e di un successivo bilanciamento degli interessi in gioco. Per un maggiore approfondimento sul tema del benessere degli animali, si veda E. GUALCO, *Tutela del benessere dell'animale, rispetto della libertà religiosa ed attuazione del giudizio antidiscriminatorio: il cammino della Corte di Giustizia dell'Unione Europea "dalle stalle alle stalle"*, in *Riv. giur. amb.*, n. 2/2021, p. 145 ss.

²⁰ Si tratta della direttiva n. 93/119/Ce relativa alla protezione degli animali durante la macellazione o l'abbattimento, del Regolamento (Ce) n. 853/2004 che stabilisce norme specifiche in materia di igiene per gli alimenti di origine animale e del Regolamento (Ue) n. 1099/2009 relativo alla protezione degli animali durante l'abbattimento.

vre d'assistance aux bêtes d'abattoirs, essa si è pronunciata, infine, sulla possibilità di concedere il marchio «*bio*» a prodotti animali macellati secondo modalità rituali.

Nella prima delle sentenze ricordate (caso *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties*) era stata contestata la validità dell'art. 4, par. 4, del Regolamento (Ue) n. 1099/2009 relativo alla protezione degli animali durante il loro abbattimento nella parte in cui, dopo aver consentito, in deroga alla previsione generale stabilita nel par. 1, che l'abbattimento deve essere sempre preceduto dallo stordimento al fine di evitare agli animali inutili sofferenze, la pratica della macellazione rituale, che avviene senza previo stordimento dell'animale, l'aveva subordinata, tuttavia, alla sua effettuazione in un macello. Contro questa ultima disposizione si era inutilmente battuta la *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties* nelle fasi che hanno preceduto il rinvio alla Corte della questione da parte del tribunale neerlandofono di Bruxelles. La tesi sostenuta dalla *Liga* era che il rispetto della libertà religiosa garantita dall'art. 10 Carta, richiamato dallo stesso Regolamento, dovesse comportare il riconoscimento pieno delle modalità della macellazione rituale sicché l'utilizzazione di macelli autorizzati e controllati dalla pubblica autorità sarebbe stata una inammissibile limitazione di tale libertà. In aggiunta faceva rilevare che l'esiguità del numero di tali macelli nella zona delle Fiandre, dove esiste una folta comunità musulmana osservante, rendeva oltremodo difficoltosa l'operazione di macellazione che veniva praticata in occasione della festa del sacrificio.

Per quanto riguarda l'obbligo di effettuare le macellazioni rituali solo in macelli riconosciuti, la Corte premette che «(...) la macellazione rituale di cui trattasi nel procedimento principale costituisce un rito celebrato ogni anno da un numero elevato di musulmani praticanti in Belgio al fine di rispettare un particolare precetto religioso, consistente nell'obbligo di macellare o di far macellare, senza previo stordimento, un animale la cui carne viene poi in parte consumata dalla famiglia e in parte distribuita tra i poveri, i vicini e i familiari più lontani» (punto 48) e che «(...) la suddetta macellazione rientra effettivamente nella nozione di "rito religioso", ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 4, del regolamento n. 1099/2009 (...) [e] nell'ambito di applicazione dell'articolo 10, paragrafo 1, della Carta»²¹ (punto 49). Essa ritiene che nel prevedere, in deroga alle pratiche di stordimento la macellazione rituale senza stordimento da effettuarsi «(...) in uno stabilimento assoggettato a un'autorizzazione rilasciata dalle autorità

²¹ Nel punto 49 della sentenza *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen* la Corte rileva «(...) che la suddetta macellazione rientra effettivamente nella nozione di "rito religioso", ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 4, del regolamento n. 1099/2009. Pertanto, rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 10, paragrafo 1, della Carta».

nazionali competenti e che rispetti, a tal fine, i requisiti tecnici relativi alla costruzione, alla configurazione e alle attrezzature, previsti dal regolamento n. 853/2004» (punto 55) il Regolamento «(...) dà concreta attuazione all'impegno positivo del legislatore dell'Unione di consentire la prassi della macellazione di animali senza previo stordimento, al fine di garantire l'effettivo rispetto della libertà di religione, segnatamente dei praticanti musulmani, durante la festa del sacrificio» (punto 56). Tuttavia, rileva che l'obbligo di utilizzare i soli macelli autorizzati non comporta una limitazione del diritto alla libertà religiosa in quanto ciò soddisfa l'esigenza di organizzare e regolamentare, da un punto di vista tecnico, il libero esercizio della macellazione senza stordimento²². Né ritiene, la Corte, che l'ineadeguato numero di macelli nella zona interessata possa inficiare la validità della disposizione.

10. Segue: Il caso *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e. a.*

La seconda sentenza sulla macellazione rituale, relativa al procedimento di rinvio effettuato dalla Corte costituzionale belga (caso *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a.*), va, invece, al cuore del problema della ammissibilità di questo tipo di macellazione nel contesto delle problematiche relative alla tutela della libertà religiosa e delle sue manifestazioni.

La questione posta all'esame della Corte trae origine dal divieto generalizzato all'abbattimento degli animali senza previo stordimento che era stato introdotto da una legge delle Fiandre anche nel caso di macellazioni rituali nonostante il Regolamento (Ue) n. 1099/2009 avesse ritenuto ammissibile questa pratica²³. L'introduzione del divieto da parte della legislazione delle Fiandre era stata giustificata in base alla facoltà riconosciuta agli Stati dall'art. 26, n. 2, dello stesso Regolamento (Ue) n. 1099/2009 di adottare disposizioni nazionali intese a garantire una maggiore protezione degli animali durante l'abbattimento, rispetto a quanto previsto, in diversi settori tra i quali rientrava proprio la macellazione rituale.

²² Nel punto 59 della sentenza *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen* si legge «Orbene, una regolamentazione tecnica del genere non è, di per sé, atta a comportare una limitazione del diritto alla libertà di religione dei musulmani praticanti».

²³ Mentre l'art. 4, par. 1, del menzionato Regolamento disponeva, infatti, che «Gli animali sono abbattuti esclusivamente previo stordimento, conformemente ai metodi e alle relative prescrizioni di applicazione di cui all'allegato I. La perdita di coscienza e di sensibilità è mantenuta fino alla morte dell'animale», il successivo par. 4 aveva espressamente previsto che «Le disposizioni di cui al paragrafo 1 non si applicano agli animali sottoposti a particolari metodi di macellazione prescritti da riti religiosi, a condizione che la macellazione abbia luogo in un macello».

La Corte si è dovuta, così, pronunciare sul divieto introdotto dalla legislazione delle Fiandre per le ricadute che esso comporta sulla manifestazione della libertà religiosa tutelata dagli artt. 10, 20, 21 e 22 della Carta, determinando, tale divieto, una indubbia limitazione di tale diritto. Tuttavia, la Corte dopo aver riconosciuto che «la macellazione rituale rientra nella libertà di manifestare la propria religione, garantita all'articolo 10, paragrafo 1, della Carta» (punto 52), ha evidenziato che anche la protezione del benessere degli animali costituisce un obiettivo di interesse generale riconosciuto dall'Unione²⁴. Ha aggiunto, quindi, che essendo in discussione due diritti fondamentali (art. 10 della Carta e art. 13 TFUE) «la valutazione del rispetto del principio di proporzionalità deve essere effettuata nel rispetto della necessaria conciliazione tra i requisiti connessi alla tutela dei diversi diritti e principi in questione e di un giusto equilibrio tra di essi»²⁵ e concludeva per la compatibilità del divieto con la tutela della libertà religiosa. A sostegno di questa soluzione la Corte ha rilevato che la misura era stata stabilita con legge; che comportava una ingerenza limitata nel rito della macellazione rituale; che risultava proporzionata all'obiettivo perseguito e corrispondeva a un interesse di carattere generale perseguito dall'Unione, quale il benessere degli animali. Non ultimo, tale misura presentava il carattere della necessità (punto 74). Per la Corte essa garantiva, dunque, un giusto equilibrio tra le esigenze di carattere religioso e il benessere degli animali il cui stordimento, in occasione della macellazione, costituisce un metodo di abbattimento che si basa su risultanze scientifiche (punto 72).

La Corte riconosce che l'esistenza di differenti sensibilità degli Stati sul punto giustifichi un ampio margine di discrezionalità e consenta di tener conto della percezione nazionale del problema (punto 70).

Nel punto 77 della sentenza *Centraal Israëlitisch Consistorie* la Corte afferma che al pari della CEDU, la Carta è uno strumento vivente da interpretare alla luce delle attuali condizioni di vita e delle concezioni prevalenti ai giorni nostri negli Stati democratici e che occorre tener conto dell'evoluzione dei valori e delle concezioni negli Stati membri, sia sul piano

²⁴ Così nel punto 62 della sentenza *Centraal Israëlitisch Consistorie*, nel quale la Corte ricorda la propria giurisprudenza e si richiama all'art. 13 TFUE dal quale risulta che «la protezione del benessere degli animali costituisce un obiettivo di interesse generale riconosciuto dall'Unione».

²⁵ Sentenza *Centraal Israëlitisch Consistorie*, punto 65. «Qualora più diritti fondamentali e principi sanciti dai Trattati siano in discussione, quali, nel caso di specie, il diritto garantito all'articolo 10 della Carta e il benessere degli animali sancito all'articolo 13 TFUE, la valutazione del rispetto del principio di proporzionalità deve essere effettuata nel rispetto della necessaria conciliazione tra i requisiti connessi alla tutela dei diversi diritti e principi in questione e di un giusto equilibrio tra di essi (...)».

sociale sia su quello normativo. Precisa, inoltre, che il benessere animale, in quanto valore al quale le società democratiche contemporanee attribuiscono un'importanza maggiore da un certo numero di anni, può, alla luce dell'evoluzione della società, essere preso maggiormente in considerazione nell'ambito della macellazione rituale e contribuire così a giustificare il carattere proporzionato di una normativa come quella di cui al procedimento principale.

Per questo ammette che «(...) una normativa nazionale che impone l'obbligo di stordimento previo dell'animale durante la macellazione rituale, disponendo nel contempo che tale stordimento sia reversibile e che non provochi la morte dell'animale, è idonea a realizzare l'obiettivo della promozione del benessere degli animali di cui al punto 62 della presente sentenza» (punto 66). In questo modo essa propende per la soluzione favorevole alla protezione del benessere degli animali e contro la macellazione rituale effettuata senza il loro previo stordimento.

11. Segue: Il caso *Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs*

La terza sentenza, relativa al caso *Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs*, prende origine da una domanda dell'associazione *OABA* diretta a vietare la pubblicità e la commercializzazione di prodotti di carne bovina con il marchio «Tendre France», certificati «halal» e recanti la dicitura «agricoltura biologica», ottenuta dalla macellazione senza previo stordimento.

Il problema era se il Regolamento (Ce) n. 834/2007, relativo alla produzione biologica e all'etichettatura dei prodotti biologici, e segnatamente i suoi artt. 3 e 14, par. 1, lett. *b.*, *viii.*, letti alla luce dell'art. 13 TFUE, consentisse l'apposizione del logo biologico dell'Unione europea su prodotti provenienti da animali che sono stati oggetto di macellazione rituale senza previo stordimento, dubitando che questa pratica di macellazione, pur ammessa dall'art. 4, par. 4 del Regolamento (Ue) n. 1099/2009, risponda alle esigenze perseguite da tale norma.

A tale proposito la Corte ricorda che la produzione biologica si caratterizza per l'adozione di criteri rigorosi in materia di protezione degli animali il cui benessere costituisce una delle priorità (artt. 3 e 5 del Regolamento (Ce) n. 834/2007) e richiama l'attenzione sul fatto che «(...) se è pur vero che il regolamento n. 1099/2009 precisa, al suo considerando 43, che la macellazione senza stordimento previo richiede un taglio preciso della gola con un coltello affilato al fine di “ridurre al minimo” le sofferenze dell'animale, l'impiego di una tecnica siffatta non consente di ridur-

re “il più possibile” le sofferenze dell’animale ai sensi dell’articolo 14, paragrafo 1, lettera b), viii), del regolamento n. 834/2007» (punto 49). Per la Corte, l’impiego del prefisso *bio* sull’etichetta assicura ai consumatori il massimo affidamento verso certi prodotti e assicura anche il pieno rispetto delle regole relative alla tutela del benessere degli animali laddove i metodi particolari di macellazione prescritti da riti religiosi, che sono eseguiti senza previo stordimento e che sono ammessi dall’art. 4, par. 4, del Regolamento (Ue) n. 1099/2009, non equivalgono, in termini di garanzia di un livello elevato di benessere degli animali al momento del loro abbattimento, al metodo della macellazione con stordimento previo (punto 50).

La sentenza non poteva spingersi oltre, fino al punto di negare qualsiasi spazio alle esigenze religiose che stanno alla base delle deroghe alla tecnica del previo stordimento degli animali ammesse dall’art. 4, par. 4, del Regolamento (Ue) n. 1099/2009; né la Corte poteva esprimersi sulla legittimità della pratica della macellazione rituale, pur facendovi allusione. La Corte, infatti, non può fare a meno di rilevare che il Regolamento (Ue) n. 1099/2009 ammette la prassi della macellazione rituale nel diritto dell’Unione, sia pure solo a titolo derogatorio e al fine di garantire il rispetto della libertà di religione. Essa evidenzia, tuttavia, che tale pratica non risponde all’esigenza di attenuare del tutto il dolore, l’ansia o la sofferenza degli animali in modo efficace come la macellazione preceduta da stordimento²⁶.

12. Considerazioni finali

Le sentenze sopra riportate evidenziano la cura della Corte nel trovare un punto di conciliazione e di equilibrio tra la tutela della libertà religiosa e delle sue manifestazioni ed altre esigenze, altrettanto meritevoli di tutela, con le quali essa viene a collidere.

²⁶ Nel punto 48 della sentenza *Œuvre d’assistance aux bêtes d’abattoirs*, cit. supra, nota 1, si legge: «Se è pur vero che l’articolo 4, paragrafo 4, del regolamento n. 1099/2009, letto in combinato disposto con il considerando 18 del regolamento medesimo, ammette la prassi della macellazione rituale, nel contesto della quale l’animale può essere messo a morte senza previo stordimento, tale forma di macellazione, che è autorizzata solo a titolo derogatorio nell’Unione e solo al fine di garantire il rispetto della libertà di religione (v., in tal senso, sentenza del 29 maggio 2018, Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen e a., C-426/16, EU:C:2018:335, punti da 55 a 57), non è tale da attenuare del tutto il dolore, l’ansia o la sofferenza degli animali in modo efficace come la macellazione preceduta da stordimento, che, conformemente all’articolo 2, lettera f), del regolamento stesso, letto in combinato disposto con il suo considerando 20, è necessario per indurre nell’animale uno stato di incoscienza e di perdita di sensibilità tale da ridurre considerevolmente la sua sofferenza».

Nella composizione degli interessi in conflitto la Corte si è rifatta, in primo luogo, e fin dove possibile, ai criteri fissati o comunque desumibili dalle norme rilevanti.

Per quanto riguarda i problemi sorti all'interno di rapporti di lavoro essa ha fatto riferimento, così, ai criteri specifici contemplati dalla direttiva n. 2000/78/Ce, richiamandosi all'art. 4, par. 1, nella sentenza *Bougnaoui* (punto 41), all'art. 2, par. 2, lett. a., nella sentenza *Shamira Achbita* (punto 32) e all'art. 4, par. 2, nelle sentenze *Egenberger* (punto 69) e *IR c. JQ* (punto 47).

Solo nella causa *Cresco*, nella quale la pretesa del dipendente, pur essendo rivolta contro il proprio datore di lavoro, investiva, in realtà, la legge statale che era all'origine del trattamento salariale discriminatorio da lui lamentato²⁷, la Corte ha fatto riferimento all'art. 21 della Carta e ai criteri generali contemplati dagli artt. 2, par. 5, e art. 7, par. 1, della direttiva n. 2000/78/Ce che giustificano l'adozione di misure che, in una società democratica, sono necessarie per la tutela dei diritti e delle libertà altrui, in particolare del diritto alla libertà religiosa.

Per quanto riguarda i problemi relativi alle pratiche di macellazione rituale e all'incidenza della libertà religiosa sull'esigenza di tutela della salute degli animali perseguita dal Regolamento (Ue) n. 1099/2000, la Corte ha fatto le sue valutazioni traendo, invece, argomenti dalle finalità di questo Regolamento e dall'art. 13 TFUE.

Nel caso *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties* ha affermato che l'obbligo di utilizzare macelli autorizzati previsto dall'art. 4, par. 4, del Regolamento (Ue) n. 1099/2009 non comporta, di per sé, alcuna limitazione del diritto alla libertà di religione dei musulmani praticanti, protetta dall'art. 10 della Carta, in occasione della festa del sacrificio (punto 68) e che esso si concilia con la tutela della libertà religiosa.

Nella più importante sentenza *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a.*, la Corte ha ritenuto che, alla luce delle finalità perseguite dal Regolamento (Ue) n. 1099/2009, il divieto generalizzato della macellazione rituale introdotto dalla legge delle Fiandre potesse essere giustificato e che prevalesse sulle esigenze legate alla libertà religiosa.

Nella sentenza relativa alla concessione del marchio «*bio*», la Corte si è basata sull'art. 3 e sull'art. 14, par. 1, lett. b., viii., del Regolamento (Ce) n. 834/2007 letto alla luce dell'art. 13 TFUE, ed ha ritenuto che questa norma non autorizzasse l'apposizione del logo biologico dell'Unione europea

²⁷ Nel punto 51 della sentenza *Cresco*, cit. supra, nota 1, la Corte rilevava: «Ne deriva che la normativa nazionale di cui trattasi nel procedimento principale ha l'effetto di trattare in maniera diversa, in funzione della religione, situazioni paragonabili. Essa istituisce, quindi, una discriminazione diretta fondata sulla religione, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2000/78».

su prodotti provenienti da animali che sono stati oggetto di macellazione rituale senza stordimento previo (punto 52) non equivalendo tale metodo di macellazione a quello della macellazione previo stordimento.

Nel privilegiare l'esigenza della tutela del benessere degli animali e la necessità di evitare loro dolore, ansia e sofferenze inutili rispetto alla tutela della libertà religiosa, che pure aveva trovato copertura nell'art. 4, par. 4, del Regolamento (Ue) n. 1099/2009, nella sentenza *Centraal Israëlitisch Consistorie van België* (punti 43 e 44) la Corte afferma che, in realtà, il Regolamento ha inteso riconoscere un certo grado di sussidiarietà a ciascuno Stato membro autorizzandolo ad adottare, in armonia con le sensibilità delle loro comunità nazionali, misure idonee a garantire una maggiore protezione degli animali. La Corte fa riferimento alla «*percezione nazionale*» di questa esigenza e al fatto che «in alcuni Stati membri vi è una domanda affinché siano mantenute o adottate norme in materia di benessere degli animali più ampie di quelle approvate a livello dell'Unione» (punto 70).

Nel sostenere queste argomentazioni la Corte aggiunge che (punto 77) «(...) al pari della CEDU, la Carta è uno strumento vivente da interpretare alla luce delle attuali condizioni di vita e delle concezioni prevalenti ai giorni nostri negli Stati democratici (...) cosicché occorre tener conto dell'evoluzione dei valori e delle concezioni negli Stati membri, sia sul piano sociale sia su quello normativo». Per questo, conclude affermando che «(...) il benessere animale, in quanto valore al quale le società democratiche contemporanee attribuiscono un'importanza maggiore da un certo numero di anni, può, alla luce dell'evoluzione della società, essere preso maggiormente in considerazione nell'ambito della macellazione rituale e contribuire così a giustificare il carattere proporzionato di una normativa come quella di cui al procedimento principale» (punto 77).

In conclusione è importante sottolineare come, nell'attribuire un significato particolare a certi valori e nel preferirli ad altri, la Corte si faccia interprete del modo in cui essi sono sentiti ed avvertiti nelle diverse realtà sociali, conformemente alle aspettative dei cittadini²⁸, e che, così, facendo, essa opera nel rispetto dell'art. 3 TUE il quale sancisce che «[L'Unione] rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigila sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo».

Emmanuel Pagano*

²⁸ Nel *considerando* 57 del Regolamento (Ue) n. 1099/2009 si richiama il fatto che i cittadini europei si aspettano che durante la macellazione siano rispettate norme minime in materia di benessere degli animali.

* Ricamatore di Diritto dell'Unione Europea / Università Parthenope - Napoli

SINTESI

La libertà religiosa rientra tra le libertà fondamentali garantite nel diritto dell'Unione europea. Spesso entra in conflitto con altre libertà sicché la Corte è chiamata a fare un confronto con queste. I casi esaminati hanno riguardato la libertà religiosa sul posto di lavoro, l'uso del velo islamico, la parità di trattamento, il rispetto di comportamenti pretesi dai dipendenti di chiese, ma anche l'ammissibilità di pratiche rituali di macellazione con riguardo a regole europee che tutelano la salute degli animali. Le soluzioni adottate si fanno apprezzare per prudenza ed equilibrio.

ABSTRACT

Religious freedom is one of the fundamental freedoms guaranteed in EU law. It often comes into conflict with other freedoms, so the Court is called upon to compare them. The cases examined concerned religious freedom in the workplace, the use of the Islamic veil, equal treatment, respect for the behaviour imposed to and required by church employees, but also the admissibility of ritual slaughtering practices with regard to EU rules protecting animal health. The solutions adopted are appreciated for their prudence and balance.

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

LA CORTE DI GIUSTIZIA PRECISA LE CONDIZIONI PER IL RIMPATRIO DI MINORI IN UNO STATO TERZO

I

**Corte di giustizia
Sentenza del 14 gennaio 2021 in causa n. C-441/19**

TQ c. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Spazio di libertà, sicurezza e giustizia - Art. 5, lett. a., art. 6, par. 1 e 4, art. 8, par. 1, e art. 10 - Direttiva n. 2008/115/Ce - Norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi con soggiorno irregolare - Decisione di rimpatrio di un minore non accompagnato - Interesse superiore del minore - Obbligo per lo Stato membro interessato di accertarsi, prima dell'adozione di una decisione di rimpatrio, che il minore sarà ricondotto ad un membro della sua famiglia, a un tutore designato o presso adeguate strutture di accoglienza nello Stato di rimpatrio - Distinzione in base al solo criterio dell'età del minore per il conferimento di un diritto di soggiorno - Decisione di rimpatrio non seguita da misure di allontanamento.

* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

L'art. 6, par. 1, della direttiva n. 2008/115/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, in combinato disposto con l'art. 5, lett. a., di tale direttiva, e con l'art. 24, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretato nel senso che, prima di adottare una decisione di rimpatrio nei confronti di un minore non accompagnato, lo Stato membro interessato deve effettuare una valutazione generale ed approfondita della situazione di tale minore, tenendo nella debita considerazione l'interesse superiore del bambino. In tale contesto, detto Stato membro deve accertarsi che nello Stato di rimpatrio sia disponibile un'accoglienza adeguata per il minore non accompagnato di cui trattasi¹.

L'art. 6, par. 1, della direttiva n. 2008/115, in combinato disposto con l'art. 5, lett. a., di tale direttiva e alla luce dell'art. 24, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretato nel senso che uno Stato membro non può operare una distinzione tra i minori non accompagnati in base al solo criterio della loro età, al fine di verificare l'esistenza di un'accoglienza adeguata nello Stato di rimpatrio².

L'art. 8, par. 1, della direttiva n. 2008/115 deve essere interpretato nel senso che esso osta a che uno Stato membro, dopo aver adottato una decisione di rimpatrio nei confronti di un minore non accompagnato ed essersi accertato, conformemente all'art. 10, par. 2, di tale direttiva, che questi sarà ricondotto ad un membro della sua famiglia, a un tutore designato o presso adeguate strutture di accoglienza nello Stato di rimpatrio, si astenga dal procedere successivamente al suo allontanamento fino a quando egli abbia raggiunto l'età di diciotto anni³.

II

Corte di giustizia

Sentenza del 17 marzo 2021 in causa n. C-112/20

M.A. c. État Belge

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Art. 5 Direttiva n. 2008/115/Ce - Decisione di rimpatrio del padre di un minore cittadino

dell'Unione europea - Interesse superiore del minore in sede di adozione della decisione di rimpatrio del padre.

L'art. 5 della direttiva n. 2008/115/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, in combinato disposto con l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretato nel senso che gli Stati membri devono tenere nella debita considerazione l'interesse superiore del minore prima di adottare una decisione di rimpatrio, accompagnata da un divieto d'ingresso, persino qualora il destinatario di tale decisione non sia un minore, bensì il padre di quest'ultimo⁴.

¹⁻⁴ Le sentenze, sopra massimate, hanno permesso alla Corte di precisare la portata degli obblighi degli Stati membri nei confronti dei minori, come categoria più vulnerabile, in particolare dell'obbligo di garantire che ogni minore non accompagnato sia ricondotto ad un suo familiare, ad un tutore designato o presso adeguate strutture di accoglienza nello Stato di rimpatrio. È importante, pertanto, che le autorità amministrative nazionali, nell'ambito della procedura di adozione dei propri provvedimenti contemplino il diritto all'educazione e alla frequenza scolastica, l'importanza del legame con una famiglia affidataria e considerino anche l'interesse superiore del minore che possa avere un'incidenza sul suo *status* giuridico e sul suo futuro.

Nella causa n. C-441/19 la questione pregiudiziale sull'interpretazione degli artt. 4, 21 e 24 della Carta dei diritti fondamentali, della direttiva n. 2008/115/Ce (in *Gu-Ue* n. L 348 del 2008, p. 98), nonché della direttiva n. 2011/95/UE (in *Gu-Ue* n. L 337 del 2011, p. 9) è stata proposta nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, un minore non accompagnato cittadino di un Paese terzo senza permesso di soggiorno, e, dall'altro lato, il Segretario di Stato alla Sicurezza e alla Giustizia dei Paesi Bassi in merito ad una decisione di rimpatrio adottata nei confronti del minore. Con la sua domanda di pronuncia pregiudiziale, il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte di chiarire se la prassi amministrativa attualmente in vigore nei Paesi Bassi in ordine al trattamento dei minori non accompagnati, non beneficiari di alcun diritto di protezione internazionale, sia conforme al diritto dell'Unione.

L'Avvocato Generale, nelle proprie conclusioni, ha sottolineato come la Corte dovrà altresì vigilare a che la politica istituita dall'Unione, diretta all'allontanamento o al rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare nel territorio degli Stati membri, non venga compromessa in termini di efficacia, soprattutto in periodi caratterizzati da un aumento dei flussi migratori verso l'Europa.

Il minore non accompagnato, che all'epoca dei fatti aveva quindici anni e quattro mesi, presentava nel giugno del 2017 una domanda di permesso di soggiorno a tempo determinato a titolo di diritto d'asilo che veniva respinta e doveva così essere rimpatriato. Tale decisione veniva impugnata dall'interessato facendo valere che ignorava dove risiedessero i suoi genitori e di non sapere dell'esistenza di altri familiari. Il giudice del rinvio, in *primis*, ha chiesto alla Corte se prima di adottare una decisione di rimpatrio nei confronti di un minore non accompagnato, lo Stato membro interessato debba accertarsi che nello Stato di rimpatrio sia fruibile un'accoglienza adeguata per tale minore. La Corte ha statuito sul punto affermando che lo Stato membro interessato è tenuto ad accertare la disponibilità nello Stato di rimpatrio di un'accoglienza adeguata per il minore non accompagnato.

Sulla distinzione operata dalla normativa nazionale tra minori non accompagnati di età inferiore a quindici anni e quelli di età superiore a quindici anni (per i primi le autorità nazionali dovrebbero svolgere un'indagine relativa all'esistenza di un'accoglienza adeguata nello Stato di rimpatrio prima di adottare una decisione al riguardo, mentre per i secondi

non si procederebbe preventivamente a una siffatta indagine), la Corte di giustizia ha concluso che uno Stato membro non può operare una distinzione tra i minori non accompagnati in base al solo criterio della loro età, al fine di verificare l'esistenza di un'accoglienza appropriata nello Stato di rimpatrio.

Infine, sulla circostanza che uno Stato membro, dopo l'adozione di una decisione di rimpatrio nei confronti di un minore non accompagnato, si astenga dall'effettuare l'allontanamento fino a quando egli abbia raggiunto l'età di diciotto anni, la Corte di giustizia, richiamando l'obiettivo perseguito dalla direttiva n. 2008/115/Ce che consiste nel porre in essere una efficace politica di allontanamento e di rimpatrio nel pieno rispetto dei diritti fondamentali e della dignità delle persone interessate (cfr. sentenza del 14 maggio 2020 in cause riunite n. C-924/19 PPU e n. C-925/19 PPU, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, EU:C:2020:367 e la giurisprudenza ivi citata) ha statuito che tale comportamento contrasta con l'art. 8, par. 1, della direttiva n. 2008/115/Ce.

La questione pregiudiziale nella causa n. C-112/20, avente sempre ad oggetto l'interpretazione della direttiva n. 2008/115/Ce e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è stata presentata nell'ambito di un'impugnazione proposta da M. A. contro la sentenza della Commissione belga per il contenzioso in materia di stranieri, che ha respinto il suo ricorso diretto all'annullamento delle decisioni che gli ordinavano di lasciare il territorio belga (per reati commessi in Belgio e perché considerato un pericolo per l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale) e gli vietavano l'ingresso in tale territorio. In questo caso il destinatario della decisione non era un minore, bensì un suo familiare.

Il Consiglio di Stato belga, in qualità di giudice nazionale investito della controversia, ha deciso di sospendere il giudizio e di rivolgersi alla Corte per chiarire se l'interesse superiore del minore debba essere tenuto in considerazione prima di adottare una decisione di rimpatrio, accompagnata da un divieto d'ingresso, anche qualora il destinatario di tale decisione sia il padre del minore. La Corte aveva già statuito sul punto, (cfr. in questo senso, sentenza dell'8 maggio 2018 in causa n. C-82/16, *K.A. e a.*, concernente il ricongiungimento familiare in Belgio, EU:C:2018:308) e la necessità di tenere in debita considerazione l'interesse del minore deve essere preminente ed in linea con l'obiettivo perseguito dall'art. 5 della direttiva n. 2008/115 (cfr., per analogia, sentenze del 14 febbraio 2019 in causa n. C-345/17, *Buivids*, EU:C:2019:122 e del 26 marzo 2019 in causa n. C-129/18, *S.M.*, concernente un minore posto sotto il regime della *kafala* algerina, EU:C:2019:248 e la giurisprudenza ivi citata).

CONFISCA DEI BENI

Corte di giustizia

Sentenza del 14 gennaio 2021 in causa n. C-393/19

Procedimento penale a carico di OM, con l'intervento di Okrazhna prokuratura – Haskovo e Apelativna prokuratura – Plovdiv

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Art. 17 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - Diritto di proprietà - Diritto a un ricorso effettivo - Decisione quadro n. 2005/212/GAI - Confisca di beni, strumenti e proventi di reato - Prove materiali di un presunto

reato di contrabbando - Direttiva n. 2014/42/UE - Congelamento e confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea - Normativa nazionale che prevede la confisca, a favore dello Stato, del bene utilizzato per commettere il reato di contrabbando doganale - Bene appartenente a un terzo in buona fede - Soggetto privato di un diritto ad un ricorso effettivo - Sussistenza del contrasto con la normativa comunitaria.

L'art. 2, par. 1, della decisione quadro n. 2005/212/GAI del Consiglio del 24 febbraio 2005, relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato, letto alla luce dell'art. 17, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dev'essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale che consente la confisca di uno strumento utilizzato per commettere un reato di contrabbando aggravato, qualora tale strumento appartenga a un terzo in buona fede¹.

L'art. 4 della decisione quadro n. 2005/212/GAI, letto alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, dev'essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale che consente la confisca, nell'ambito di un procedimento penale, di un bene appartenente a una persona diversa da quella che ha commesso il reato, senza che tale prima persona disponga di un effettivo mezzo giuridico di tutela².

¹⁻² La questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 17, par. 1, e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è stata presentata nell'ambito di un procedimento penale a carico di OM per la confisca, avvenuta in seguito alla condanna di quest'ultimo per contrabbando doganale aggravato, di un bene utilizzato per commettere il reato e appartenente a un terzo in buona fede.

OM, in qualità di autista impiegato in una società turca di trasporti internazionali, durante un trasporto tra Istanbul (Turchia) e Delmenhorst (Germania), accettava da un terzo di trasportare illegalmente, dietro compenso, monete antiche in Germania. Successivamente, nel corso di un controllo doganale le monete venivano scoperte. Le monete, il trattore stradale, il semirimorchio (di proprietà della società turca) venivano trattenuti quali prove materiali del presunto reato di contrabbando.

La domanda della società turca per il rilascio dei propri beni veniva respinta e i beni confiscati in seguito alla condanna di OM per contrabbando aggravato. Ed è in tale contesto che il giudice del rinvio (Corte d'appello di Plovdiv, Bulgaria) ha sottolineato come il sequestro previsto dalla disposizione applicabile – anche quando il mezzo di trasporto che è servito a trasportare l'oggetto del contrabbando non appartiene all'autore del reato – possa generare uno squilibrio tra l'interesse del terzo proprietario che non ha partecipato e che non ha nessun collegamento con il reato contestato, e l'interesse dello Stato a sequestrare tale bene in quanto utilizzato per commettere il reato. Il giudice del rinvio si è, così, rivolto alla Corte di giustizia per chiarire se una normativa nazionale che consente la confisca di uno strumento utilizzato per commettere un reato di contrabbando aggravato, qualora tale strumento appartenga a un terzo in buona fede, contrasti con il diritto dell'Unione, in particolare con l'art. 2, par. 1, della decisione quadro n. 2005/212/GAI, in combinato disposto con l'art. 17, par. 1, della Carta.

Da tale decisione si evince che i diritti dei terzi devono essere tutelati quando questi ultimi sono in buona fede. Inoltre, ogni persona ha il diritto di godere della proprietà dei beni

che ha acquisito legalmente, di usarli e di disporne (l'art. 17, par. 1, della Carta).

Dall'art. 52, par. 1, della Carta, si deduce che possono essere apportate limitazioni all'esercizio dei diritti, a condizione che tali limitazioni rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale e non costituiscano, rispetto allo scopo prefissato, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa del diritto che viene garantito (v., in tal senso, sentenza del 16 luglio 2020 in causa n. C-686/18, *Adusbef e Federconsumatori*, EU:C:2020:567).

A parere della Corte, la normativa bulgara non rispetta il diritto di proprietà garantito dall'art. 17, par. 1, della Carta nella parte in cui prevede che i beni di un terzo in buona fede utilizzati per la commissione di un reato di contrabbando aggravato possano essere oggetto di una misura di confisca. In tali circostanze, occorre considerare che, nell'ambito dell'art. 2, par. 1, della decisione quadro n. 2005/212/Ce, la confisca non può estendersi ai beni dei terzi in buona fede.

Infine, la Corte di giustizia richiamando le argomentazioni del giudice del rinvio relative al fatto che un terzo i cui beni siano stati oggetto di un provvedimento di confisca non dispone di un accesso diretto alla giustizia in forza della normativa bulgara applicabile, non essendo in grado di far legittimamente valere i propri diritti, ha concluso che, in una controversia come quella di cui al procedimento principale, un terzo il cui bene è confiscato con tali modalità, è privato del diritto ad un ricorso effettivo e, pertanto, la normativa nazionale che consente la confisca in tali circostanze è contraria al diritto comunitario.

**IL TRIBUNALE DICHIARA L'ASSENZA DI UN RISCHIO
DI CONFUSIONE TRA IL MARCHIO COLLETTIVO «HALLOUMI»,
RISERVATO AI MEMBRI DI UN'ASSOCIAZIONE CIPRIOTA
E IL SEGNO «BBQLOUMI»**

Tribunale dell'Unione europea

Sentenza del 20 gennaio 2021 in causa n. T-328/17 RENV

Foundation for the Protection of the Traditional Cheese of Cyprus named Halloumi c. EUIPO - M. J. Dairies (BBQLOUMI)

Marchio UE - Procedimento di opposizione - Domanda di marchio Ue figurativo BBQLOUMI - Marchio denominativo collettivo Ue anteriore HALLOUMI - Impedimento relativo alla registrazione - Nessun rischio di confusione tra i marchi in conflitto - Confronto tra prodotti e servizi - Debole grado di somiglianza - Debole grado di carattere distintivo - Regolamento (Ue) n. 2017/1001.

Secondo costante giurisprudenza, costituisce rischio di confusione il rischio che il pubblico possa credere che i prodotti o i servizi di cui trattasi provengano dalla stessa impresa o da imprese economicamente colle-

gate. Secondo la stessa giurisprudenza, il rischio di confusione deve essere valutato globalmente, secondo la percezione del pubblico di riferimento dei segni e dei prodotti o servizi in questione e tenendo conto di tutti i fattori pertinenti alle circostanze della fattispecie, in particolare l'interdipendenza tra la somiglianza dei segni e quella dei prodotti o servizi contemplati (v. sentenza del 22 settembre 2016, *Sun Cali / EUIPO - Abercrombie & Fitch Europe (SUN CALI)*, T-512/15, EU:T:2016:527, punto 44 e giurisprudenza ivi citata)¹.

Di fronte al marchio richiesto e supponendo che focalizzino anche la loro attenzione sull'elemento «loumi» – cosa improbabile data la posizione secondaria occupata da tale elemento in quel marchio – o anche supponendo che percepiscano che l'elemento figurativo che rappresenta un piatto, che è presente in tale marchio come possibile riferimento al formaggio halloumi grigliato sul barbecue, i consumatori non stabiliranno un nesso tra tale marchio e il marchio anteriore poiché, in primo luogo, stabiliranno al massimo un nesso tra tale marchio e i prodotti che designa, vale a dire il formaggio halloumi, e, in secondo luogo, i marchi in questione, considerati nel loro insieme, presentano solo un basso grado di somiglianza².

Inoltre, sembra che i chiarimenti forniti dalla ricorrente in udienza relativi all'analisi del marchio richiesto, riguardanti, in particolare, il significato degli elementi combinati «bbq» e «loumi» nel marchio richiesto, congiuntamente con il messaggio trasmesso dalla rappresentazione grafica che compone tale marchio (v. punto 42 [...]), non differiscono in modo significativo dai fattori rilevanti invocati nella presente causa nella valutazione globale del rischio di confusione (v. punti 60 e 61 [...]). In ogni caso, si deve ricordare che tali elementi sono stati fissati nella sentenza originaria, senza essere rimessi in discussione dalla sentenza di appello. La precisazione fornita dalla ricorrente non rimette quindi in discussione la valutazione globale del rischio di confusione effettuata nel caso di specie³.

Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, si deve rilevare che, nel caso di specie, la commissione di ricorso ha correttamente ritenuto che non sussistesse alcun rischio di confusione. La quarta parte e, quindi, il motivo unico devono quindi essere respinti e il ricorso nel suo insieme, senza che occorra esaminare la ricevibilità delle censure, in particolare di quelle dirette alla modifica, formulate dal ricorrente nelle sue osservazioni sul prossimo passo da compiere nel procedimento⁴.

Quando il marchio anteriore è un marchio collettivo dell'Unione europea, la Corte ha osservato, al punto 64 della sentenza impugnata, che il rischio di confusione doveva essere inteso come il rischio che il pubblico

potesse credere che i prodotti o servizi contraddistinti dal marchio anteriore e quelli coperti dal marchio richiesto provengono tutti da membri dell'associazione titolare del marchio anteriore o, se del caso, da imprese economicamente legate a tali membri o a tale associazione (v. punto 30 [...])⁵.

Il ricorso è respinto⁶.

La Fondazione per la protezione del formaggio tradizionale di Cipro, denominata Halloumi, è condannata alle spese relative al procedimento instaurato dinanzi al Tribunale e al procedimento d'impugnazione dinanzi alla Corte di giustizia⁷.

¹⁻⁷ Il Tribunale dell'Unione europea ha dichiarato che non esiste nessun rischio di confusione tra il marchio denominato «HALLOUMI» relativo al formaggio cipriota e il marchio «BBQLOUMI».

Con sentenza del 5 marzo 2020 in causa n. C-766/18 P, *Foundation for the Protection of the Traditional Cheese of Cyprus denominata Halloumi c. EUIPO*, EU:C:2020:170, annotata in questa *Rivista*, 2020, p. 46, la Corte di giustizia, investita di un'impugnazione contro la sentenza del Tribunale, aveva annullato la sentenza originaria e rinviato la causa al Tribunale basando la propria decisione sulla circostanza secondo la quale se il carattere distintivo del marchio anteriore cipriota HALLOUMI è debole, ciò non esclude l'esistenza di un rischio di confusione sull'origine dei prodotti delle due diverse società.

Il nuovo esame sull'esistenza effettiva di un rischio di confusione è stata, così, rimessa al Tribunale che è tornato a pronunciarsi su tale questione che vede coinvolti i consumatori di formaggi designati «BBQLOUMI» di un produttore bulgaro e i prodotti del marchio collettivo «HALLOUMI» dei caseifici ciprioti.

Con la sentenza, sopra massimata, il Tribunale ha respinto il ricorso dell'associazione cipriota dichiarando che l'EUIPO ha correttamente concluso nell'affermare l'assenza di un rischio di confusione tra i segni in conflitto.

Il Tribunale, ha precisato *in primis* che l'esistenza di un rischio di confusione presuppone sia che i marchi in conflitto siano identici o simili sia che i prodotti o servizi da essi coperti siano identici o simili.

Per quanto riguarda l'elemento relativo alla somiglianza dei segni di cui trattasi, esso si basa, in primo luogo, sulla presenza in ciascuno di detti segni dell'elemento «loumi» e l'attenzione dei consumatori sarà maggiormente attirata sulla parte iniziale del marchio, nella fattispecie «bbq», piuttosto che sulla parte finale «loumi». A parere del Tribunale, il debole carattere distintivo del marchio anteriore non osta, di per sé, alla constatazione dell'esistenza di un rischio di confusione (cfr. ordinanza del 27 aprile 2006 in causa n. C-235/05 P, *L'Oréal c. UAMI*, non pubblicata, EU:C:2006:271; sentenza dell'8 novembre 2016 in causa n. C-43/15 P, *BSH c. EUIPO*, EU:C:2016:837, sentenza del 22 febbraio 2018 in causa n. T-210/17, *International Gaming Projects c. EUIPO - Zitro IP (TRIPLE TURBO)*, non pubblicata, EU:T:2018:91, e giurisprudenza ivi citata e del 20 settembre 2018 in causa n. T-266/17, *Kwizda Holding c. EUIPO - Dermapharm (UROAKUT)*, EU:T:2018:569).

A parere del Tribunale, dunque, è difficile che il basso grado di somiglianza dei segni in questione possa determinare un reale rischio di confusione, poiché tali segni posseggono un elemento comune «loumi», che non ha carattere dominante e un carattere distintivo proprio debole per gran parte del pubblico di riferimento.

Il Tribunale ha, infine, affermato che il grado di carattere distintivo del marchio collettivo anteriore è debole e che un rischio di confusione sussiste solo se il pubblico di riferimento può essere indotto in errore circa l'origine commerciale dei prodotti designati dal marchio richiesto, situazione che non si verifica nel caso di specie.

LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA SULLE MISURE RESTRITTIVE CONTRO IL *FRAMING*

Corte di giustizia

Sentenza del 9 marzo 2021 in causa n. C-392/19

VG Bild-Kunst c. Stiftung Preußischer Kulturbesitz

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Proprietà intellettuale - Diritto d'autore e diritti connessi nella società dell'informazione - Art. 3, par. 1, direttiva n. 2001/29/Ce - Nozione di «comunicazione al pubblico» - Incorporazione con la tecnica del *framing*, sul sito internet di un terzo, di un'opera protetta dal diritto d'autore - Opera liberamente accessibile con l'autorizzazione del titolare del diritto d'autore sul sito internet di un licenziatario - Contratto di sfruttamento - Liceità dell'obbligo di introdurre adeguate misure tecnologiche contro il *framing* - Diritti fondamentali - Art. 11 e art. 17, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - Regola dell'esaurimento del diritto di comunicazione - Contemperamento dell'interesse dei titolari del diritto d'autore e dei diritti connessi alla protezione della loro proprietà intellettuale - Tutela degli interessi e dei diritti fondamentali degli utilizzatori dei materiali protetti, in particolare della loro libertà di espressione e d'informazione.

L'art. 3, par. 1, della direttiva n. 2001/29/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, deve essere interpretato nel senso che costituisce una comunicazione al pubblico ai sensi di tale disposizione il fatto di incorporare, mediante la tecnica del framing, in una pagina internet di un terzo, opere protette dal diritto d'autore e messe a disposizione del pubblico in libero accesso con l'autorizzazione del titolare del diritto d'autore su un altro sito internet, qualora tale incorporazione eluda misure di protezione contro il framing adottate o imposte da tale titolare¹.

¹ Secondo una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia i collegamenti ipertestuali a materiali protetti dal diritto d'autore, messi a disposizione del pubblico in modo liberamente accessibile su internet con l'autorizzazione del titolare di tali diritti, non costituiscono atti che richiedono ulteriore autorizzazione di detto titolare (cfr. sentenza del 13 febbraio 2014 in causa n. C-466/12, *Svensson e a.*, EU:C:2014:76). Se il titolare dei diritti d'autore utilizza mezzi tecnici destinati a impedire l'uso della sua opera sotto forma di collegamenti ipertestuali e mediante il *framing* viene a modificarsi la valutazione sotto il profilo del diritto d'autore? A questo interrogativo ha cercato di rispondere la Corte di

giustizia nella sentenza sopra massimata.

La questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 3, par. 1, della direttiva n. 2001/29/Ce (in *Guce*, n. L 167 del 2001, p. 10) è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposte, da un lato la VG Bild-Kunst, una società tedesca di gestione dei diritti d'autore nel campo delle arti visive, e, dall'altro lato, la Stiftung Preußischer Kulturbesitz (di seguito denominata SPK), una fondazione tedesca per il patrimonio culturale per il rifiuto della VG Bild-Kunst di stipulare un contratto di licenza con la SPK per l'utilizzo del suo catalogo di opere senza l'inclusione di una clausola che obblighi la licenziataria SPK, ad attuare, quando utilizza opere e materiali protetti, misure tecnologiche adeguate contro il *framing* delle opere e di tutti i materiali protetti da parte di terzi soggetti non autorizzati.

L'Avvocato Generale definisce il *framing* come «una tecnica che consente di suddividere lo schermo in più parti, ognuna delle quali può visualizzare, in modo autonomo, una pagina o una risorsa Internet diversa. Così, in una parte dello schermo può essere visualizzata la pagina Internet originaria e, nell'altra parte, può essere visualizzata una pagina o un'altra risorsa proveniente da un altro sito. Quest'altra pagina non è riprodotta sul server del sito del *framing*, ma viene consultata direttamente tramite un *deep link*. L'indirizzo URL della pagina di destinazione di tale link è spesso nascosto, in modo che l'utente possa avere l'impressione di consultare una singola pagina Internet, quando in realtà ne sta consultando due (o più)».

La SPK, ritenendo che la pretesa della VG Bild-Kunst violasse la normativa comunitaria, si è rivolta al giudice del rinvio per far accertare l'illegittimità del comportamento della VG Bild-Kunst. Il Bundesgerichtshof adito in ultima istanza si è, dunque, rivolto alla Corte di giustizia per far accertare se l'inclusione mediante *framing*, nel sito internet di un terzo, di un'opera disponibile, con il consenso del titolare dei diritti d'autore, su un sito internet liberamente accessibile costituisca una comunicazione al pubblico. La Corte ha risposto positivamente a tale quesito qualora l'inserimento eluda le misure di tutela contro il *framing* e imposte al titolare del diritto d'autore.

Nel caso di specie, il titolare del diritto d'autore ha richiesto ai suoi licenziatari l'uso di misure restrittive contro il *framing* in modo da limitare l'accesso alle sue opere da siti internet diversi da quello dei suoi licenziatari. In tal modo la VG Bild-Kunst ha espresso la propria intenzione di subordinare l'autorizzazione ad effettuare la comunicazione di tali opere su internet a condizioni che limitano il pubblico di tali opere ai soli utenti di un determinato sito internet. La Corte ha, altresì, precisato che la messa a disposizione iniziale sul sito originale e la messa a disposizione secondaria, tramite *framing*, costituiscono comunicazioni al pubblico differenti, ciascuna delle quali deve, quindi, essere autorizzata dai titolari dei diritti interessati (cfr. sentenza del 29 novembre 2017 in causa n. C-265/16, *VCAST*, EU:C:2017:913, annotata in questa *Rivista*, 2017, p. 616). Nonostante i collegamenti ipertestuali utilizzati nell'ambito della tecnica del *framing* contribuiscano al corretto funzionamento di internet, il titolare del diritto d'autore deve essere libero di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico delle sue opere ai sensi dell'art. 3, par. 1 e 3, della direttiva n. 2001/29/Ce. Tale tecnica costituisce una messa a disposizione ad un pubblico nuovo che, come tale, deve ricevere l'autorizzazione dei titolari dei diritti interessati (sulla regola di esaurimento del diritto di comunicazione che priverebbe il titolare del diritto della possibilità di richiedere un adeguato compenso per l'utilizzo della sua opera, cfr. sentenza del 7 agosto 2018 in causa n. C-161/17, *Renckhoff*, EU:C:2018:634, annotata in questa *Rivista*, 2018, p. 433).

**LIMITI AMMISSIBILI AGLI OBBLIGHI PROFESSIONALI
DA OSSERVARE NEI RAPPORTI TRA GLI AVVOCATI
CHE ESERCITANO IN PROCEDIMENTI GIURISDIZIONALI
NAZIONALI DINANZI AL GIUDICE ADITO E GLI AVVOCATI
PRESTATORI DI SERVIZI CHE RAPPRESENTANO I CLIENTI
IN FORZA DEL MANDATO RICEVUTO**

I

Corte di giustizia

Sentenza del 25 febbraio 1988 in causa n. C-427/85

Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica federale di Germania

Art. 260 TFUE (art. 169 Trattato Cee) - Inadempimento di uno Stato - Libera prestazione di servizi da parte degli avvocati - Art. 5 direttiva n. 77/249/Cee -Attuazione - Obbligo di concertazione con un avvocato locale - Regola della territorialità dell'esercizio dell'avvocatura non applicabile agli avvocati prestatori di servizi - Sussistenza dell'inadempimento.

La Repubblica federale di Germania è venuta meno agli obblighi imposti dagli artt. 59 e 60 del Trattato CEE e dalla direttiva del Consiglio n. 77/249/Cee, intesa a facilitare l'esercizio effettivo della libera prestazione di servizi da parte degli avvocati,

- imponendo all'avvocato prestatore di servizi l'obbligo di agire di concerto con un avvocato stabilito nel territorio tedesco anche nei casi in cui il diritto tedesco non prescrive l'assistenza obbligatoria di un avvocato;

- prescrivendo che l'avvocato tedesco con il quale il prestatore di servizi deve agire di concerto sia a sua volta mandatario ad litem o difensore nell'ambito della causa;

- prescrivendo che l'avvocato prestatore di servizi possa intervenire all'udienza solo se accompagnato da detto avvocato tedesco;

- imponendo per la prova della concertazione fra i due avvocati modalità ingiustificate;

- imponendo, senza contemplare deroghe, all'avvocato prestatore di servizi l'obbligo di farsi accompagnare da un avvocato tedesco qualora visiti un detenuto e di corrispondere con un detenuto solo tramite detto avvocato tedesco;

- assoggettando gli avvocati prestatori di servizi al principio dell'esclusività territoriale stabilito dall'art. 52, n. 2, della Bundesrechtsanwaltsordnung¹.

II

Corte di giustizia**Sentenza del 10 luglio 1991 in causa n. C-294/89**

Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese

Art. 260 TFUE (art. 169 Trattato Cee) - Inadempimento di uno Stato - Libera prestazione di servizi da parte degli avvocati - Art. 5 direttiva n. 77/249/Cee - Attuazione - Ambito di applicazione *ratione personae* - Esclusione dei cittadini nazionali che esercitano la professione di avvocato in un altro Stato membro - Inammissibilità - Obbligo di concertazione con un avvocato locale - Ambito di applicazione - Modalità - Regola della territorialità del patrocinio applicabile agli avvocati locali - Inapplicabilità all'avvocato prestatore di servizi - Sussistenza dell'inadempimento.

La Repubblica francese è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in forza degli artt. 59 e 60 del Trattato CEE e della direttiva del Consiglio 22 marzo 1977, n. 77/249/Cee, intesa a facilitare l'esercizio effettivo della libera prestazione dei servizi in Francia da parte degli avvocati:

- privando i cittadini francesi che esercitano la professione forense in uno Stato membro diverso dalla Repubblica francese del beneficio delle norme relative alla libera prestazione di servizi in Francia da parte degli avvocati;

- obbligando l'avvocato prestatore di servizi ad agire di concerto con un avvocato iscritto ad un albo francese per l'esercizio di attività dinanzi ad autorità e ad organi non giurisdizionali nonché per l'esercizio di attività per le quali la legge francese non impone l'assistenza obbligatoria di un avvocato;

- prescrivendo che in materia civile e quando la sua presenza è obbligatoria l'avvocato prestatore di servizi patrocinante dinanzi ad un Tribunal de grande instance ricorra ad un avvocato iscritto all'albo di tale tribunale o abilitato a patrocinare dinanzi ad esso, al fine di patrocinare o di esperire gli atti processuali².

III

Corte di giustizia**Sentenza del 10 marzo 2021 in causa n. C-739/19**

VK c. An Bord Pleanála, con l'intervento di: The General Council of the Bar of Ireland, The Law Society of Ireland and the Attorney General

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Libera prestazione di servizi da parte degli avvocati - Art. 5 direttiva n. 77/249/Cee - Obbligo per un avvocato prestatore che rappresenta un cliente nell'ambito di un procedimento giurisdizionale nazionale di agire di concerto con un avvocato che eserciti dinanzi al giudice adito - Restrizione - Limitazione necessaria - Buona amministrazione della giustizia - Ragioni di interesse pubblico.

L'art. 5 della direttiva n. 77/249/Cee del Consiglio del 22 marzo 1977 intesa a facilitare l'esercizio effettivo della libera prestazione di servizi da parte degli avvocati, dev'essere interpretato nel senso che:

- esso non osta, in quanto tale, in considerazione dell'obiettivo della buona amministrazione della giustizia, a che a un avvocato, prestatore di servizi di rappresentanza del suo cliente, venga imposto di agire di concerto con un avvocato che eserciti dinanzi al giudice adito e che sarebbe in caso di necessità responsabile nei confronti di tale giudice, nell'ambito di un sistema che impone agli avvocati obblighi deontologici e procedurali come quelli di sottoporre al giudice adito qualsiasi elemento giuridico, legislativo o giurisprudenziale, ai fini del regolare svolgimento del procedimento, dai quali il singolo è dispensato qualora decida di provvedere egli stesso alla propria difesa;

- non è sproporzionato, in considerazione dell'obiettivo della buona amministrazione della giustizia, l'obbligo per un avvocato prestatore di agire di concerto con un avvocato che eserciti dinanzi al giudice adito, in un sistema in cui entrambi gli avvocati hanno la possibilità di definire i propri rispettivi ruoli, ove l'avvocato che esercita dinanzi al giudice adito è, in generale, chiamato soltanto ad assistere l'avvocato prestatore al fine di consentirgli di garantire l'adeguata rappresentanza del cliente e la corretta esecuzione dei suoi obblighi nei confronti di tale giudice;

- un obbligo generale di agire di concerto con un avvocato che eserciti dinanzi al giudice adito, che non consenta di tenere conto dell'esperienza dell'avvocato prestatore, andrebbe oltre quanto è necessario per conseguire l'obiettivo della buona amministrazione della giustizia³.

¹⁻³ Con le tre sentenze, sopra massimate, la Corte di giustizia è stata chiamata ad interpretare la direttiva n. 77/249/Cee (in *Guce* n. L 78 del 1977, p. 17) sugli avvocati e a chiarire la portata del margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati dalla direttiva nell'ambito dell'obbligo di concertazione. In tale contesto, la necessità che si pone è di armonizzare la libera prestazione dei servizi, di cui al vigente art. 56, 1° comma, TFUE, con altri legittimi interessi, quali la necessità di assicurare la tutela del soggetto che usufruisce di servizi legali e di proteggere una buona amministrazione della giustizia.

Con le prime due pronunce (causa n. C-427/85, *Commissione c. Germania* e causa n. C-294/89, *Commissione c. Francia*) la Corte ha avuto, pertanto, la possibilità di chiarire la modalità dell'obbligo «di concerto» con un avvocato o un procuratore, o un *avoué* locale,

come indicato all'art. 5 della direttiva ai sensi del quale: «Per l'esercizio delle attività relative alla rappresentanza e alla difesa in giudizio di un cliente, ogni Stato membro può imporre agli avvocati di cui all'art. 1: di essere introdotti, secondo le regole o consuetudini locali, presso il presidente della giurisdizione e, eventualmente, presso il presidente dell'ordine degli avvocati competente nello Stato membro ospitante; di agire di concerto con un avvocato che eserciti dinanzi alla giurisdizione adita e che sarebbe in caso di necessità responsabile nei confronti di tale giurisdizione, o con un "procuratore" o con un "avoué" che eserciti presso di essa».

Nella prima pronuncia (*Commissione c. Germania*, causa n. 427/85) la Corte ha sottolineato come nelle controversie per le quali la normativa tedesca non prescriveva l'assistenza obbligatoria di un avvocato, le parti potevano provvedere esse stesse alla loro difesa in giudizio e come, per le stesse controversie, la normativa tedesca consentiva l'affidamento della difesa ad un soggetto che non fosse né avvocato, né specialista, purché non agisse professionalmente. Inoltre, la Corte ha constatato che, in tali circostanze, risultava che nessuna considerazione di pubblico interesse poteva giustificare, per quanto riguardava le azioni giudiziarie per le quali l'assistenza obbligatoria di un avvocato non era prescritta, l'obbligo di agire di concerto con un avvocato tedesco imposto ad un avvocato iscritto in un albo di un altro Stato membro che prestasse i suoi servizi professionalmente.

Di conseguenza, poiché la normativa tedesca imponeva, in tali controversie, all'avvocato prestatore di servizi di agire unitamente ad un avvocato abilitato ad esercitare dinanzi al giudice adito, la Corte ha dichiarato che tale normativa era contraria alla direttiva n. 77/249/Cee e alle disposizioni del Trattato relative alla libera prestazione dei servizi.

Nella seconda pronuncia (*Commissione c. Francia*, C-294/89), la Corte ha rilevato, che, per taluni procedimenti, la legge francese non richiedeva che le parti fossero assistite da un avvocato, permettendo alle stesse di provvedere direttamente alla loro difesa ad eccezione dei procedimenti dinanzi ai tribunali del commercio, per i quali le parti dovevano farsi assistere e rappresentare da un soggetto provvisto di un mandato speciale (non avvocato). Inoltre, l'avvocato prestatore di servizi non poteva essere obbligato ad agire insieme ad un avvocato patrocinante presso il giudice adito, nell'ambito di azioni giudiziarie per le quali la legge francese non imponeva l'assistenza obbligatoria da parte di un avvocato.

In entrambe le controversie, dalle quali sono scaturite le due sentenze sopra citate, le normative nazionali consentivano alle parti di provvedere esse stesse alla propria difesa e gli obblighi incombenti alle parti e al giudice per quanto riguarda l'identificazione delle norme giuridiche pertinenti erano (contrariamente a quelli applicabili nel procedimento di cui alla causa n. C-739/19, v. *infra*) gli stessi, sia che la parte provvedesse essa stessa alla propria difesa sia che si facesse assistere da un avvocato.

Tali pronunce sono state espressamente richiamate nella terza sentenza, sopra massimata, relativa alla causa n. C-739/19. In tale causa la Corte Suprema irlandese ha sottoposto ai giudici comunitari quattro questioni pregiudiziali sull'interpretazione dell'art. 5 della direttiva n. 77/249/Cee nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, il ricorrente VK, e, dall'altro lato, l'An Bord Pleanála, l'organismo di ricorso in materia di pianificazione, in merito all'obbligo imposto all'avvocato straniero del ricorrente principale di agire di concerto con un avvocato iscritto all'ordine forense irlandese ai fini della rappresentanza di detto ricorrente dinanzi al giudice del rinvio. L'art. 5 della direttiva, sopra riportato, non precisa chiaramente ciò che implica, per l'avvocato stabilito in un altro Stato membro e prestatore di servizi, l'obbligo di concertazione previsto da tale disposizione, lasciando così agli Stati membri un certo margine di discrezionalità nell'esercizio della trasposizione.

In particolare, il giudice del rinvio ha sollevato la questione dell'interpretazione da attribuire alla sentenza in causa n. C-427/85, *cit.*, nella quale, come sopra precisato, è stato esaminato il diritto di uno Stato membro di imporre ad un avvocato di agire di concerto con un collega che eserciti dinanzi al giudice adito. Il giudice del rinvio nella causa n. C-739/19 si chiede, dunque, se l'interpretazione accolta nella sentenza *Commissione c. Germania, cit.*, impedisca l'imposizione dell'obbligo, per l'avvocato prestatore, di agire di concerto con un avvocato che eserciti dinanzi al giudice adito in tutti i casi in cui il proprio cliente, conformemente alla normativa nazionale, potrebbe stare in giudizio autonomamente.

Si tratta, a parere della Corte, di individuare le circostanze in base alle quali sia giustificato imporre un siffatto obbligo nell'ottica di garantire la tutela del soggetto che beneficia di

servizi legali e di assicurare, nel contempo, una buona amministrazione della giustizia.

Il giudice del rinvio ha chiesto, in sostanza, se l'art. 5 della direttiva n. 77/249 debba essere interpretato nel senso che impedisce di imporre ad un avvocato, dotato di poteri di rappresentanza del suo cliente, di agire di concerto con un avvocato che eserciti dinanzi al giudice adito e che sarebbe, in caso di necessità, responsabile nei confronti di tale giudice, nell'ambito di un sistema che impone agli avvocati obblighi deontologici e procedurali quali quelli di sottoporre al giudice adito qualsiasi elemento giuridico, legislativo o giurisprudenziale ai fini del regolare svolgimento del procedimento, dai quali il singolo è dispensato qualora decida di provvedere egli stesso alla propria difesa.

È noto che la direttiva n. 77/249/Cee e l'art. 56 TFUE vietano qualsiasi restrizione alla libera prestazione dei servizi e comportano l'abolizione di tutte le discriminazioni nei confronti del prestatore a causa della sua cittadinanza o del fatto che egli è stabilito in uno Stato membro diverso da quello in cui dev'essere fornita la prestazione (cfr., in tal senso, sentenza del 25 febbraio 1988, *Commissione c. Germania, cit.*).

Nel caso di specie, gli obblighi che gravano sulle parti e sul giudice nel corso di un procedimento giurisdizionale dinanzi ai giudici irlandesi non sono gli stessi a seconda che la parte provveda essa stessa alla propria difesa o sia rappresentata da un avvocato. In quest'ultimo caso, spetta all'avvocato, dinanzi ai giudici irlandesi, eseguire le ricerche giuridiche necessarie al regolare svolgimento del procedimento, mentre tale compito spetta al giudice adito nell'ipotesi in cui la parte scelga di provvedere essa stessa alla propria difesa.

La Corte ha, dunque, chiarito che qualora le norme nazionali che disciplinano il processo siano diverse e più vincolanti rispetto a quelle applicabili alla parte che provvede essa stessa alla propria difesa, un motivo di interesse pubblico vertente sulla buona amministrazione della giustizia costituisce un motivo imperativo di interesse generale idoneo a giustificare l'obbligo imposto ad un avvocato prestatore di agire di concerto con un avvocato che eserciti dinanzi al giudice adito.

Infatti, la direttiva n. 77/249/Cee accorda agli Stati membri di pretendere che l'avvocato prestatore di servizi operi di concerto con un avvocato che eserciti dinanzi al giudice adito al fine di consentire al primo di assolvere l'incarico ricevuto dal suo cliente, nel rispetto del buon funzionamento della giustizia. In tale contesto, l'obbligo imposto ha lo scopo di procurare all'avvocato prestatore di servizi il sostegno necessario per lavorare in un diverso sistema giuridico, e di fare in modo che il giudice adito possa contare effettivamente su tale appoggio e sia, quindi, in grado di rispettare pienamente le norme procedurali e deontologiche applicabili nel procedimento giurisdizionale (cfr. sentenza *Commissione c. Germania, cit.*).

Sul carattere proporzionale di tale obbligo, la Corte ha precisato che la flessibilità che caratterizza la collaborazione tra l'avvocato prestatore e l'avvocato che esercita dinanzi al giudice adito si basa sull'art. 5 della direttiva e che la normativa irlandese sembra essere caratterizzata dal fatto di non subire alcuna eccezione all'obbligo di agire di concerto con un avvocato che eserciti dinanzi al giudice adito. Tale obbligo potrebbe dimostrarsi inutile, per esempio, nell'ipotesi in cui l'avvocato prestatore, a motivo del proprio percorso professionale, fosse in grado di rappresentare il singolo alle medesime condizioni di un avvocato che esercita abitualmente dinanzi al giudice nazionale interessato. Nel caso di specie, avendo l'avvocato dichiarato e documentato di essere in grado di rappresentare il soggetto allo stesso modo di un avvocato abilitato ad esercitare dinanzi al giudice irlandese, spetterà al giudice del rinvio verificare tale circostanza. Ne consegue, e così ha concluso la Corte di giustizia, che la limitazione imposta ad un avvocato prestatore di servizi di un altro Stato membro di agire di concerto con un legale iscritto all'ordine del foro del giudice di un altro Paese dell'Unione non contrasta con il diritto dell'UE per ragioni di interesse pubblico e per la necessità di garantire la buona amministrazione della giustizia.

Orbene, la Corte ha rilevato che l'obbligo imposto da una normativa nazionale di agire di concerto con un avvocato nazionale costituisce una restrizione alla libera prestazione di servizi da parte degli avvocati di altri Stati membri, in quanto implica che il singolo che intenda avvalersi di un avvocato stabilito in un altro Stato membro sopporti costi supplementari rispetto a colui che decida di avvalersi dei servizi di un avvocato stabilito nello Stato membro del procedimento di cui trattasi.

REGISTRAZIONE DI UN MARCHIO SONORO PRESENTATO IN FORMATO AUDIO

Tribunale dell'Unione europea
Sentenza del 7 luglio 2021 in causa n. T-668/19

Ardagh Metal Beverage Holdings c. EUIPO

Ricorso proposto contro la decisione della 2° Commissione di ricorso dell'EUIPO del 24 luglio 2019 (procedimento R 530/2019-2) - Regolamento (Ue) n. 2017/1001 sul marchio dell'Unione europea - Deposito di una domanda di marchio comunitario (EUIPO) consistente in una combinazione di suoni all'apertura di una lattina di bevanda gassata - Impedimento assoluto alla registrazione - Mancanza del carattere distintivo del marchio - Percezione del marchio da parte del pubblico di riferimento - Art. 7, par. 1, lett. b., del Regolamento (Ue) n. 2017/1001 - Art. 95, par. 1, del Regolamento n. 2017/1001.

(...) come giustamente rilevato dall'EUIPO, il silenzio dopo il suono di apertura di una lattina e la lunghezza del suono del gorgoglio, di circa nove secondi, non sono abbastanza pregnanti per distinguersi dai suoni comparabili nel settore delle bevande. La mera circostanza che un gorgoglio di breve durata immediatamente successivo all'apertura di una lattina sia più usuale nel settore delle bevande rispetto a un silenzio di circa un secondo seguito da un lungo gorgoglio non è sufficiente affinché il pubblico di riferimento attribuisca a tali suoni un qualsiasi significato che gli consenta di identificare l'origine commerciale dei prodotti di cui trattasi (punto 46 della sentenza)¹.

(...) la combinazione degli elementi sonori e dell'elemento silenzioso non è quindi inusuale nella sua struttura, in quanto i suoni di apertura di una lattina, di un silenzio e di un gorgoglio corrispondono agli elementi prevedibili e usuali sul mercato delle bevande (punto 47 della sentenza)².

Tale combinazione non consente quindi al pubblico di riferimento di identificare detti prodotti come provenienti da una determinata impresa e di distinguerli da quelli di un'altra impresa (punto 46 della sentenza)³.

Il ricorso è respinto⁴.

L'Ufficio dell'Unione europea per la proprietà intellettuale (EUIPO), supporterà le proprie spese sostenute dinanzi al Tribunale⁵.

L'Ardagh Metal Beverage Holdings GmbH & Co. KG supporterà le proprie spese sostenute dinanzi al Tribunale nonché le spese indispensabi-

*li sostenute ai fini del procedimento dinanzi alla Commissione di ricorso dell'EU IPO*⁶.

¹⁻⁶ Con la sentenza, sopra massimata, il Tribunale ha fornito alcune precisazioni in merito ai criteri di valutazione del carattere distintivo dei marchi sonori e alla percezione di tali marchi in generale da parte dei consumatori giungendo alla conclusione che non è registrabile l'audio di apertura della lattina unitamente al gorgoglio della bevanda in quanto ciò costituisce un elemento che non permette la percezione da parte del consumatore come marchio del prodotto.

I fatti che hanno portato alla pronuncia possono essere sintetizzati come segue.

Nel corso del mese di giugno 2018, la società Ardagh Metal Beverage Holdings GmbH & Co. KG, ricorrente, ha presentato una domanda di registrazione di marchio comunitario ai sensi del Regolamento (Ue) n. 2017/1001, in *Gu-Ue* n. L 154 del 2017, p. 1, di un segno sonoro che evoca il suono che si produce all'apertura di una lattina di bevanda, seguito da un silenzio di circa un secondo e da un gorgoglio di circa nove secondi. Il *file* audio con tali contenuti è stato fornito dalla ricorrente all'atto del deposito della domanda di registrazione.

Con la decisione dell'8 gennaio 2019 della seconda Commissione di ricorso dell'EU IPO, veniva respinta la domanda di registrazione, ritenendo che il marchio richiesto fosse privo di carattere distintivo, ai sensi dell'art. 7, par. 1, lett. *b.*, del Regolamento n. 2017/1001 (che esclude dalla registrazione i marchi privi di carattere distintivo) in quanto l'audio così come concepito non poteva essere percepito come un indicatore dell'origine commerciale dei prodotti. A parere della Commissione dell'EU IPO, il pubblico percepirebbe tale marchio come un elemento funzionale e un'indicazione delle qualità dei prodotti di cui trattasi e non come un'indicazione della loro origine commerciale. Contro tale decisione che respingeva la domanda di registrazione del marchio, la società tedesca si rivolgeva così al Tribunale dell'Unione europea.

Sulla valutazione del carattere distintivo del marchio richiesto, il Tribunale ha precisato che il carattere distintivo di un marchio consente di identificare il prodotto per il quale è domandata la registrazione come proveniente da un'impresa determinata e, dunque, di distinguere tale prodotto da quello di altre imprese concorrenti (cfr. sentenze del 21 gennaio 2010 in causa n. C-398/08 P, *Audi c. UAMI*, EU:C:2010:29, e del 20 ottobre 2011 in causa n. C-344/10 P e n. C-345/10 P, *Freixenet c. UAMI*, EU:C:2011:680). L'assenza del carattere distintivo non consente, perciò, al marchio di esercitare la sua funzione essenziale, ovvero quella di identificare l'origine del prodotto e di consentire ai consumatori di fare scelte consapevoli (cfr. sentenza del 16 settembre 2004 in causa n. C-329/02 P, *SAT.1 c. UAMI*, EU:C:2004:532).

Inoltre, il carattere distintivo di un marchio dev'essere valutato in funzione, da un lato, dei prodotti o dei servizi per i quali è chiesta la registrazione del marchio e, dall'altro, della percezione che ne ha il pubblico di riferimento (cfr. sentenze del 12 febbraio 2004 in causa n. C-218/01, *Henkel*, EU:C:2004:88 e del 10 ottobre 2007 in causa n. T-460/05, *Bang & Olufsen c. UAMI*, EU:T:2007:304).

Il Tribunale, richiamando quanto precisato dalla Commissione di ricorso della decisione impugnata in merito alla sentenza del 13 settembre 2016 in causa n. T-408/15, *Marchio sonoro*, EU:T:2016:468, annotata in questa *Rivista*, 2016, p. 311, ha concluso che, per poter essere registrato come marchio, un suono deve avere un particolare significato o una certa capacità di essere riconosciuto dai consumatori destinatari «come un'indicazione dell'origine e non semplicemente come un elemento funzionale o un'indicazione non portatrice di un messaggio».

Il marchio sonoro sarebbe percepito dal pubblico di riferimento come un elemento funzionale dei prodotti di cui trattasi, in quanto il suono del gorgoglio costituisce un'indicazione delle qualità dei prodotti considerati e non un'indicazione della loro origine commerciale.

Il Tribunale ha precisato, da un lato, come il suono del gorgoglio delle bollicine richiama immediatamente le bevande e, dall'altro lato che gli elementi sonori e il silenzio di circa un secondo che compongono il marchio richiesto, non conferiscono al marchio sonoro richiesto alcuna facoltà di identificazione tale da renderlo riconoscibile come marchio. Le conclusioni dell'EU IPO sull'assenza del carattere distintivo del marchio sono state perciò confermate dal Tribunale che ha rigettato il ricorso promosso dalla Ardagh Metal Beverage Holdings GmbH & Co. KG.

**IL CASO DELLA CATENA CATALANA «TAPAS BAR»:
L'UTILIZZO DEL TERMINE «CHAMPANILLO» VIOLA
LA NORMATIVA COMUNITARIA**

Corte di giustizia

Sentenza del 9 settembre 2021 in causa n. C-783/19

Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne c. GB

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Agricoltura - Protezione delle denominazioni d'origine e delle indicazioni geografiche - Carattere uniforme ed esaustivo - Regolamento (Ue) n. 1308/2013 - Art. 103, par. 2, lett. b. - Espressione «evocazione» - Denominazione di origine protetta (DOP) «Champagne» - Prodotti e servizi - Comparabilità dei prodotti - Uso della denominazione commerciale «Champanillo».

L'art. 103, par. 2, lett. b., del Regolamento (Ue) n. 1308/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, recante organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli e che abroga i Regolamenti (Cee) n. 922/72, (Cee) n. 234/79, (Ce) n. 1037/2001 e (Ce) n. 1234/2007 del Consiglio, deve essere interpretato nel senso che protegge le denominazioni di origine protetta (DOP) da condotte relative sia ai prodotti che ai servizi¹.

L'art. 103, par. 2, lett. b., del Regolamento n. 1308/2013 deve essere interpretato nel senso che l'«evocazione» di cui a tale disposizione, da un lato, non richiede, quale presupposto, che il prodotto che beneficia di una DOP e il prodotto o il servizio contrassegnato dal segno contestato siano identici o simili e, dall'altro, si configura quando l'uso di una denominazione produce, nella mente di un consumatore europeo medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, un nesso sufficientemente diretto e univoco tra tale denominazione e la DOP. L'esistenza di un tale nesso può risultare da diversi elementi, in particolare, dall'incorporazione parziale della denominazione protetta, dall'affinità fonetica e visiva tra le due denominazioni e dalla somiglianza che ne deriva, e anche in assenza di tali elementi, dalla vicinanza concettuale tra la DOP e la denominazione di cui trattasi o ancora da una somiglianza tra i prodotti protetti da tale medesima DOP e i prodotti o servizi contrassegnati da tale medesima denominazione².

L'art. 103, par. 2, lett. b., del Regolamento n. 1308/2013 deve essere interpretato nel senso che l'«evocazione» di cui a tale disposizione non è

*subordinata all'accertamento dell'esistenza di un atto di concorrenza sleale, dal momento che tale disposizione istituisce una protezione specifica e propria che si applica indipendentemente dalle disposizioni di diritto nazionale in materia di concorrenza sleale*³.

¹⁻³ La domanda di pronuncia pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 103 del Regolamento n. 1308/2013 (in *Gu-Ue* n. L 347 del 2013, p. 671) è stata presentata nel quadro di una controversia tra il Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne (di seguito denominato: «CIVC») e GB sull'uso del segno CHAMPANILLO per segnalare locali commerciali adibiti ad attività di ristorazione.

In Spagna, GB possiede dei «tapas bar» recanti l'insegna «CHAMPANILLO» (raffigurante due coppe di spumante), termine utilizzato anche per le campagne promozionali *on line* e *off line*.

L'Ufficio spagnolo dei brevetti e dei marchi aveva già accolto per ben due volte l'opposizione proposta dal CIVC alle domande di registrazione del marchio CHAMPANILLO presentate da GB, motivando l'incompatibilità con la DOP «Champagne», avente una protezione internazionale.

Il ricorso proposto dal CIVC dinanzi al Tribunale di commercio di Barcellona per violazione della DOP «Champagne» veniva respinto e la Corte provinciale di Barcellona, adita in appello dal CIVC, si rivolgeva alla Corte di giustizia per chiarire se l'utilizzo del termine CHAMPANILLO per designare non prodotti, ma servizi, violasse la normativa comunitaria.

In *primis* la Corte di giustizia ha chiarito che nel caso di specie trova applicazione l'art. 103, par. 2, lett. *b.*, del Regolamento n. 1308/2013 ai sensi del quale «Le denominazioni di origine protette e le indicazioni geografiche protette e i vini che usano tali denominazioni protette in conformità con il relativo disciplinare sono protette contro: (...) b) qualsiasi usurpazione, imitazione o evocazione, anche se l'origine vera del prodotto o servizio è indicata o se il nome protetto è una traduzione, una trascrizione o una traslitterazione o è accompagnato da espressioni quali “genere”, “tipo”, “metodo”, “alla maniera”, “imitazione”, “gusto”, “come” o espressioni simili». Il Regolamento comunitario garantisce ai consumatori che i prodotti agricoli provvisti di un'indicazione geografica registrata ai sensi del suddetto Regolamento presentino, a causa della loro provenienza da una determinata zona geografica, talune caratteristiche particolari e, pertanto, offrano una garanzia di qualità dovuta alla loro provenienza geografica (cfr. sentenza del 20 dicembre 2017 in causa n. C-393/16, *Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne* in EU:C:2017:991, annotata in questa *Rivista*, 2017, p. 622). La disposizione, sopra richiamata, attua una protezione di vasta portata destinata ad estendersi a tutti gli usi che sfruttano la notorietà associata ai prodotti protetti da una di tali indicazioni. Ne consegue che una DOP deve essere protetta anche quando il segno controverso designa un servizio.

L'art. 103, par. 2, lett. *b.*, del Regolamento non contiene nessuna indicazione riguardo ad una limitazione della protezione contro qualsiasi evocazione alle sole ipotesi in cui i prodotti contraddistinti dalla DOP e i prodotti o i servizi per i quali è utilizzato il segno controverso siano «comparabili» o «simili», e neppure ad una estensione della protezione ai casi in cui il segno si riferisca a prodotti o servizi non simili a quelli che beneficiano della DOP.

La Corte di giustizia ha precisato che l'espressione «evocazione» fa riferimento all'ipotesi in cui il segno di un prodotto incorpori una parte di una indicazione geografica protetta o di una DOP, e il consumatore (europeo medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto) sia indotto a collegarvi – nella propria mente – la merce che fruisce di detta indicazione o denominazione (cfr. sentenza del 7 giugno 2018 in causa n. C-44/17, *Scotch Whisky Association*, EU:C:2018:415). Inoltre, la Corte ha precisato che per accertare l'esistenza di una evocazione, ai sensi del Regolamento, occorre che il consumatore, di cui sopra, stabilisca un contatto tra il termine utilizzato per designare il prodotto in questione e l'indicazione geografica protetta e non occorre che il prodotto o il servizio contraddistinto dalla denominazione contestata siano identici o simili essendo sufficiente un'affinità fonetica o visiva.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

LIMITAZIONI POSTE DALLA NORMATIVA EUROPEA AI POTERI DELL'AGCM QUANDO APPLICA LE NORME DEL CODICE DEL CONSUMO A FATTISPECIE DISCIPLINATE DAL DIRITTO ALIMENTARE

Consiglio di Stato
Sentenza del 1° ottobre 2020 n. 7566/2020*

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c. Lidl Italia srl

Competenze dell'AGCM - Applicazione della normativa sulle pratiche commerciali sleali - Direttiva (Ce) n. 2005/29 - Informazione dei consumatori - Regolamento (Ue) n. 1169/2011 - Sanzioni applicabili - Decreto legislativo n. 231/2017 - Procedure di campionamento - Regolamento Cee n. 2668/91 - Applicazione dell'autocontrollo (HACCP) - Regolamento Ce n. 852/2004.

Non può essere contestata e sanzionata dall'AGCM come pratica commerciale scorretta la vendita di un prodotto con la denominazione «olio extra vergine di oliva» se le procedure di campionamento e di anali-

* Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it. In argomento v. *infra*, p. 183 ss., il commento di *MASSIMILIANO VALCADA*.

si eseguite dall'autorità competente per accertare la composizione dell'olio non abbiamo rispettato le specifiche disposizioni europee applicabili in materia e se l'operatore ritenuto responsabile abbia correttamente osservato le vigenti norme in materia di controllo (HACCP).

In diritto (*Omissis*)

La documentazione in atti, da un lato, non indica le modalità di conservazione del campione prelevato, dall'altro, attesta il decorso di quasi un mese tra il prelevamento del campione e la sua trasmissione al laboratorio.

Ai sensi dell'art. 2, par. 3, Reg. (CEE) n. 2568/91 *“Fatte salve le disposizioni della norma EN ISO 5555 e del capitolo 6 della norma EN ISO 661, i campioni prelevati sono messi quanto prima al riparo dalla luce e da fonti di calore elevato e sono inviati al laboratorio per le analisi entro il quinto giorno lavorativo successivo a quello del prelievo; altrimenti i campioni sono conservati in modo da evitarne il degrado o il danneggiamento durante il trasporto o lo stoccaggio in attesa di essere inviati al laboratorio”*.

Alla stregua della disposizione sovranazionale e comunque al fine di garantire l'attendibilità della prova, dunque, risulta essenziale un'adeguata conservazione del campione e una sua tempestiva trasmissione al laboratorio per le relative prove, occorrendo seguire rigorose norme tecniche per garantire la genuinità del prodotto da analizzare.

Avuto riguardo al caso di specie, emerge che l'Autorità ha ritenuto attendibile la prova in ragione della qualificazione soggettiva degli organi tecnici che hanno provveduto al prelevamento (NAS) e all'esame del campione (Agenzia delle Dogane e dei Monopoli), che avrebbero attestato ogni singola fase procedurale, dal prelevamento di campioni sino alla certificazione delle analisi compiute.

Tale valutazione non risulta corretta.

Sebbene non sia ragionevolmente contestabile la competenza tecnica degli organi accertatori, la stessa non può, tuttavia, ritenersi sufficiente al fine di ritenere attendibili i risultati della prova, occorrendo, comunque, verificare anche la genuinità del campione sottoposto a verifica.

Sotto tale profilo, in particolare, l'Autorità ha ritenuto che i documenti in atti comprovassero ogni singola fase procedurale, dal prelevamento di campioni sino alla certificazione delle analisi compiute, quando, invece, dalla documentazione acquisita non emergono le modalità osservate per la conservazione del campione, sebbene si trattasse di elementi essenziali per garantirne la genuinità e, dunque, per assicurare l'attendibilità della prova; specie, in ragione delle peculiarità del caso concreto, in cui:

- è trascorso un rilevante arco temporale dal prelevamento del campione alla sua analisi;
- è stata esaminata una limitata quantità del prodotto alimentare, essendo state prelevate soltanto cinque bottiglie ed esaminata un'unica bottiglia di olio;

- il prodotto è stato qualificato come olio vergine di oliva in ragione della prova organolettica, per propria natura esposta a margini, seppure limitati (come si osserverà nell'esame del quinto motivo di appello), di soggettività del panel di assaggiatori, suscettibili di essere condizionati da una non corretta conservazione del campione.

Dato atto che il verbale di prelevamento del campione redatto dal Nas e il rapporto di prova formato dall'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli non documentavano le modalità di conservazione del campione prelevato, l'Autorità avrebbe, dunque, dovuto motivare in ordine all'attendibilità tecnica della prova in concreto eseguita e posta base del provvedimento sanzionatorio, non essendo sufficiente a tale fine il richiamo alla qualificazione soggettiva dell'organo accertatore.

In particolare, l'Autorità avrebbe dovuto rappresentare le ragioni per le quali il campione prelevato poteva comunque considerarsi genuino e non soggetto ad alcun processo di alterazione, sebbene non risultassero dettagliatamente specificate le relative modalità di conservazione nel rilevante arco temporale intercorso tra il suo prelevamento e la sua consegna all'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli per la sottoposizione alle indagini di laboratorio e alla prova organolettica.

L'omesso esame di tale essenziale elemento di valutazione, correlato alla genuinità del campione, in riforma della sentenza gravata, consente di riscontrare il denunciato difetto di istruttoria inficiante l'azione sanzionatoria.

6. Con il quarto motivo di appello incidentale viene censurata l'erroneità della sentenza di prime cure nella parte in cui ha escluso l'attendibilità delle controprove fornite dal professionista, in violazione della disciplina di fonte europea, che in materia alimentare risulterebbe incentrata sul principio dell'autocontrollo operato in conformità ai principi del sistema HACCP (reg. CE n. 178/2002 e reg. CE n. 852/2004).

Secondo quanto dedotto dall'appellante incidentale, nella specie il professionista, così come il produttore Fiorentini SpA, avevano sottoposto l'olio di oliva extravergine Primadonna ai controlli prescritti dalla normativa settoriale, le cui risultanze – attestanti la qualificazione dell'olio come extra vergine di oliva – avrebbero dovuto essere prese in esame dall'Autorità precedente.

In particolare, l'Autorità avrebbe dovuto valutare le analisi sul lotto madre e su uno dei lotti "figli" effettuate dal laboratorio Eurofins di Amburgo, nonché le analisi svolte sul medesimo lotto oggetto della decisione impugnata dai laboratori del produttore Fiorentini e dall'Agenzia delle Dogane di Palermo.

Il motivo di appello è fondato.

Nel motivare la propria decisione l'Autorità ha ritenuto che i rapporti di prova prodotti dal professionista, riguardanti il medesimo lotto oggetto di analisi commissionate dall'autorità giudiziaria, non potessero considerarsi idonei a confutare l'accertamento svolto dal NAS e dall'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli *supra* esaminato nel precedente motivo di appello, essendo stati commissionati da un "soggetto non terzo (il produttore Fiorentini) ad un laboratorio chimico dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli che si è limitato ad

analizzare il campione ad esso sottoposto sulla base di riferimenti indicati dal cliente Lidl (che, peraltro, non ha dato conto delle modalità di prelevamento e campionamento)”.

Come correttamente censurato dall'odierno appellante incidentale, gli operatori del settore alimentare, esercenti attività incidenti su tutte le fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione, sono chiamati a garantire la sicurezza degli alimenti, adottando le misure e rispettando le condizioni necessarie per controllare i pericoli e garantire l'idoneità del prodotto al consumo umano tenendo conto dell'uso previsto. (*Omissis*)

Con riferimento all'autocontrollo alimentare, ai sensi dell'art. 5, parr. 1 e 2, del medesimo regolamento, si prevede che *“1. Gli operatori del settore alimentare predispongono, attuano e mantengono una o più procedure permanenti, basate sui principi del sistema HACCP.*

2. I principi del sistema HACCP di cui al paragrafo 1 sono i seguenti:

a) identificare ogni pericolo che deve essere prevenuto, eliminato o ridotto a livelli accettabili;

b) identificare i punti critici di controllo nella fase o nelle fasi in cui il controllo stesso si rivela essenziale per prevenire o eliminare un rischio o per ridurlo a livelli accettabili;

c) stabilire, nei punti critici di controllo, i limiti critici che differenziano l'accettabilità e l'inaccettabilità ai fini della prevenzione, eliminazione o riduzione dei rischi identificati;

d) stabilire ed applicare procedure di sorveglianza efficaci nei punti critici di controllo;

e) stabilire le azioni correttive da intraprendere nel caso in cui dalla sorveglianza risulti che un determinato punto critico non è sotto controllo;

f) stabilire le procedure, da applicare regolarmente, per verificare l'effettivo funzionamento delle misure di cui alle lettere da a) ad e);

e

g) predisporre documenti e registrazioni adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa alimentare al fine di dimostrare l'effettiva applicazione delle misure di cui alle lettere da a) ad f)”.

Alla stregua della disciplina sovranazionale, emerge che lo scopo perseguito dal legislatore dell'Unione è quello di attribuire la responsabilità principale in materia di sicurezza degli alimenti agli operatori del settore alimentare (Corte di Giustizia, sentenza del 6 ottobre 2011, in causa C-382/10, *Albrecht*, punto 20), imponendo l'adozione di piani di autocontrollo tendenti ad assicurare l'idoneità di un prodotto alimentare al consumo umano tenendo conto dell'uso previsto.

Nell'ambito di un tale contesto normativo, gli elementi di prova offerti dai singoli operatori e acquisiti in adempimento degli obblighi imposti in materia di sicurezza alimentare non possono essere reputati inattendibili soltanto perché provenienti dalla parte interessata alla loro valorizzazione, facendosi questione di risultanze di un'attività doverosa, puntualmente disciplinata dalla normativa di riferimento e resa effettiva, altresì, dalla predisposizione di apposito apparato

sanzionatorio (cfr. art. 6, comma 6, D. Lgs. n. 193 del 2007 in materia di omessa predisposizione delle “procedure di autocontrollo basate sui principi del sistema HACCP”).

L’eventuale inattendibilità di siffatti elementi probatori può, invece, essere affermata soltanto se sia accertata la violazione delle disposizioni tecniche regolanti la loro acquisizione.

Anche il giudice sovranazionale, chiamato a pronunciare sull’interpretazione del regolamento n. 852 cit., ha escluso la possibilità di vagliare la responsabilità del singolo operatore alimentare “*senza prendere in considerazione le misure che tali operatori hanno adottato conformemente all’art. 5 del regolamento al fine di prevenire, eliminare o ridurre ad un livello accettabile il rischio che può presentare una contaminazione ai sensi dell’allegato II, capitolo IX, punto 3, di tale regolamento e senza contestare l’insufficienza delle misure adottate a tale proposito sulla base di tutti i dati pertinenti disponibili. A quest’ultimo proposito non si può, in particolare, constatare l’insufficienza di tali misure senza che siano debitamente prese in considerazione eventuali perizie, come quelle presentate da tali stessi operatori a dimostrazione che i citati contenitori, destinati alla vendita in self service, non pongono alcun problema in materia di igiene*” (Corte di Giustizia, sentenza del 6 ottobre 2011, in causa C-382/10, *Albrecht*, punti 22 e 23).

Benché nel caso di specie non si faccia questione di sanzioni per violazione delle disposizioni in materia di sicurezza alimentare, la disciplina dettata dal regolamento n. 853 del 2004 è utilmente invocabile ai fini della soluzione della presente controversia.

Il legislatore europeo, infatti, attribuendo ai singoli operatori del settore alimentare la responsabilità principale della sicurezza degli alimenti, ravvisa nelle misure di autocontrollo uno strumento idoneo a garantire un bene primario, quale la salute umana, suscettibile di essere esposta a pericolo o danneggiata per effetto di prodotti contaminati.

La circostanza per cui si faccia questione di un sistema di autocontrollo – e, quindi, di misure adottate dallo stesso operatore esercente l’attività di produzione, trasformazione o distribuzione di alimenti sottoposta a controllo –, non è, dunque, considerata dal legislatore un motivo sufficiente per dubitare della sua efficacia, fondandosi la legislazione di settore sulla valorizzazione della responsabilità principale dello stesso operatore alimentare.

La garanzia di attendibilità delle risultanze delle misure di autocontrollo è, inoltre, assicurata dalla previsione di regole tecniche di riferimento, il cui rispetto è garantito, altresì, dalla predisposizione di un effettivo e dissuasivo apparato sanzionatorio.

Ne deriva che, se le risultanze dell’autocontrollo rilevano al fine di tutelare la salute umana, in applicazione delle previsioni in materia di sicurezza alimentare, le stesse risultanze non possono essere svalutate allorquando l’attività di produzione, trasformazione o distribuzione alimentare venga presa in esame al fine di garantire l’autodeterminazione del consumatore, sulla base della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette.

L'Autorità, dunque, avuto riguardo alla normativa settoriale sull'igiene dei prodotti alimentari, non avrebbe potuto ritenere inattendibili le risultanze delle misure di autocontrollo assunte dall'operatore economico, soltanto perché provenienti dallo stesso professionista interessato ad avvalersene, bensì avrebbe dovuto verificare se gli elementi di prova raccolti in sede di autocontrollo fossero o meno stati assunti in conformità alle norme tecniche di riferimento, regolanti la campionatura e l'analisi dei generi alimentari, alla stregua delle deduzioni difensive svolte dal professionista (richiamate ai parr. 13-15 del provvedimento sanzionatorio).

Una tale verifica non risulta essere stata svolta nel caso di specie, avendo l'Autorità fondato il proprio giudizio di inaffidabilità delle prove offerte da Lidl prevalentemente in ragione della loro provenienza soggettiva dallo stesso operatore interessato alla loro utilizzazione; elemento, come osservato, non rilevante, fondandosi la disciplina in materia di sicurezza alimentare proprio sui principi di autocontrollo e, dunque, sullo svolgimento delle attività di verifica da parte dello stesso operatore esercente l'attività controllata.

(Omissis)

LIMITI ALL'APPLICAZIONE DEL CODICE DEL CONSUMO NELLE CONTROVERSIE VOLTE AD ACCERTARE LA LEGITTIMITÀ DELL'IMPIEGO DI DENOMINAZIONI PROTETTE UTILIZZATE PER LA DESIGNAZIONE DI PRODOTTI ALIMENTARI

Sommario: **I. Osservazioni preliminari** - 1. *I precedenti* - 2. *Nuovo orientamento* - 3. *Conseguenze del nuovo orientamento* - **II. La sentenza del Consiglio di Stato** - 1. *La soluzione adottata relativa al campionamento e ai controlli* - 2. *La soluzione adottata relativa all'autocontrollo (HACCP)* - **III. Conclusioni.**

I. Osservazioni preliminari

1. I PRECEDENTI

La questione di fondo risolta, nel merito, dal Consiglio di Stato con la sentenza sopra riportata, è nota da tempo alla nostra Magistratura.

Si tratta di stabilire se un prodotto commercializzato con una specifica denominazione protetta (nel caso di specie: «olio extra vergine di oliva») abbia tutti i requisiti necessari, per quanto riguarda la sua composizione, per essere legittimamente venduto sul mercato con tale denominazione.

Le questioni di questo tipo sono state solitamente risolte in passato dalla magistratura ordinaria applicando le disposizioni del codice penale in materia di frode in commercio (art. 515 c.p.) perché il fatto era considerato una vendita di «*aliud pro alio*». Il procedimento giudiziario veniva di regola risolto dopo aver verificato la composizione del prodotto e dopo aver stabilito l'eventuale sussistenza dei requisiti richiesti dalle norme applicabili accertando, ad esempio, se al posto dell'olio di oliva il prodotto contenesse invece un olio di diversa provenienza, come l'olio di semi.

2. NUOVO ORIENTAMENTO

Tale orientamento sembra ora cambiato da quando l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) è stata incaricata di perseguire le pratiche commerciali sleali sulla base del Codice del consumo¹ (art. 21) derivato dalla direttiva (Ce) n. 2005/29², in materia di pratiche ingannevoli, al quale l'AGCM provvede a far ricorso ogni qualvolta ritiene importante far rimarcare le sue prerogative in difesa dei consumatori.

Tale nuovo orientamento ha determinato però un cambiamento della giurisdizione in caso di controversie giudiziarie nonché la sostituzione del giudice competente a deciderle: la magistratura competente, infatti, non è più quella ordinaria, bensì quella amministrativa.

Ma tale cambiamento ha anche comportato modifiche di carattere procedurale che probabilmente non erano state previste.

Secondo la struttura del Codice del consumo e della direttiva (Ce) n. 2005/29, il giudice investito di una causa in materia di pratiche commerciali sleali e ingannevoli (o di pratiche commerciali aggressive) dovrebbe infatti indirizzare la sua attenzione alla qualità dei messaggi e dei mezzi di comunicazione che l'operatore, ritenuto responsabile, ha impiegato ad esempio nelle operazioni di vendita, per far credere al consumatore che il prodotto presentasse caratteristiche particolari inesistenti, inducendolo così ad effettuare l'acquisto con metodi sleali e ingannevoli (od aggressivi).

Di conseguenza, sulla base del Codice del consumo (e della direttiva (Ce) n. 2005/29) il giudice non è richiesto di indagare la *qualità* del prodotto con riferimento alla sua essenza o alla sua naturale consistenza, perché se tale *qualità* fosse messa in discussione il giudice non dovrebbe più accertare la qualità dei messaggi impiegati per venderlo, bensì quella della composizione del prodotto che l'operatore ha provveduto a dichiarare esplicitamente e chiaramente in etichetta.

3. CONSEGUENZE DEL NUOVO ORIENTAMENTO

Orbene, da quanto appena esposto si deduce la pericolosità delle conseguenze determinate dal nuovo orientamento sopra segnalato.

¹ Dlvo n. 206 del 6 settembre 2005, Codice del consumo, a norma dell'art. 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229, in *Guri* n. 235 dell'8 ottobre 2005, *suppl. ord.*

² Direttiva n. 2005/29/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva n. 84/450/Cee del Consiglio e le direttive n. 97/7/Ce, n. 98/27/Ce e n. 2002/65/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio e il Regolamento (Ce) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»), in *Gu-Ue* n. L 149 dell'11 giugno 2005, p. 22 ss.

Infatti, in applicazione delle norme previste dal Codice del Consumo, l'intervento dell'AGCM non deve stabilire se il prodotto la cui denominazione è chiaramente indicata dall'operatore in etichetta corrisponda, per le sue caratteristiche qualitative, a quello effettivamente posto in vendita.

La funzione dell'AGCM, in base al Codice del Consumo, è soltanto quella di stabilire se l'operatore abbia messo a punto una pratica commerciale sleale, usando formule, espressioni, frasi o messaggi ingannevoli, per indurre il consumatore a credere, ad esempio, che il prodotto sia un olio extravergine di oliva, mentre in realtà si tratterebbe unicamente di un olio vergine e, quindi, di qualità inferiore.

In sostanza, la funzione dell'AGCM, in base al Codice del consumo, è soltanto quella di scoprire l'esistenza di una pratica commerciale sleale e/o ingannevole posta in essere dall'operatore per indurre in errore il consumatore.

Al contrario, l'AGCM, ripetiamo, non ha la funzione di stabilire se il prodotto, indicato in etichetta, corrisponda, nelle sue caratteristiche qualitative, a quello effettivamente dichiarato e offerto in vendita.

Una verifica di questo tipo viene infatti affidata dal nostro ordinamento ad altre autorità e non certo all'AGCM che, tra l'altro, non disporrebbe degli strumenti per eseguirla.

In effetti, l'AGCM, per quanto riguarda la fattispecie decisa dal Consiglio di Stato nella sentenza sopra riportata, ha fatto ripetutamente riferimento agli accertamenti effettuati dalle Autorità intervenute e in particolare a quelli eseguiti presso i laboratori dell'Autorità doganale italiana, che dovevano stabilire l'assenza, nel prodotto contestato, dei requisiti qualitativi richiesti.

Ciò conferma la correttezza della tesi appena esposta. Se, infatti, la funzione dell'AGCM fosse anche quella di accertare la corrispondenza, dal punto di vista qualitativo, tra il prodotto dichiarato in etichetta e quello posto in vendita, in tal caso l'AGCM dovrebbe poter disporre di strumenti di controllo adeguati che la legge invece non prevede.

In particolare, dato che la vendita di un prodotto del tutto diverso da quello dichiarato in etichetta, costituisce una vendita di *aliud pro alio*, ci troveremmo di fronte ad un problema giuridico non ben valutato.

La vendita di *aliud pro alio* è infatti considerata *frode in commercio* dal nostro ordinamento, reato che deve essere accertato dalla magistratura ordinaria e che viene penalmente sanzionato, come sopra ricordato, in base all'art. 515 del Codice penale. Può quindi sorgere un conflitto di competenza, se non di giurisdizione (in un caso, come già ricordato, è legittimata ad intervenire l'Autorità giudiziaria amministrativa, nell'altro, l'Autorità giudiziaria ordinaria/penale).

Se, in effetti, l'AGCM pretendesse di considerare la vendita di *aliud pro alio* una pratica commerciale ingannevole, assoggettata alle disposizioni del Codice del consumo, pur mancando le condizioni da tale Codice previste, verrebbe riconosciuto alla stessa AGCM il potere di infliggere all'operatore, eventualmente condannato per frode in commercio, una sanzione aggiuntiva, di carattere sostanzialmente penale, fondata specificamente sul Codice del consumo.

Si tratterebbe, per di più, di un caso di palese violazione del principio *ne bis in idem (contra legem)* con una conclusione assurda, perché la sanzione aggiuntiva prevista dal Codice del consumo verrebbe irrogata non a seguito di indagini e verifiche effettuate dall'AGCM che, come già ricordato, non sarebbe direttamente in grado di eseguirle, bensì in base ai risultati delle indagini effettuate da altre autorità e per altre finalità (in particolare dalla magistratura penale per sanzionare la frode in commercio).

Senza contare che, con riferimento allo stesso caso, potrebbero venire adottate decisioni contrastanti da parte dell'AGCM e da parte dell'Autorità giudiziaria penale.

È esattamente ciò che è avvenuto nella fattispecie della causa decisa con la sentenza qui commentata, nella quale il produttore dell'olio extravergine di oliva contestato dall'AGCM ha ottenuto l'archiviazione degli atti del procedimento da parte della competente Procura della Repubblica di Firenze, mentre l'operatore-distributore dello stesso prodotto è stato condannato dall'AGCM. Lo stesso fatto ha dunque determinato due risultati totalmente diversi.

Infine, sotto il profilo giuridico, occorre tener conto di altri aspetti del tutto trascurati.

Se all'AGCM viene riconosciuto il potere di sanzionare, sulla base delle norme del Codice del consumo, anche le frodi in commercio, ci troveremo di fronte a prospettive paradossali.

Volendo limitarci al settore dell'olio di oliva, l'AGCM dovrebbe infatti sistematicamente intervenire per condannare, con sanzioni aggiuntive, tutte le violazioni che riguardano, ad esempio, le operazioni di miscelazione di olio di oliva con altri oli, come l'olio di semi.

In tutti questi casi, poiché ci troviamo di fronte a frodi commerciali nelle quali l'operatore cerca di vendere il prodotto come olio di oliva, ingannando il consumatore, l'AGCM dovrebbe intervenire irrogando le relative sanzioni aggiuntive.

Anche nell'imitazione e nella contraffazione dei prodotti, come pure nella falsificazione dei marchi commerciali, ci troveremo di fronte ad operazioni e a pratiche commerciali che mirano ad ingannare i consumatori.

Pure in questi casi, pertanto, l'AGCM dovrebbe attivarsi per infliggere sanzioni aggiuntive.

Finora questo non è stato fatto e sicuramente l'AGCM in futuro non lo farà, a meno che non si ripetano le circostanze, per essa favorevoli, che l'hanno portata ad intervenire in una fattispecie analoga a quella della causa decisa con la sentenza di cui si discute.

II. La sentenza del Consiglio di Stato

Orbene, la sentenza del Consiglio di Stato qui commentata, fornisce la conferma più evidente della fondatezza degli argomenti sopra svolti.

1. LA SOLUZIONE ADOTTATA RELATIVA AL CAMPIONAMENTO E AI CONTROLLI

Il Consiglio di Stato ha deciso infatti tutti i punti di diritto discussi nella causa risolvendoli correttamente nel merito senza necessità di far ricorso ad alcuna disposizione del Codice del consumo, limitandosi ad interpretare e ad applicare sia le norme europee sulle procedure di campionamento dei prodotti alimentari, sia quelle sulla disciplina dell'autocontrollo che tutti gli operatori alimentari debbono obbligatoriamente osservare.

Per quanto riguarda il primo aspetto, la disciplina delle caratteristiche degli oli di oliva e dei metodi di campionamento ad essi inerenti è unicamente di fonte europea ed è contenuta nel Regolamento (Cee) n. 2568/1991³ e successive modifiche.

I parametri per classificare un olio extravergine di oliva sono di due tipi: uno di natura chimica ed uno di natura organolettica. Il primo è un parametro di natura oggettiva (le analisi chimiche) e, il secondo, è un parametro di natura soggettiva (l'analisi organolettica tramite l'assaggio: *panel test*).

La valutazione dei parametri di natura organolettica è, in particolare, affidata ad un *panel* di assaggiatori (COI/T20/Doc.14Rev.04.2013) che vi provvedono effettuando le verifiche mediante una semplice degustazione del prodotto.

Per quanto riguarda i campionamenti, le verifiche e i controlli sugli oli d'oliva, la normativa applicabile (art. 2, comma 3, del Regolamento (Cee)

³ Regolamento (Cee) n. 2568/91 della Commissione, dell'11 luglio 1991, relativo alle caratteristiche degli oli d'oliva e degli oli di sansa d'oliva nonché ai metodi ad essi attinenti, in *Guce* n. L 248 del 5 settembre 1991, p. 1 ss.

n. 2568/1991) detta precise e rigorose prescrizioni relative alle modalità di prelievo, di stoccaggio e trasporto.

Infatti il comma 3 dell'art. 2 del Regolamento (Cee) n. 2568/1991 prevede che i campioni di olio di oliva da utilizzare per le analisi, dopo il prelievo, devono essere messi «*quanto prima al riparo dalla luce e da fonti di calore e sono inviati al laboratorio per le analisi entro il quinto giorno successivo a quello del prelievo; altrimenti i campioni sono conservati in modo da evitare il degrado o il danneggiamento durante il trasposto e lo stoccaggio, in attesa di essere inviati al laboratorio*».

Anche per quanto riguarda la formazione del campione, la disciplina europea detta una serie di norme vincolanti che sono presenti nell'allegato 1 *bis* del Regolamento (Cee) n. 2568/91 (cfr. art. 2, comma 3, del Regolamento (Cee) n. 2568/91). Il citato Allegato 1 *bis* prevede, per l'identificazione della partita di prodotto, precise disposizioni in merito alla rappresentatività di una partita da campionare e alla consegna al laboratorio.

Nel primo grado del giudizio il ricorrente aveva sottolineato le violazioni operate dagli accertatori rispetto alla disciplina europea sul campionamento degli oli di oliva evidenziando come la particolarità del prodotto da sottoporre ad analisi, un prodotto alimentare "vivo" sensibile alla luce, alle temperature e con un coefficiente di "degrado" rilevante, imponesse una scrupolosa osservanza delle norme europee applicabili. Inoltre, non solo le disposizioni dovevano essere scrupolosamente osservate, ma gli accertatori (e l'AGCM che aveva recepito passivamente le loro conclusioni) avevano l'obbligo di provare di aver rispettato le procedure normativamente previste.

Le tesi difensive del ricorrente erano state rigettate dal Tar del Lazio che aveva valorizzato, seguendo la tesi della resistente AGCM, un unico elemento: le competenze dei soggetti accertatori, vale a dire i carabinieri del NAS.

L'elemento soggettivo, vale a dire la competenza riconosciuta all'autorità pubblica, era stata ritenuta condizione necessaria e sufficiente per poter affermare l'avvenuto rispetto delle procedure di campionamento e la conseguente genuinità del campione sottoposto alle analisi.

La qualificazione da parte dell'ordinamento di un soggetto quale organo pubblico competente e deputato ai controlli in una determinata materia diventava l'unica condizione rilevante ai fini della verifica del rispetto di una fattispecie dettagliatamente disciplinata dal Legislatore europeo.

Questo approccio "fideistico" del Tar del Lazio è stato giustamente corretto dal Consiglio di Stato che ha rilevato come la circostanza che un campionamento sia eseguito da un soggetto dotato di competenze tecniche non è sufficiente per dimostrare il rispetto del vigente *corpus* normativo.

La competenza dei carabinieri del NAS non comporta necessariamente l'attendibilità delle conclusioni da essi prospettate.

Nel caso di specie occorre avere la prova che il campione di olio prelevato fosse genuino e conservasse tutte le caratteristiche organolettiche presenti al momento del prelievo. E una tale prova per poter essere attendibile deve basarsi sul dimostrato e non postulato rispetto di tutte le disposizioni previste dalla disciplina europea in materia di campionamento degli oli di oliva.

La qualificazione di un olio di oliva come extravergine non è unicamente fondata su un aspetto di natura oggettiva riscontrabile all'esito di specifiche analisi chimico-fisiche, ma si fonda anche su un'analisi organolettica (*panel* di assaggiatori) esposta ad evidenti margini di soggettività.

L'analisi organolettica ha il medesimo valore di quella fisico-chimica.

La necessità di una corretta conservazione del campione da analizzare appare quindi ancor più stringente.

In tali circostanze l'AGCM aveva completamente omesso di soddisfare il requisito normativo dell'onere della prova che il Legislatore ha posto a suo carico.

L'AGCM non solo non aveva essa stessa condotto l'accertamento, ma neppure si era premurata di motivare la ragione per la quale aveva ritenuto conforme a diritto un campione prelevato dagli accertatori in evidente violazione delle disposizioni europee in materia di campionamento.

Il TAR del Lazio nella pronuncia in primo grado non aveva valorizzato la rilevanza delle omissioni commesse dall'AGCM.

Orbene, il confronto tra le disposizioni applicabili e le evidenze fattuali di cui alla fattispecie di causa ha dimostrato che le documentate violazioni della normativa in materia di campionamento e di controlli avevano potuto comportare l'alterazione del prodotto campionato e sottoposto ad esame.

Di conseguenza il Consiglio di Stato, ritenendo illegittima la procedura di campionamento ha respinto la pretesa di AGCM di sanzionare l'operatore responsabile.

2. LA SOLUZIONE ADOTTATA RELATIVA ALL'AUTOCONTROLLO (HACCP)

Per quanto riguarda il secondo aspetto, relativo all'applicazione della disciplina europea sull'autocontrollo (HACCP), l'AGCM ha completamente omesso di valutare le prove fornite dall'operatore nel contesto specifico al quale si riferivano, vale a dire a quello della normativa europea in materia di sicurezza alimentare. Ciò risulta con evidenza dal fatto che

l'AGCM non ha neppure tentato di analizzare gli argomenti portati dall'operatore sul punto, limitandosi ad ignorarli alla stregua di valutazioni irrilevanti. Né nel provvedimento amministrativo e neppure nella sentenza di primo grado del TAR del Lazio si fa riferimento a tali argomenti.

L'errore è palese e di assoluta rilevanza poiché il settore alimentare risulta assoggettato, da decenni, a specifiche normative di fonte europea, normative che hanno posto al centro dell'intero sistema della sicurezza alimentare il principio dell'autocontrollo, operato in conformità ai principi del c.d. Sistema HACCP (analisi dei rischi, analisi sui prodotti alimentari, tenuta di appositi registri per la rintracciabilità dei prodotti alimentari). La giurisprudenza della Corte di giustizia⁴ e della Corte di cassazione⁵ hanno da tempo confermato la correttezza di quanto appena affermato.

L'AGCM, e di conseguenza il Giudice *in prime cure* che ne ha recepito acriticamente le valutazioni, ha omesso di considerare le specificità del settore alimentare. L'AGCM ha dimostrato di ignorare totalmente la normativa applicabile in materia alimentare ed ha errato, in modo evidente, nel parificare un operatore del settore alimentare che deve adempiere a tutti gli obblighi di legge previsti dalla normativa specifica, ad un semplice privato come può essere la società editrice di una rivista che tratta di prodotti alimentari. Identico errore è stato commesso dal TAR del Lazio nella sentenza *in prime cure*.

Per di più gli obblighi previsti sono stringenti: basti pensare agli artt. 17 e 18 del Regolamento (Ce) n. 178/2002⁶ che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare. Tali articoli impongono una serie di adempimenti che ogni operatore del settore alimentare deve rispettare, a pena di sanzioni gravi⁷.

Con il Regolamento (Ce) 852/2004⁸, il legislatore europeo ha stabilito che il sistema generale della sicurezza alimentare *si deve fondare sull'autocontrollo, la cui attuazione è affidata all'operatore*. Tale sistema deve,

⁴ Sentenze della Corte di giustizia del 6 ottobre 2011 in causa n. C-382/10, *E. Albrecht c. Landeshauptmann von Wien*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 9285, EU:C:2011:639 nonché in causa n. 381/10, *Astrid Preissi Kefi c. Landeshauptmann von Wien*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 8281, EU:C:2011:638.

⁵ Corte di cassazione, sez. III penale, sentenza del 6 febbraio 2013 n. 5859.

⁶ Regolamento (Ce) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2002, che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare, in *Guce* n. L 31 del 1° febbraio 2002, p. 1 ss.

⁷ Sul Regolamento (Ce) n. 178/2002, v. F. CAPELLI - B. KLAUS - V. SILANO, *Nuova disciplina del settore alimentare e Autorità europea per la sicurezza alimentare*, Milano, Giuffrè, 2006.

⁸ Regolamento (Ce) n. 852/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, sull'igiene dei prodotti alimentari, in *Guce* n. L 139 del 30 aprile 2004, p. 1 ss.

tra l'altro, verificare gli *standard* microbiologici dei prodotti, preparare ed attuare le procedure necessarie ad individuare e risolvere eventuali non conformità, creare un sistema di mantenimento della catena del freddo e di monitoraggio delle temperature, nonché un piano di campionamento e di analisi. Ogni operatore è controllato dall'Autorità competente.

La validità e l'efficacia di tali misure è riconosciuta dallo stesso legislatore europeo che ha posto al centro del sistema della sicurezza alimentare i piani di autocontrollo degli operatori. L'Autorità competente verifica, in particolare, che l'operatore del settore alimentare abbia, ad esempio, svolto analisi e campionamenti secondo il piano aziendale preparato dal medesimo operatore, ma non contesterà mai tale piano aziendale ad un operatore del settore alimentare sostenendo che le sue analisi sono prive di qualsivoglia valore perché non effettuate alla presenza di un pubblico ufficiale!!

La correttezza di quanto affermato è stata ribadita dalla Corte di giustizia dell'Unione europea che ha espressamente statuito che il fulcro del sistema normativo in materia di sicurezza alimentare è l'operatore del settore alimentare. In una causa dove si discuteva della correttezza delle misure adottate da un operatore alimentare che vendeva pane tramite un sistema *self service*, sistema ritenuto non conforme alle norme applicabili dall'autorità sanitaria nazionale, la Corte di giustizia ha affermato nella sentenza del 6 ottobre 2011 in causa n. C-382/10, *Albrecht*: «(...) che occorre prendere in considerazione l'art. 5 del regolamento [n. 852/2004/Ce], come fatto valere correttamente dal governo ceco e da quello dei Paesi Bassi, nonché dalla Commissione europea. Ai sensi del n. 1 del citato art. 5, gli operatori del settore alimentare predispongono, attuano e mantengono una o più procedure permanenti basate sui principi del sistema HACCP. Tra tali principi è menzionato quello contenuto nell'art. 5, n. 2, lett. a), del regolamento, il quale impone di identificare ogni pericolo che deve essere prevenuto, eliminato o ridotto a livelli accettabili. Come emerge, in particolare, dall'art. 1, n.1, lett. a) e d), del regolamento, l'obbligo di cui all'art. 5, n. 1, dello stesso è espressione dello scopo perseguito dal legislatore dell'Unione di attribuire la responsabilità principale in materia di sicurezza degli alimenti agli operatori del settore alimentare (...))»⁹. La Corte precisa, inoltre, che l'Autorità di controllo non può limitarsi a sostenere che una data misura adottata dall'operatore non sia corretta, ma ha l'obbligo, da un lato, di prendere in considerazione l'attività posta in essere dall'operatore, dall'altro lato, di dimostrare la non conformità e di indicare

⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 2011 in causa n. C-382/10, *Albrecht c. Landeshauptmann von Wien*, punti 18-23, *cit. supra*, nota 4. Di analogo tenore la coeva sentenza del 6 ottobre 2011 in causa n. C-381/10, *Astrid Preissl KEF c. Landeshauptmann von Wien*, *cit. supra*, nota 4.

precisamente dove l'operatore è stato ritenuto carente proponendo altresì opportune misure¹⁰.

In sintesi, la Corte di giustizia riconosce l'assoluta rilevanza del sistema di autocontrollo posto in essere dagli operatori del settore alimentare. Il principio espresso rileva anche nella fattispecie della causa decisa con la sentenza qui esaminata poiché negare valenza al sistema di autocontrollo (verifiche, analisi, garanzie contrattuali) posto in essere dall'operatore significa negare l'effetto utile delle norme europee poste alla base di tutto il sistema della legislazione europea in materia alimentare.

La sistematicità con la quale ogni operatore del settore alimentare effettua analisi e campionamenti, tutti adempimenti rilevanti in caso di controllo da parte della pubblica autorità competente, non può essere paragonata all'estemporaneità di un prelievo effettuato ai fini, ad esempio, di un'inchiesta giornalistica.

I piani sono ontologicamente differenti. Quelli che qui rilevano riguardano aziende che dovendo adempiere a precisi impegni normativi di fonte europea hanno organizzato sistematicamente la loro attività di verifica e controllo, attività che è quotidianamente sottoposta alla vigilanza delle diverse ASL competenti. Di conseguenza tutti i dati devono essere archiviati per il periodo di tempo normativamente previsto e messi a disposizione dell'Autorità sanitaria quando richiesto.

Il Consiglio di Stato ha correttamente rilevato che non è possibile ignorare gli elementi probatori, a favore dell'operatore del settore alimentare, risultanti dai rilevamenti dei dati e dalle analisi effettuate in adempimento al piano di autocontrollo aziendale a meno che l'autorità di controllo non dimostri «*la violazione delle disposizioni tecniche regolanti la loro acquisizione*».

Un secondo punto di assoluta rilevanza nella sentenza qui commentata è l'affermazione del Consiglio di Stato sulla valenza dei piani di autocontrollo redatti in conformità ai principi dell'HACCP.

I Supremi Giudici amministrativi hanno ampliato la rilevanza delle disposizioni adottate in materia di sicurezza alimentare a fattispecie diverse da quelle di natura strettamente sanitaria dove l'oggetto della tutela è il bene della salute pubblica.

Nel caso di specie il bene da tutelare era quello della corretta informazione del consumatore al fine di permettere un acquisto consapevole. Il punto era quindi quello di verificare se l'operatore economico avesse posto in essere comportamenti idonei ad influenzare la capacità di scelta dei suoi clienti.

¹⁰ Cfr. punti 21-23 della sentenza *Albrecht*, cit. *supra*, nota 4.

Il Consiglio di Stato, pur evidenziando che la disciplina in materia di autocontrollo dei prodotti alimentari trova la sua genesi in atti cogenti europei adottati nella materia della sicurezza alimentare, ha affermato che tale disciplina può essere utilmente invocata anche in ambiti diversi.

La motivazione della sentenza sul punto appare del tutto corretta e può essere così riassunta: se i risultati di un piano di autocontrollo valgono in fattispecie dove il bene giuridico tutelato è quello primario della salute dei consumatori, *a fortiori* tali risultanze devono valere quando l'attività dell'operatore è scrutinata per verificare il comportamento dello stesso in materia di pratiche commerciali sleali.

L'AGCM come il TAR del Lazio, che ne aveva recepito le tesi, avevano, invece, ritenuto inattendibile la documentazione del ricorrente unicamente perché essa proveniva dal professionista colpito dalla sanzione. Ancora una volta l'AGCM aveva fondato le sue valutazioni su un elemento puramente soggettivo omettendo di considerare che si trattava di comportamenti che dovevano essere valutati nell'ambito del *corpus* normativo di riferimento, vale a dire quello della legislazione alimentare.

III. Conclusioni

Come si comprende, la corretta soluzione del problema sottoposto al giudizio del giudice amministrativo, TAR del Lazio e Consiglio di Stato, è stata trovata senza effettuare, fondamentalmente, alcun riferimento alla normativa contenuta nel Codice del consumo.

La critica sostanziale che il Consiglio di Stato ha mosso all'operato dell'AGCM riguarda il metodo ed il processo con i quali la stessa AGCM ha affrontato e deciso una fattispecie i cui elementi strutturali erano disciplinati da precise disposizioni in materia di diritto alimentare imposte dalla normativa europea.

La censura sul metodo ha riguardato l'acriticità con la quale l'AGCM ha valutato, *rectius* non ha valutato, le risultanze delle analisi effettuate dagli accertatori che erano state poste alla base del procedimento in materia di pratiche commerciali sleali.

L'AGCM non avendo alcuna esperienza né competenza in materia di legislazione alimentare non si è neppure posta il problema di verificare e valutare le risultanze dell'attività posta in essere dall'Autorità di controllo, nel caso di specie: i carabinieri del NAS.

Il modo di procedere dell'AGCM è comprensibile, ma non giustificabile. È comprensibile poiché non è nel dna dell'AGCM effettuare analisi in materie differenti da quelle rientranti nell'ambito della tutela della concorrenza e della tutela del consumatore.

L'AGCM nasce nel 1990, in ritardo di circa cento anni rispetto all'ordinamento statunitense e di più di trenta rispetto a quello europeo, per svolgere una funzione di sentinella in difesa della legislazione *antitrust* che si fonda su analisi e valutazioni di natura economica ancor prima che giuridica. Successivamente, a tale competenza ne è stata aggiunta una diversa per difendere il consumatore dalle pratiche commerciali sleali e dalle clausole abusive utilizzate dalle aziende nei rapporti con i consumatori.

All'AGCM non sono state quindi attribuite funzioni specifiche che le consentano di maturare competenze adeguate in materia di legislazione alimentare.

Sotto questo profilo appare quasi naturale che l'AGCM valuti con un atteggiamento fideistico le risultanze degli accertamenti effettuati dai soggetti ai quali l'ordinamento statale ha delegato il compito di controllare la legittimità dei comportamenti delle imprese nel settore alimentare.

L'onere della prova che il Legislatore ha posto in capo all'AGCM, tuttavia, non può essere considerato soddisfatto con il passivo recepimento da parte dell'AGCM di attività poste in essere da soggetti terzi dotati di competenze specifiche nel settore di riferimento, in particolare in quei settori dove esistono norme cogenti che disciplinano compiutamente fasi rilevanti del procedimento di accertamento come nel settore alimentare.

Come in precedenza osservato, benché comprensibile, un tale atteggiamento non è giustificabile poiché l'AGCM è competente ad applicare sanzioni in materia di pratiche commerciali sleali di rilevantissima entità che si aggiungono al danno di immagine e reputazionale che un provvedimento in tale settore può causare ad un'azienda attiva nel settore della produzione e della distribuzione dei prodotti alimentari.

Sotto il profilo del merito, il Consiglio di Stato ha sottolineato come una decisione dell'AGCM nella materia di pratiche commerciali sleali, avente ad oggetto un prodotto alimentare, non può prescindere dalla conoscenza e dall'applicazione delle vigenti e rilevanti disposizioni in materia di legislazione alimentare.

L'errore in cui è caduta l'AGCM, ben rilevato dai Supremi Giudici amministrativi, è stato quello di considerare le risultanze documentali che erano conseguenti all'adempimento di precisi obblighi informativi previsti da cogenti normative europee, alla stregua di produzioni di parte, prive di qualsivoglia rilevanza ed attendibilità. L'AGCM non è stata in grado di apprezzare la valenza degli argomenti giuridici portati dall'operatore del settore alimentare poiché non aveva la conoscenza del *corpus* normativo nell'ambito del quale tali argomenti andavano valutati. È questo forse l'insegnamento più rilevante che si può trarre dalla sentenza in commento,

vale a dire indurre l'AGCM a colmare il *gap culturale* in questa specifica materia.

L'AGCM nel momento in cui istruisce e decide una fattispecie concernente pratiche commerciali sleali in materia alimentare non può applicare le disposizioni di tale disciplina prescindendo dalla verifica e dall'analisi della legislazione alimentare che è in massima parte di fonte europea; ciò vale sia per i principi generali di tale normazione sia per quelli più specifici. Se, ad esempio, l'AGCM fosse chiamata ad istruire un procedimento ove rilevano prodotti alimentari tutelati con una denominazione di origine protetta (DOP) o un'indicazione geografica protetta (IGP), la decisione non potrebbe essere presa omettendo di considerare le norme specifiche applicabili in materia, pena l'adozione di un provvedimento che, invece di sanare una distorsione sul mercato, avrebbe come unica conseguenza quella di determinare una situazione di totale confusione.

Il Legislatore italiano sembra iniziare a comprendere l'opportunità di individuare soggetti dotati di competenze specifiche in materia alimentare per applicare la normativa europea in questo settore. Un timido esempio è rappresentato dall'art. 7 della l. n. 53/2021¹¹, con delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2019-2020 –, contenente i principi e i criteri direttivi per l'attuazione della direttiva (Ue) n. 2019/633¹², in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare. L'Ispettorato centrale della tutela della qualità e della repressione frodi dei prodotti agroalimentari (ICQRF) è stato individuato quale autorità nazionale deputata sia alla vigilanza sull'applicazione delle disposizioni che disciplinano le relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e alimentari, sia all'applicazione tanto dei divieti stabiliti dalla direttiva (Ue) n. 2019/633 quanto delle relative sanzioni ai sensi della legge 24 novembre 1981, n. 689. Tale previsione comporta anche una rilevante modifica in tema di autorità competente a decidere le future controversie: la competenza infatti spetterà al giudice ordinario e non più a quello amministrativo¹³.

¹¹ Legge n. 53 del 22 aprile 2021, in *Guri* n. 97 del 23 aprile 2021.

¹² Direttiva (Ue) n. 2019/633 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare, in *Gu-Ue* n. L 111 del 25 aprile 2019, pp. 59-72.

¹³ I problemi relativi all'individuazione del Giudice competente dal punto di vista della giurisdizione, in assenza di una chiara previsione normativa, sono stati recentemente oggetto dell'analisi delle Sezioni Unite della Suprema Corte di cassazione con la pronuncia n. 1914/2021 del 28 gennaio 2021 sulla natura dei provvedimenti sanzionatori adottati dagli organismi di certificazione dei prodotti biologici. In argomento D. PISANELLO, *Quale giudice*

La questione delle competenze applicative e del campo di applicazione della direttiva n. 2005/29/Ce per quanto riguarda le pratiche commerciali sleali richiederebbero una riflessione ben più ampia. Basti pensare che la direttiva n. 2005/29/Ce (art. 3.4)¹⁴ prevede espressamente che a fronte di diverse disposizioni europee che disciplinano aspetti peculiari in materia di pratiche commerciali, laddove sussista un contrasto con la direttiva, siano le disposizioni speciali a dover trovare applicazione. La medesima direttiva n. 2005/29/Ce, al *considerando* n. 10, prevede anche che le sue disposizioni debbano trovare applicazione solo in assenza di norme di diritto europeo che disciplinino «*aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, come obblighi di informazione e regole sulle modalità di presentazione delle informazioni al consumatore*».

La Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi in una fattispecie in materia di telecomunicazioni, ha in particolare interpretato la nozione di «contrasto» tra norme europee affermando: «*un contrasto come quello contemplato dall'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29 sussiste unicamente quando disposizioni estranee a quest'ultima, disciplinanti aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, impongono ai professionisti, senza alcun margine di manovra, obblighi incompatibili con quelli stabiliti dalla direttiva 2005/29*»¹⁵.

I Giudici di Lussemburgo hanno quindi individuato la soluzione di una possibile concorrenza di disposizioni che regolano la fattispecie contestata applicando il criterio dell'incompatibilità tra le due normative piuttosto che quello della specialità.

La sentenza è stata pronunciata in una materia, quella delle telecomunicazioni, ove la disciplina europea di riferimento non era completamente armonizzata.

Un'affermazione così netta, trasferita nell'ambito della legislazione alimentare dove il diritto europeo ha previsto disposizioni assai specifiche per materie ove l'armonizzazione è completa, non sembra rappresentare la

per il biologico: note alla sentenza 1914/2021 resa dalla Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sulla relativa questione di giurisdizione. Prime luci sul nuovo orizzonte della giustiziabilità delle misure esecutive disposte dagli organismi di controllo designati al controllo e alla certificazione del biologico, in Alimenta, n. 1/2021, p.109.

¹⁴ L'art. 3.4 della direttiva n. 2005/29/Ce recita: «*In caso di contrasto tra le disposizioni della presente direttiva e altre norme comunitarie che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, prevalgono queste ultime e si applicano a tali aspetti specifici*».

¹⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 13 settembre 2018 in cause riunite n. C-56-57/2017, AGCM c. Wind e a., EU:C:2018:710.

soluzione migliore. Meglio sarebbe, come osservato da tempo in dottrina¹⁶, interpretare le disposizioni della direttiva prevedendo l'applicazione delle norme settoriali «*anche alle ipotesi di specificazione della materia operata*» da quest'ultime¹⁷.

Si tratterebbe della soluzione più coerente e rispettosa dell'ingente *corpus* normativo in materia di diritto alimentare.

Massimiliano Valcada*

SINTESI

L'Autore, con il presente articolo, intende contestare l'indirizzo seguito dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) che pretende di applicare le disposizioni in materia di pratiche commerciali sleali previste dal Codice del Consumo, ai settori alimentari nei quali si controverte sulla natura del prodotto posto in vendita con riferimento alla denominazione impiegata per venderlo.

ABSTRACT

With this article, the author intends to challenge the address followed by the Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), the Italian Competition and Market Authority, which claims to apply the provisions on unfair commercial practices envisaged by the Consumer Code, to the food sectors in which the nature of the product offered for sale is disputed with reference to the denomination used to sell it.

¹⁶ V. RUBINO, *Gli "health claims" e l'etichettatura degli alimenti*, in *Rivista di Diritto Alimentare*, n. 1/2014, p. 22.

¹⁷ V. RUBINO, *Gli "health claims" e l'etichettatura degli alimenti*, *loc. cit.*, p. 29.

* Avvocato / Foro di Savona; Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea

**PRESENZA DI *LISTERIA MONOCYTOGENES*
IN DUE UNITÀ CAMPIONARIE. ANALISI ESEGUITE
IN 25 GRAMMI. IL FATTO NON SUSSISTE**

**Tribunale di Milano, sezione X[^]
Sentenza del 13 ottobre 2021 n. 10187/21***

Procedimento penale a carico di S. M.

Art. 5, lett. c., legge 30 aprile 1962 n. 283 - Linee guida per il controllo ufficiale per campionamenti - Regolamento (Ce) n. 2073/2005 sui limiti di cariche microbiche - Prova EN/ISO 11290 – 2.

Non essendo corretto il campionamento eseguito nel caso di specie su un'aliquota unica, l'analisi effettuata non può avere rilevanza per la decisione del giudice penale.

È parimenti dubbia l'analisi eseguita con riferimento all'esame PCR (polymerase chain reaction) senza rispettare le regole applicabili.

(Omissis) In diritto

La modestia del fatto e alcuni condivisibili rilievi difensivi sulle modalità di prelevamento e analisi non consentono l'affermazione della penale responsabilità dell'imputato per il reato ascrittogli.

Quanto alla modestia del fatto, la presenza di *listeria monocytogenes* è stata accertata solo in due delle cinque unità campionarie esaminate ed è risultata infe-

* In argomento v. *infra*, p. 201 ss., il commento di *MARCO CASINI*.

riore a 10 unità formanti colonia per grammo; è del tutto evidente che, a fronte di risultati “quantitativi” così modesti, diviene fondamentale verificare la piena correttezza delle procedure che a tali risultati hanno condotto.

In primo luogo, nell’ambito di un controllo programmato (e dunque in assenza di urgenza) il campionamento è stato eseguito in un’unica aliquota costituita da 5 unità campionarie anziché su 4 o 5 aliquote, come prevedono le norme del settore; e ciò nonostante la presenza, presso il rivenditore, di un numero di confezioni che avrebbe consentito il campionamento corretto.

In secondo luogo, in sede di analisi **non** sono stati determinati i valori del pH e dell’acqua libera¹ in quanto, come riferito dalla teste Invernizzi, è accertato in letteratura che formaggi come la burrata supportano la crescita di listeria; la normativa di settore prevede, per gli alimenti che non costituiscono terreno favorevole per la crescita di listeria, la prova EN/ISO 11290 – 2, ossia la conta o prova quantitativa, con limite di 100 unità formanti colonia. E il discrimine tra alimenti che costituiscono o meno terreno favorevole alla crescita del batterio è rappresentato proprio dai valori del pH e dell’acqua libera, che in questo caso non sono stati determinati. È dunque dubbia la correttezza dell’analisi così come eseguita, e cioè l’esame PCR (polymerase chain reaction) che, se positivo, va confermato con l’analisi microbiologica su terreno di coltura.

Per tali ragioni, in esse assorbiti gli altri rilievi del CT della difesa², l’imputato va mandato assolto dal reato ascrittogli con la formula di cui al dispositivo.

P.Q.M.

Visto l’art. 530 cpp

ASSOLVE

M. S. dal reato ascrittogli perché il fatto non sussiste.

(Omissis)

¹ La cui determinazione è prevista, prestampata, nel verbale di campionamento.

² Nello specifico, quello per cui l’analisi sarebbe stata condotta su una quantità di prodotto superiore a quella prevista dal Regolamento Ue 2073/2005.

L'ANALISI EFFETTUATA SU UN'ALIQUOTA UNICA DA UN CAMPIONAMENTO ESEGUITO SU PRODOTTI ALIMENTARI NON HA INCIDENZA SULLA DECISIONE DEL GIUDICE PENALE

Sommario: **I.** *Il caso* - **II.** *Il commento* - **1.** *Le corrette modalità di campionamento non consentono l'aliquota unica irripetibile ai fini penali* - **2.** *Valutazioni giuridiche* - **3.** *La decisione del Tribunale di Milano* - **a.** *Le erronee modalità di campionamento* - **b.** *I limiti di carica microbica per la Listeria Monocytogenes* - **III.** *Conclusioni.*

I. Il caso

Nel mese di giugno 2019 l'ATS di Milano eseguiva, in un esercizio commerciale dell'*hinterland* milanese, un campionamento di «Burrata» (formaggio fresco, di latte vaccino) ai fini della verifica dei criteri di sicurezza alimentare (previsti dal Regolamento (Ce) n. 2073/2005) e, a tal fine, prelevava cinque confezioni di prodotto che andavano a formare il campione in un'unica aliquota.

Le analisi di laboratorio, eseguite presso l'IZSLER di Milano in unica prova irripetibile e previo avviso agli interessati, accertavano che in tutte le cinque unità campionarie, la carica microbica di *Listeria monocytogens* era inferiore a 10 ufc/gr di prodotto (virtualmente assente), mentre in due unità campionarie risultava la presenza di *Listeria monocytogenes* in 25 grammi.

Dopo aver richiesto di fornire evidenza in merito alla possibilità di rispettare il limite di 100 ufc/g nel corso di validità del prodotto, non avendo ottenuto alcun riscontro, il laboratorio dichiarava non conforme il campione analizzato e l'ATS denunciava il commerciante e il produttore per il reato di cui all'art. 5, comma 1, lett. c., e 6, comma 3, legge n. 283/62 per aver impiegato nella preparazione di alimenti, detenuto per vendere o comunque distribuito per il consumo sostanze alimentari con cariche microbiche superiori ai limiti previsti dal punto 1.2 dell'allegato I del Regolamento (Ce) n. 2073/2005.

II. Il commento

La vicenda fornisce alcuni interessanti spunti in materia di corrette modalità di campionamento e in merito ai limiti di carica microbica.

1. LE CORRETTE MODALITÀ DI CAMPIONAMENTO NON CONSENTONO L'ALIQUOTA UNICA IRRIPETIBILE AI FINI PENALI

L'esecuzione di un campionamento in un'unica aliquota e a seguire un'analisi unica irripetibile su tutte e cinque le unità campionarie trovava fondamento nelle «linee guida per il controllo ufficiale ai sensi dei regolamenti (CE) 882/2004 e 854/2004 del 10 novembre 2016» (capitolo 15 della Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome - 16/123/SR05/C7 - Intesa, ai sensi dell'art. 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano).

Tuttavia, detta disposizione ribadiva anche l'importanza del rispetto delle regole normative definite per il campionamento (dpr n. 327/1980 e del dm 16 dicembre 1993) e prevedeva l'analisi unica irripetibile in situazioni particolari e con conseguenze diverse, trattandosi, comunque di una disposizione che non poteva derogare alle disposizioni normative in materia di campionamenti ufficiali. In questo senso si è già espressa la Suprema Corte di cassazione «(...) le regioni non hanno competenza in materia penale, le eventuali differenti norme regionali in materia di campionamenti e di prelievi devono comunque essere interpretate in via adeguatrice nel senso che esse hanno rilievo solo ai fini amministrativi e che non incidono sulle norme statali disciplinanti le procedure da seguire per l'accertamento di eventuali reati e pertanto applicabili dal giudice penale nel processo penale». (Cass., sez. III n. 34853 del 9 settembre 2009, udienza 8 aprile 2009, Pres. Lupo, Est. Franco).

2. VALUTAZIONI GIURIDICHE

Per tali motivi la difesa lamentava la violazione delle disposizioni di legge sopra richiamate e contestava la nullità/illegittimità/inefficacia del campionamento sotto il profilo penalistico per dimostrare la sussistenza del reato contestato.

In sostanza, la difesa sosteneva che le modalità di campionamento eseguite avevano escluso ogni forma di ulteriore analisi al di fuori della prima e che, pur potendo ovviamente essere eseguite nell'ambito dei controlli amministrativi previsti dalle sopraccitate linee guida, non potevano in realtà derogare alle disposizioni di legge applicabili ai fini dell'utilizzo in ambito penale.

Ricordiamo infatti che, in vigore del dm 16 dicembre 1993, il campionamento doveva essere eseguito con modalità tali da consentire di:

- eseguire la prima analisi sulla 1° aliquota;
- porre la 2° aliquota a disposizione della parte;
- operare sulla 3° aliquota in caso di ripetizione dell'analisi limitatamente al parametro risultato difforme;
- porre la 4° aliquota a disposizione dell'Autorità Giudiziaria per eventuali perizie da essa disposte.

3. LA DECISIONE DEL TRIBUNALE DI MILANO

a. *Le erronee modalità di campionamento*

Il Tribunale di Milano ha condiviso la critica relativa alle modalità di campionamento osservate dall'Autorità rilevando che «(...) nell'ambito di un controllo programmato (e dunque in assenza di urgenza) il campionamento è stato eseguito in un'unica aliquota costituita da 5 unità campionarie anziché su 4 o 5 aliquote, come prevedono le norme del settore; e ciò nonostante la presenza presso il rivenditore, di un numero di confezioni che avrebbe consentito il campionamento corretto».

Al riguardo è comunque necessario ricordare che tali osservazioni hanno ovviamente la loro importanza e validità per i casi precedenti l'entrata in vigore (26 marzo 2021) del decreto legislativo 2 febbraio 2021, n. 27, che fornisce le nuove indicazioni per i *controlli ufficiali* sulla base del Regolamento (Ue) n. 2017/625 (relativo appunto ai controlli ufficiali e alle altre attività ufficiali effettuati per garantire l'applicazione della legislazione sugli alimenti e sui mangimi, delle norme sulla salute e sul benessere degli animali, sulla sanità delle piante nonché sui prodotti fitosanitari).

b. I limiti di carica microbica per la Listeria Monocytogenes

Risulta, invece, ancora attuale l'osservazione relativa ai limiti di carica microbica posti a base del giudizio di non conformità del prodotto.

La difesa lamentava un'erronea applicazione della metodica (Regolamento (Ce) n. 2073/2005) alla tipologia di prodotto.

Il Regolamento (Ce) n. 2073/2005 prevede che agli alimenti che non costituiscono terreno favorevole alla crescita di *Listeria monocytogenes* si applica il limite di 100 ucf/g nella fase di immissione sul mercato durante il loro periodo di conservabilità, a condizione che abbiano le caratteristiche riportate alla nota n. "8" (che come noto sono: $\text{pH} \leq 4,4$ oppure $\text{aw} \leq 0,92$; con $\text{pH} \leq 5$ e $\text{aw} \leq 0,94$; i prodotti con conservabilità \leq a cinque giorni; altri prodotti per i quali vi sia un'evidenza scientifica).

Pertanto, considerato che il Laboratorio non aveva determinato il valore del «pH» e quello dell'acqua libera od «aw» (in quanto non richiesto ed espressamente cancellato dagli operanti nel verbale di campionamento), i risultati analitici non dimostravano in alcun modo il superamento dei limiti di carica microbica.

Il Tribunale ha condiviso tale osservazione affermando: «(...) il discrimine tra alimenti che costituiscono o meno terreno favorevole alla crescita del batterio è rappresentato proprio dai valori del pH e dell'acqua libera, che in questo caso non sono stati determinati. È dunque dubbia la correttezza dell'analisi così come eseguita, e cioè l'esame PCR (polymerase chain reaction) che, se positivo, va confermato con l'analisi microbiologica su terreno di coltura».

Per tali motivi il Tribunale ha quindi assolto il produttore perché il fatto non sussiste.

III. Conclusioni

Si può osservare che i limiti di carica microbica previsti dal Regolamento (Ce) n. 2073/2005 sono tali da consentire la seguente ulteriore conclusione.

Nella fase di commercializzazione del prodotto esiste un unico limite di *Listeria Monocytogenes* rappresentato da 100 ufc/g applicabile in presenza delle condizioni previste dal Regolamento citato.

In questo senso si è già espressa anche la Corte di cassazione (sez. III[^] pen., n. 37346/2017, Pres. A. Cavallo, Rel. C. Cerroni) secondo cui «(...) 100 ufc/g si pone come limite invalicabile nel caso in cui sia assicurato il suo mancato superamento nel periodo di validità commerciale del prodot-

to, l'eventuale parametro minimo non è altrimenti ricavabile dal sistema se non operando esegesi, ragionevoli sì, ma estranee alle previsioni, atteso che il regolamento comunitario fissa altri riferimenti (ad es. "Assente in 25 g") per le altre ipotesi colà richiamate».

Ne consegue che per la configurabilità del reato di cui all'art. 5, lett. c., della legge 30 aprile 1962 n. 283 (e cioè il superamento dei limiti di carica microbica stabiliti dal Regolamento), pur non essendo necessario l'accertamento della nocività delle sostanze impiegate, è tuttavia doveroso accertare il mancato rispetto dei limiti previsti dalla legge.

Pertanto, qualora i risultati delle analisi del prodotto rientrino nei limiti di carica microbica previsti dal Regolamento (Ce) n. 2073/2005, l'Autorità dovrà comunque fornire anche evidenza che, ciononostante, l'evento dannoso risulta prevedibile e che l'interessato avrebbe potuto evitarlo applicando le regole di ordinaria diligenza.

Marco Casini*

SINTESI

L'Autore analizza un caso particolare di presenza di *Listeria Monocytogenes* che ha portato il Tribunale competente ad emettere una sentenza di piena assoluzione del tutto ragionevole perché basata su analisi eseguite dalle autorità di controllo in modo dubbio e su campionamenti effettuati in modo scorretto.

ABSTRACT

The Author analyzes a particular case of the presence of Listeria Monocytogenes which led the competent Court to issue a completely reasonable judgement because it is based on analyzes carried out by the control authorities in a dubious manner and on sampling carried out incorrectly.

* Avvocato / Foro di Crema

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

IMMISSIONE SUL MERCATO EUROPEO DI PRODOTTI COSMETICI SICURI A TUTELA DELLA SALUTE DEL CONSUMATORE: LA COMMISSIONE FORNISCE UTILI INFORMAZIONI SULLO STATO DELL'ARTE E SU POSSIBILI LINEE DI REVISIONE LEGISLATIVA DELLE NORME SULL'USO DEI NANOMATERIALI NEI COSMETICI

Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'utilizzazione di nanomateriali nei prodotti cosmetici e sulla revisione del Regolamento (Ce) n. 1223/2009 sui prodotti cosmetici per quanto riguarda i nanomateriali*

(Omissis)

Introduzione

I nanomateriali sono formati da particelle minuscole¹ che non sono visibili all'occhio umano. Questi materiali sono presenti in natura, ad esempio nella sabbia delle spiagge e nel latte (colloidi naturali), ma vengono anche fabbricati e aggiunti ai prodotti di consumo per conferire proprietà specifiche.

La minuscola dimensione dei nanomateriali comporta peculiari proprietà fisiche e chimiche: i nanomateriali possono cambiare colore rispetto alla propria

* Com(2021)403 def. del 22 luglio 2021. Il testo integrale è reperibile sul sito internet eur-lex.europa.eu. In argomento v. *infra*, p. 211 ss., il contributo di *SALVATORE D'ACUNTO*.

¹ L'art. 2, par. 1, lett. *k*, del Regolamento sui prodotti cosmetici fa riferimento a un materiale avente una o più dimensioni esterne, o una struttura interna, di misura da 1 a 100 nm (nanometri).

macroforma o possono acquisire proprietà antiossidanti. Le ridotte dimensioni possono però incidere anche sulle caratteristiche di pericolo di uno specifico nanomateriale. Alcune nanoforme delle sostanze potrebbero pertanto presentare pericoli intrinseci, che non compaiono nella forma non-nano delle stesse sostanze.

I prodotti cosmetici contenenti nanomateriali devono rispettare specifiche disposizioni normative per i nanomateriali; ogni giorno circa 10 nuovi prodotti cosmetici di tal genere vengono immessi sul mercato dell'UE; ciò rappresenta solo una piccola parte (tra l'1,2% e l'1,5%) del numero totale di nuovi prodotti (cfr. sezione 1.2).

Il Regolamento (Ce) n. 1223/2009 (in appresso il «regolamento sui prodotti cosmetici») affronta gli aspetti specifici riguardanti i nanomateriali utilizzati nei prodotti cosmetici: l'art. 16 prevede un regime *ad hoc* che si applica ai prodotti cosmetici contenenti nanomateriali, come si descrive più dettagliatamente nella sezione 1.

Ai sensi dell'art. 16, par. 10 e 11, del Regolamento sui prodotti cosmetici la Commissione è tenuta a trasmettere al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione di verifica annuale sull'utilizzazione di nanomateriali nei prodotti cosmetici e a riesaminare le disposizioni del Regolamento relative ai nanomateriali.

Il presente documento, volto ad attuare le disposizioni appena citate, è strutturato come segue:

- sezione 1 - *Relazione* di verifica sull'evoluzione dell'utilizzazione di nanomateriali nei prodotti cosmetici (art. 16, par. 10, lett. b.);
- sezione 2 - *Revisione* delle disposizioni del Regolamento sui prodotti cosmetici relative ai nanomateriali (art. 16, par. 11).

(*Omissis*)

1.7 Principali risultati della sezione 1

- In media 10 nuovi prodotti cosmetici contenenti nanomateriali vengono immessi ogni giorno sul mercato dell'UE; ciò rappresenta solo una piccola parte degli 800 nuovi prodotti cosmetici notificati quotidianamente nel CPNP (Portale di notifica dei prodotti cosmetici, n.d.r.). Complessivamente l'uso di nanomateriali riguarda una percentuale alquanto limitata di tutti i prodotti cosmetici (l'1,5 % circa del totale) e si è mantenuto sostanzialmente stabile negli ultimi cinque anni.
- Gran parte dei prodotti cosmetici notificati nel CPNP corrisponde a nanomateriali con funzione di colorante o filtro UV.
- Si registrano differenze tra i Paesi dell'UE per quanto riguarda la percentuale di prodotti cosmetici contenenti nanomateriali notificati di recente (dallo 0,8% al 5,5%) nonché per quanto riguarda la percentuale di notifiche complessive di nanomateriali (dal 6,5% al 43,7%).
- Il catalogo 2019 di nanomateriali pubblicato dalla Commissione ha tracciato un quadro piuttosto preciso del mercato, benché con gli intrinseci limiti

derivanti dal processo di notifica.

- Nella gran parte dei casi i pareri del CSSC (Comitato scientifico della sicurezza dei consumatori, n.d.r.) sulla sicurezza dei nanomateriali notificati nel CPNP non sono stati conclusivi, a causa della mancanza o dell'insufficienza di dati. Occorre quindi che le persone responsabili forniscano informazioni della massima precisione possibile al momento della notifica dei nanomateriali presenti nei prodotti cosmetici.

(*Omissis*)

2.6 Conclusioni principali

La revisione ha valutato se le disposizioni del Regolamento sui prodotti cosmetici relative ai nanomateriali siano ancora idonee allo scopo alla luce dei progressi tecnico-scientifici. Ha esaminato in particolare la definizione di «nanomateriale», la notifica dei nanomateriali, la valutazione scientifica dei nanomateriali e l'etichettatura dei prodotti cosmetici contenenti nanomateriali.

Per quanto riguarda la *definizione*, la revisione ha evidenziato le differenze tra la definizione di nanomateriali contenuta nel Regolamento sui prodotti cosmetici e quella contenuta nella raccomandazione della Commissione del 2011 sulla definizione di nanomateriale. Tale discrepanza è stata riconosciuta anche nella strategia dell'UE in materia di sostanze chimiche sostenibili, in cui è stata annunciata una revisione della definizione orizzontale di nanomateriali entro il 2021. L'allineamento della definizione di nanomateriale contenuta nel Regolamento sui prodotti cosmetici con una definizione orizzontale potrebbe aumentare la coerenza della normativa ma dovrebbe essere analizzato approfonditamente per valutarne i potenziali effetti.

Sono state individuate carenze nella *notifica dei nanomateriali*. Ad esempio, mentre la valutazione della sicurezza è effettuata a livello di ingrediente, le notifiche sono effettuate a livello di prodotto. Inoltre la tempistica della valutazione è relativamente breve e non sembra ottimale dal punto di vista degli operatori economici, che devono pianificare le proprie attività commerciali in anticipo. L'efficacia dell'attuale processo di notifica dei nanomateriali tramite il portale di notifica dei prodotti cosmetici (CPNP) merita pertanto un'attenzione specifica, in particolare per quanto riguarda la sua durata e l'effetto della scadenza del termine previsto dal Regolamento sui prodotti cosmetici.

La *valutazione scientifica della sicurezza dei nanomateriali* potrebbe essere potenziata, in particolare considerando che l'esperienza ha dimostrato che nella maggior parte dei casi le valutazioni completate dal comitato scientifico della sicurezza dei consumatori non sono state conclusive a causa della mancanza di dati. Se da un lato ci si attende che la situazione migliori in una certa misura grazie al perfezionamento dell'attuazione, dall'altro si potrebbero valutare ulteriori miglioramenti, quali la possibilità di estendere ai nanomateriali l'attuale sistema di autorizzazione previsto dall'art. 14 del Regolamento sui prodotti cosmetici per i coloranti, i conservanti e i filtri UV, che funziona in modo soddisfacente.

Infine, per quanto riguarda l'*etichettatura*, poiché gran parte dei cittadini dell'UE ritiene importante ricevere informazioni sulla presenza di nanomateriali nei prodotti che acquista, si potrebbe prendere in considerazione l'*etichettatura digitale* per integrare e migliorare ulteriormente l'*etichettatura* dei nanomateriali nei prodotti cosmetici.

L'EUROPA DEI COSMETICI: UN MODELLO SOLIDO ED EVOLUTIVO*

Sommario: **1.** *Introduzione: l'importanza dei cosmetici per consumatori e industria* - **2.** *Caratteristiche principali della normativa europea sui cosmetici* - **2.1.** *Ambito di applicazione* - **2.2.** *Il principio fondamentale della sicurezza dei prodotti* - **2.3.** *Sistema di notifica preventiva, salvo casi specifici di autorizzazione ex ante* - **2.4.** *Le sostanze c.d. CMR (cancerogene, mutagene o tossiche per la riproduzione)* - **2.5.** *Le sostanze alteranti il sistema endocrino* - **2.6.** *I nanomateriali* - **2.7.** *Le dichiarazioni relative al prodotto («claims»)* - **2.8.** *Le sostanze allergeniche* - **2.9.** *Il divieto di sperimentazione animale* - **2.10.** *Le microplastiche* - **2.11.** *Meccanismi scientifico-giuridici di aggiornamento costante* - **3.** *Prospettive e sfide future.*

1. Introduzione: l'importanza dei cosmetici per consumatori e industria

Ogni giorno, ciascuno di noi fa uso di un numero medio di cosmetici che oscilla tra i 5 e i 15! Attualmente, all'interno dell'Unione europea, circolano quasi 2,5 milioni di tipologie diverse di cosmetici. Quotidianamente viene immessa nel portale unico europeo dell'UE, gestito dalla Commissione, una media di circa 800 nuovi prodotti, per un totale nel solo 2020 di circa 300.000 notifiche di prodotti.

* Le opinioni espresse nel presente articolo sono personali e non riflettono necessariamente la posizione della Commissione.

L'Autore intende sentitamente ringraziare il Dott. Roberto Scazzola e l'Avv. Marta Miglietti per i loro preziosi suggerimenti.

Queste poche cifre danno l'idea della pervasività e, quindi, dell'enorme importanza dei cosmetici nella vita di ogni singolo individuo e, più in generale, della società. Il consumatore si aspetta giustamente che i prodotti impiegati sul proprio corpo siano sicuri, affidabili e anche della qualità promessa.

Quando si parla di cosmetici viene istintivamente dato di pensare ai prodotti di bellezza o comunque volti a migliorare l'estetica. In effetti, "il trucco c'è" ma sussiste anche tutto un altro mondo ancora più vasto. Detto altrimenti, il termine «cosmetico» risulta alquanto riduttivo se non fuorviante: in realtà, la nozione di prodotto cosmetico, così come configurata dalla normativa europea che si incentra sul Regolamento (Ue) n. 1223/2009¹ (qui appresso «il Regolamento cosmetici» o «il Regolamento»), copre una gamma estremamente ampia e diversificata. Anzitutto i prodotti per l'igiene personale, quali dentifricio, sapone, schiuma da barba e dopobarba, deodorante, ecc. Poi quelli per la cura del corpo: lozioni e olii, creme idrattanti per viso e mani, emollienti per il trattamento della pelle, antirughe ecc. O evidentemente per l'estetica: rossetto, cipria, mascara, smalto per le unghie, prodotti cosmetici da risciacquo, ecc. O ancora le preparazioni per i capelli: shampoo, balsamo, lozioni, coloranti, lacche e articoli per l'ondulatura o il fissaggio, ecc. Senza dimenticare, infine, profumi e acqua di colonia, o ancora prodotti stagionali, come creme solari o autoabbronzanti.

Insomma, stiamo parlando di un'ampia varietà di beni di diffusione vasta, capillare e costante, pressoché onnipresenti nella nostra *routine*, dall'inizio della giornata fino al momento di coricarci, a livello domestico come fuori casa o nei viaggi, sia per le donne sia per gli uomini.

Se, da un lato, si tratta di un settore cruciale per il consumatore e il suo benessere quotidiano nonché la sua salute, dall'altro, parliamo di un comparto di estrema rilevanza economica per la nostra industria europea, chiamata a rispondere alle attese di utenti spesso bene informati ed esigen-

¹ Regolamento (Ce) n. 1223/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 novembre 2009, sui prodotti cosmetici, in *Gu-Ue* n. L 342 del 22 dicembre 2009, pp. 59-209.

Il Regolamento n. 1223/2009 ha sostituito nel contenuto e nella tipologia di atto normativo la direttiva n. 76/768/Cee del Consiglio, del 27 luglio 1976, introducendo pertanto principi e regole direttamente applicabili negli ordinamenti nazionali.

Cfr. M. TAMPIERI, *La sicurezza dei prodotti cosmetici*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2018, pp. 644-663; G. CIARLO, *Le règlement de l'Union européenne sur les "cosmétiques"*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2013, n. 4, pp. 687-730; M. BETTIOL - F. CECCHI, *Manuale delle preparazioni cosmetiche e dermatologiche: teoria, pratica e normativa al nuovo Regolamento CE*, in *Tecniche Nuove*, collana *Tecnica farmaceutica e cosmetica*, settembre 2013; C. VERDURE, *Food, medicine and cosmetic: beyond traditional classification*, in *Revue européenne de droit de la consommation*, in *European consumer law journal*, 1, 2009, pp. 113-123; S. CANTONI, *Libera circolazione delle merci - un esempio di connessione tra settori armonizzati e non completamente armonizzati: i prodotti cosmetici*, in *Il diritto dell'economia*, No. 1 (1996), pp. 131-142.

ti ma anche, al contempo, a difendere la sua *leadership* mondiale, rintuzzando la concorrenza crescente in provenienza dalle altre regioni del globo.

In ambito di cosmetici, in effetti, l'Unione europea è al vertice internazionale, sia in termini di fatturato sia di esportazioni.

Il comparto rappresenta, all'interno dell'UE, un valore di circa 70 miliardi di euro (che evidentemente non ricomprendono più il Regno Unito)². Cinque Stati membri – Germania, Francia, Italia, Spagna e Polonia – coprono da soli abbondantemente più della metà del totale³. L'Italia e la Spagna, peraltro, sono i Paesi originari del maggior numero di notifiche nel portale europeo; insieme ne assicurano praticamente un terzo, con rispettivamente circa il 21% e il 13% del totale, stando ai dati aggiornati al 31 dicembre 2020⁴.

Quasi la metà (22) dei 50 *brand* di maggior peso a livello mondiale ha sede nell'Unione, con la Francia a ricoprire la parte del leone (da sola detiene i marchi che valgono più della metà di tutti quelli europei). La preminenza dell'UE sulla scena internazionale si misura anche in termini di scambi commerciali: le esportazioni europee equivalgono a circa 20 miliardi di euro (con Francia e Germania che da sole assicurano più della metà del totale).

Sul piano occupazionale, se i lavoratori direttamente impiegati nella produzione cosmetica arrivano a circa 200.000, in termini più complessivi il comparto, considerando tutta la filiera, genera direttamente o indirettamente quasi 2 milioni di posti di lavoro, che si ritrovano – oltre che in un numero significativo di PMI (quasi 6000) – in più di 100 aziende che producono ingredienti utilizzati nei cosmetici, in più di 20.000 imprese di distribuzione e in quasi 50.000 negozi specializzati (oltre che istituti di bellezza e SPA).

Infine, dato non certo meno interessante, le imprese del settore cosmetico investono in ricerca e sviluppo circa il 5% del fatturato, generando un'ingente spesa (più di 2 miliardi di euro), un insieme di strutture di ri-

² Cifre riferite al 2019 e fornite dall'industria cosmetica europea (Cosmetics Europe). <https://cosmeticseurope.eu/cosmetics-industry/>

³ Stando alle statistiche relative al 2019, i maggiori mercati nazionali di cosmetici sono rappresentati da Germania (circa 14 miliardi di euro), Francia (più di 11), Italia (10,5), Spagna (più di 7) e Polonia (più di 4). Il Regno Unito si colloca tra Francia e Italia (10,7).

⁴ Per l'esattezza: Italia 530.352, Spagna 317.680, Francia 309.853, Germania 302.190. A scalare, con meno di 100.000 notifiche, gli altri Stati membri (in ordine decrescente, Polonia, Olanda, Belgio, Grecia, Bulgaria, Repubblica Ceca, per completare i primi 10). Per la cronaca il numero di notifiche del Regno Unito è stato in passato nell'Unione secondo solo all'Italia (392.302).

Da segnalare anche un incremento consistente del numero notifiche tra fine 2019 e fine 2020. Ad esempio per l'Italia +9,2%, un chiaro segnale dell'impulso ricevuto dalla richiesta e dall'offerta di prodotti cosmetici nel corso della crisi sanitaria determinata dal Covid-19.

cerca *ad hoc* (più di 70) e una comunità scientifica composta di quasi 30.000 ricercatori dedicati a questi prodotti.

In tale scenario, il quadro normativo è il fattore chiave di equilibrio tra sicurezza per gli utenti, da un lato, e competitività, investimenti e capacità innovativa per le nostre imprese, dall'altro. Il Regolamento cosmetici è il terreno di equilibrio per coniugare e conseguire questi obiettivi; un patrimonio comune per i consumatori e l'industria europei, da sorvegliare, consolidare e aggiornare continuamente ad opera delle istituzioni europee e nazionali, alla luce dei progressi tecnico-scientifici.

È parere piuttosto diffuso e concorde, non solo in Europa, che il Regolamento cosmetici EU abbia finora assicurato e continui a garantire, da un lato, la tutela di un livello elevato di sicurezza dei prodotti sul mercato, e, dall'altro, la competitività e la capacità costante di innovare da parte dell'industria europea. Al punto che, non a caso, il nostro sistema UE costituisce il modello di riferimento costante per tanti Stati terzi, soprattutto in Asia e in Sud America. Forse basta un primo dato a spiegarne le ragioni: a fine 2020, più di 2200 sostanze sono state oggetto di specifica regolamentazione a livello europeo; di queste, praticamente 3/4, cioè 1644, sono *sic et simpliciter* vietate per uso nei cosmetici. Per dare un'idea, negli USA gli ingredienti proibiti nei cosmetici sono in tutto 11 ...

Le pagine che seguono mirano, dopo aver richiamato alcuni elementi essenziali della normativa comune europea, a fornire un *excursus* delle tematiche più delicate e anche delle aree di possibile aggiornamento futuro del Regolamento cosmetici, chiamato ad evolvere costantemente alla luce dei progressi scientifici e tecnologici per continuare a fornire certezza a tutte le parti interessate, sulla base dei propri principi regolatori fondamentali, i quali hanno finora proficuamente assolto la missione loro affidata dal legislatore.

2. Caratteristiche principali della normativa europea sui cosmetici

2.1 Ambito di applicazione

Anzitutto occorre chiarire la materia in esame. I prodotti cosmetici sono definiti dal Regolamento in base a tre criteri cumulativi:

- essere una sostanza o una miscela di sostanze,
- venire applicate su superfici esterne del corpo umano nonché su denti e mucose buccali,
- allo scopo esclusivo o prevalente di pulirli, profumarli, modificarne l'aspetto, proteggerli, mantenerli in buono stato o correggere gli odori corporei.

Si tratta di una definizione giuridica estremamente ampia, che, come accennato, si estende, ben al di là dei prodotti di bellezza, anche ad articoli con valenza sulla salute individuale come dentifrici, shampoo antiforfora o creme solari, i quali – giova precisarlo – non sono considerati cosmetici in molti Stati terzi, come gli Stati Uniti o il Canada, dove vengono qualificati medicinali da banco («*over-the-counter*» - OTC) o prodotti naturali di salute. Insomma, nell'ambito di applicazione del Regolamento europeo vengono ricompresi non solo i prodotti che curano l'estetica e l'apparenza (esterna) del corpo ma anche che ne preservano l'igiene, la pulizia e, con essa, contribuiscono alla prevenzione di malattie e patologie⁵.

In questo senso, non sorprende che la diffusione di alcuni prodotti cosmetici abbia conosciuto un autentico *boom* nel corso della pandemia provocata dal coronavirus. L'uso sistematico e frequente del sapone o di liquidi igienizzanti è stato, d'altro canto, oggetto di inviti costanti da parte della autorità ed è ormai entrato nelle abitudini quotidiane della popolazione⁶.

⁵ L'ampia definizione del Regolamento prescinde, quindi, da vari fattori: per esempio, dal fatto che un prodotto sia destinato ad un uso di massa, generico o sia "personalizzato", cioè commisurato alle esigenze di un singolo consumatore, in funzione della sua età, del suo stato di salute individuale, o delle esigenze personali, ecc.; o ancora indipendentemente dal meccanismo di azione (per cui, ad esempio un probiotico, cioè un micro-organismo vivente, non è di per sé escluso dal poter essere un cosmetico).

⁶ L'esplosione con la crisi provocata dal coronavirus della produzione di gel idroalcolici per rispondere ad una domanda cresciuta esponenzialmente da parte di istituzioni sanitarie, uffici, imprese, luoghi pubblici, spazi ed esercizi privati aperti al pubblico, abitazioni, ecc. ha suscitato una risposta vigorosa da parte degli operatori del settore cosmetico e ha sollecitato una particolare attenzione anche da parte della Commissione europea.

I primi hanno aumentato in maniera massiccia la loro fabbricazione e immissione sul mercato di gel, anche convertendo su larga scala linee di produzione dedicate precedentemente ad altri prodotti (quali i profumi).

La Commissione, dal canto suo, per rispondere proprio ai numerosi quesiti sollevati dalle aziende private interessate ad entrare nella filiera o ad accrescere la produzione di gel, ha predisposto due linee guida. Una prima, del 30 marzo 2020, volta a chiarire la demarcazione tra prodotti biocidi e cosmetici (un gel può appartenere alla prima o alla seconda categoria, ma non ad entrambe contestualmente) in base alle dichiarazioni del fabbricante nonché a caratteristiche, composizione, funzione, modo di azione del prodotto; detto in maniera sommaria, un prodotto presentato come disinfettante per le mani (dotato quindi di un principio attivo) è un biocida laddove un cosmetico può solo limitarsi a funzioni di pulitura o risciacquo. La seconda linea guida, del 12 novembre 2020, sulla falsariga e a complemento del primo documento, ha precisato una lista nera di appellativi (quali antivirale, disinfettante, anti-Covid, ecc.), di riferimenti (all'uso medico, alla pandemia, ecc.) o di immagini (di virus, batteri o che richiamano strutture sanitarie, ecc.) che un gel idroalcolico, presentato dal fabbricante come un cosmetico, non può in alcun caso vantare: cfr. https://ec.europa.eu/growth/sectors/cosmetics/products/borderline-products_en.

Dietro questa serie di chiarimenti si cela una situazione molto diversificata sull'utilizzo dei gel idroalcolici tra i 27 Stati membri dell'Unione. Si possono sinteticamente individuare due gruppi di Paesi: il primo (tra i quali Francia e Germania) nel quale il gel idroalcolico per le mani è tassativamente considerato un prodotto biocida e non può essere venduto come cosmetico; il secondo, invece, composto da altri Stati membri (una quindicina, tra questi Italia e Spagna) che accettano che sul mercato nazionale vi siano sia dei gel venduti come prodotti biocidi sia altri presentati come cosmetici. In alcuni dei Paesi di questa seconda fascia, la pre-

Più che di cosmetici, quindi, bisognerebbe parlare di prodotti per la cura e l'igiene del corpo, con una valenza che va ben oltre gli aspetti estetico-decorativi della persona ma che ne tutelano anche la pulizia, il *comfort*, il benessere; con richiamo anche, secondo aspetti spesso valorizzati dagli operatori del comparto, al contributo all'autostima psicologica e all'integrazione sociale dei singoli cui contribuiscono questi prodotti.

2.2 Il principio fondamentale della sicurezza dei prodotti

Il principio fondamentale del Regolamento cosmetici è estremamente semplice: i prodotti immessi sul mercato devono essere «sicuri per la salute umana» (art. 3). Se l'enunciato è elementare, l'arsenale predisposto dal Regolamento è articolato.

Anzitutto, tale obiettivo è garantito da una informazione chiara, completa e non fuorviante fornita all'utente, attraverso una presentazione adeguata, un'etichettatura chiara, istruzioni per l'uso e l'eliminazione nonché altre indicazioni. Ovviamente lo stesso art. 3 presuppone l'utilizzo di un cosmetico «in condizioni d'uso normali o ragionevolmente prevedibili».

Secondo, c'è un soggetto garante della sicurezza per la salute umana⁷ per ogni prodotto: si tratta della «persona responsabile» (fisica o giuridica), la quale assicura che tutti gli obblighi normativi del Regolamento siano rispettati. D'ufficio si tratta del fabbricante, il quale può però designare un'altra persona, che comunque deve essere stabilita nell'UE, *conditio sine qua non* anche in caso di prodotto fabbricato al di fuori dell'Unione (in tal caso la persona responsabile è l'importatore, salvo mandato a terzi). La persona responsabile deve, se del caso, apportare le misure correttive per rendere un prodotto conforme ai dettami normativi o addirittura ritirarlo dal mercato.

Terzo, ogni prodotto ha una propria carta d'identità tecnica: è la c.d. «documentazione informativa sul prodotto», che in sostanza contiene gli elementi qualificanti circa l'identità, la qualità, gli effetti e, ovviamente, la sicurezza del prodotto. In particolare detta documentazione contiene una

senza di gel idroalcolici cosmetici per le mani rappresenta una fetta ragguardevole dell'offerta (anche fino alla metà del gel sul mercato), senza i quali la disponibilità sufficiente di prodotto per l'igiene quotidiana, soprattutto in luoghi aperti al pubblico, sarebbe messa a repentaglio, con gravi rischi per la lotta al virus.

Fermo restando, quindi, questa differenza di approccio, i due documenti europei hanno consentito di trovare un terreno d'intesa comune, peraltro non solo tra gli Stati membri, ma anche tra i vari operatori della filiera, per metter al bando quei messaggi che, presentando un prodotto cosmetico come un disinfettante, potessero risultare fuorvianti per una corretta informazione e pertanto per un uso appropriato del prodotto.

⁷ Il Regolamento cosmetici non copre gli aspetti relativi alla tutela dell'ambiente, perseguiti da altre legislazioni UE, come il Regolamento chimico REACH.

«relazione sulla sicurezza del prodotto tecnico», dettagliata nell'allegato I del Regolamento, la quale deve essere approntata da un soggetto professionalmente qualificato⁸ e illustrare le proprietà scientifiche del cosmetico, l'esposizione per gli utenti, l'uso normale, il profilo tossicologico, ecc.

Infine, e si tratta del meccanismo centrale del sistema, il Regolamento predispone un armamentario di regole e procedure, atte a fornire le garanzie di sicurezza per la salute, tenendo conto della diversità di caratteristiche e soprattutto del potenziale rischio delle varie sostanze utilizzate nelle preparazioni sul mercato.

In effetti, per stabilire che un prodotto e, quindi, le sostanze in esso presenti siano sicuri esistono due canali preventivi: quello privato (attraverso il fabbricante e la sua persona responsabile, come accennato) e quello pubblico-istituzionale. Il ruolo delle amministrazioni pubbliche si esplica, in particolare, mediante l'esame, a livello europeo, di determinate sostanze più a rischio da parte del Comitato Scientifico della Sicurezza dei Consumatori (CSSC, qui appresso «Comitato scientifico», competente per la valutazione del rischio - «*risk assessment*») e, in base ad esso, la regolamentazione di una sostanza da parte della Commissione europea (responsabile della gestione del rischio - «*risk management*»), come descritto, *infra*, al punto 2.3.

In questa architettura, il ruolo del Comitato scientifico è assolutamente cruciale. Chiamato, per missione, a pronunciarsi sui rischi in materia di salute e sicurezza (chimica, biologica, meccanica e di altra natura fisica) dei prodotti non alimentari, di fatto la quasi totalità dei suoi pareri verte sui cosmetici (solo un'esigua minoranza riguarda altre categorie di beni, come giocattoli, tessili o elettrodomestici, o servizi, quali tatuaggi e bagni solari). Ai sensi del Regolamento cosmetici, il Comitato scientifico deve pronunciarsi in caso di sostanze che possono essere usate nei cosmetici solo previa autorizzazione, oppure per le quali sussistono rischi per la salute, CMR (cancerogene, mutagene o tossiche per la riproduzione), nanomateriali e adeguamento al processo tecnico.

Insomma, anche nell'ambito specifico dei cosmetici, ci troviamo di fronte ad un sistema di ripartizione delle competenze un po' alla Montesquieu, tra: *a.* Consiglio e Parlamento europeo che definiscono il quadro di norme generali ed esercitano il controllo nei confronti della Commissione; *b.* quest'ultima che svolge la funzione di attuazione costante del Regolamento, di aggiornamento dei vari allegati tecnici (previo voto di conferma

⁸ Art. 10, par. 2, del Regolamento. Cfr. anche sentenza della Corte di giustizia del 12 aprile 2018 in causa n. C-13/17, *Fédération des entreprises de la beauté c. Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes e a.*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, aprile 2018, EU:C:2018:246.

a maggioranza qualificata degli Stati membri in sede di Comitato permanente dei cosmetici, secondo la procedura di «regolamentazione con controllo»⁹) e di verifica dell'applicazione corretta ed uniforme delle regole comuni; *c.* infine il Comitato scientifico che fornisce la materia prima tecnica ai fini dell'adozione degli atti normativi volti a modificare gli allegati. Ne deriva un sistema complessivo di pesi e contrappesi a garanzia della trasparenza, dell'obiettività scientifica e della proporzionalità ed efficacia delle regole, a beneficio di consumatori, industria e parti interessate.

Mette conto, peraltro, di sottolineare che il concetto di sicurezza va declinato in tutte le sue componenti; non attiene cioè solo alle sostanze chimiche contenute in un prodotto ma ad ogni altro elemento ad esso connesso: presentazione, forma, odore, colore, aspetto, imballaggio, etichettatura, volume, dimensioni (onde evitare, per esempio, confusione coi prodotti alimentari in capo al consumatore).

Oltre a questo insieme di principi applicabili *ex ante*, va poi fatto cenno al complesso di meccanismi di controllo *ex post*, sul mercato. Anzitutto, tramite la c.d. cosmeto-vigilanza che incombe *in primis* alle aziende stesse che, tramite la persona responsabile, devono segnalare alle autorità competenti, di propria *sponte* o su indicazione degli utenti, tutti gli effetti indesiderabili gravi¹⁰ di cui siano a conoscenza e le misure correttive adottate per rimediarevi, relative ad un prodotto (ad esempio, cambiandone la composizione, le avvertenze e modalità d'uso, o addirittura ritirandolo dal mercato). Poi, mediante la sorveglianza del mercato, che è una prerogativa delle autorità competenti dei 27 Stati membri (tramite controlli a campione, ispezioni dei luoghi di produzione o dei laboratori), i quali spesso, tramite l'azione coordinatrice della Commissione, concertano azioni congiunte e scambi d'informazione (anche tramite il sistema di allerta RAPEX¹¹).

2.3 Sistema di notifica preventiva, salvo casi specifici di autorizzazione *ex ante*

Il Regolamento si fonda, come regola generale, su un sistema di noti-

⁹ In sostanza, voto a doppia maggioranza qualificata in seno al Comitato permanente dei cosmetici (di Stati membri, 55%, e di popolazione, 65%), salvo opposizione del Parlamento europeo e del Consiglio nei tre mesi successivi alla trasmissione del risultato del voto. Cfr. art. 5 *bis* della decisione del Consiglio n. 1999/468/Ce del 28 giugno 1999, modificata dalla decisione del Consiglio n. 2006/512/Ce, del 17 luglio 2006, in *Gu-Ùe* n. L 200 del 22 luglio 2006, p. 11.

¹⁰ L'art. 2, par. 1, lett. *p.*, del Regolamento definisce come effetto indesiderabile grave quello «che induce incapacità funzionale temporanea o permanente, disabilità, ospedalizzazione, anomalie congenite, rischi mortali immediati o decesso».

¹¹ Nel 2020, meno del 5% delle notifiche effettuate nell'ambito del sistema RAPEX ha riguardato i prodotti cosmetici, cioè circa un centinaio su un po' più di 2200 in totale. La stragrande maggioranza di queste segnalazioni ha riguardato prodotti importati da Paesi terzi.

fica europea di ogni prodotto in un portale unico europeo (il CPNP: *Cosmetic Products Notification Portal*)¹² prima dell'immissione sul mercato.

Tale principio generale, fondato su un sistema di semplificazione amministrativa *ex ante*, che implica l'obbligo di notifica preventiva all'immissione sul mercato, senza, tuttavia, richiedere una previa autorizzazione da parte dell'autorità competente, oltre che essere completato, come accennato, da una costante sorveglianza del mercato *ex post* per tutti i prodotti da parte delle autorità nazionali, è assortito da una serie di eccezioni importanti per varie categorie di sostanze.

Anzitutto, vi sono le due liste negative di cui agli allegati II e III del Regolamento, recanti rispettivamente l'elenco degli ingredienti vietati e di quelli oggetto di restrizioni, cioè che possono essere usati solo «entro certi limiti» (per esempio di concentrazione chimica, di età per l'utente, di categoria del prodotto, da utilizzare solo con avvertenze speciali, ecc.). Al 31 dicembre 2020, come accennato, le sostanze vietate nei cosmetici ammontavano a 1644, quelle oggetto di restrizioni a 320. Si tratta di liste estremamente lunghe e dettagliate, che danno un'idea del rigore e della severità scientifica del Regolamento cosmetici, se ad esempio lo si confronta con gli elenchi di Paesi terzi.

Seguono poi le tre liste positive per le categorie di sostanze che possono essere utilizzate (peraltro a certe condizioni ed entro dati livelli di concentrazione) solo se preventivamente e precipuamente autorizzate: coloranti (allegato IV), conservanti (allegato V) e filtri solari UV (allegato VI). Per essere inserite in tali allegati, le sostanze devono aver superato il vaglio positivo del Comitato scientifico, sulla base di un *dossier* presentato dall'industria, interessata a vederle approvate in termini di sicurezza. Alla data del 31 dicembre 2020, gli allegati IV, V e VI erano composti rispettivamente da 153 coloranti, 60 conservanti e 32 filtri UV¹³.

¹² In forza degli artt. 13 e 16 del Regolamento, il portale unico europeo dei cosmetici CPNP è gestito direttamente dalla Commissione (DG GROW, Direzione Generale «Mercato interno, industria, imprenditoria e PMI»). L'accesso ai dati in esso contenuti non è aperto al pubblico, ma è riservato, oltre che alle autorità nazionali degli Stati membri (onde poter svolgere le loro attività di sorveglianza e di analisi del mercato), ai centri anti-veleno (allo scopo di consentire un intervento medico mirato, rapido ed efficace nei casi di problemi di salute per i consumatori). https://ec.europa.eu/growth/sectors/cosmetics/cpnp_en#:~:text=

Esiste però un'altra banca dati, informale, chiamata CosIng, in cui vengono immessi, a cura dei servizi della Commissione, tutti gli ingredienti utilizzati nei prodotti cosmetici. Si tratta di una delle banche dati europee tra le più consultate dal pubblico (nella fattispecie, soprattutto dagli addetti ai lavori del settore cosmetico). Da sottolineare come dal 2021 anche la Cina si sia dotata della sua China CosIng, una banca dati che consente ad aziende e fornitori nazionali e stranieri di ricercare ingredienti e sostanze presenti nell'«Inventory of Existing Cosmetic Ingredients in China (IECIC 2021 edition)» e il rispettivo *status* regolatorio sul mercato cinese.

¹³ Negli 11 anni tra il dicembre 2009, data di pubblicazione del Regolamento cosmetici, e il dicembre 2020, il totale delle sostanze regolamentate a livello europeo è passato da 1922 a

2.4 Le sostanze c.d. CMR (cancerogene, mutagene o tossiche per la riproduzione)

Una speciale categoria da menzionare a proposito dei cosmetici è quella delle c.d. sostanze CMR, cioè classificate come «cancerogene, mutagene o tossiche per la riproduzione». Trattandosi di sostanze qualificate come altamente nocive e pericolose per la salute, ai sensi del Regolamento CLP n. 1272/2008¹⁴, quindi da vietare (anche) nei cosmetici in virtù dell'art. 15 del Regolamento (Ue) n. 1223/2009, la Commissione ha recentemente avviato un'opera di recepimento *ad hoc* ed esplicito di tutte le sostanze classificate come tali fino ad ora, provvedendo ad introdurre un sistema di inclusione sistematica e nominativa nell'allegato II delle nuove sostanze CMR attraverso un processo normativo annuale («Omnibus CMR»). Sono stati già adottati in tal modo il Regolamento Omnibus CMR I n. 2019/831 (che ha inglobato, una ad una, le oltre 200 sostanze che erano state precedentemente classificate come CMR ai sensi del Regolamento CLP), seguito dal Regolamento Omnibus CMR II, n. 2019/1966 (basato sulla classificazione delle sostanze CMR operata dal Regolamento delegato n. 1480/2018), dal Regolamento Omnibus CMR III, n. 2021/850 (riguardante le sostanze CMR riportate nel Regolamento delegato della Commissione n. 2020/217, applicabile dal 1° ottobre 2021) e dal Regolamento Omnibus CMR IV, n. 2021/1902 (relativo alle sostanze CMR contenute nel Regolamento delegato n. 2020/1182, applicabile dal 1° marzo 2022). Prossimamente verrà adottato anche il Regolamento Omnibus CMR V (concernente le sostanze che saranno classificate CMR nel prossimo Regolamento delegato CLP).

Qualora l'industria cosmetica desideri ottenere la possibile esenzione di una sostanza dall'inserimento nell'allegato II e, quindi, dal divieto di impiego nei prodotti cosmetici, incombe ad essa l'onere di fornire la prova della non pericolosità di una data concentrazione di tale sostanza per determinati usi, presentando le adeguate giustificazioni scientifiche e un *dossier* completo da sottoporre al Comitato scientifico entro il termine di 6 mesi successivi alla pubblicazione del parere del Comitato per la valuta-

2209, segnando quindi un incremento di circa un +15%. Nello specifico, le sostanze vietate (allegato II) sono passate da 1328 a 1644 (+23%), quelle oggetto di restrizioni (allegato III) da 256 a 320 (+25%), i coloranti (allegato IV) sono rimasti stabili a 153, i conservanti (allegato V) da 57 a 60 (+5%), i filtri UV (allegato VI) da 28 a 32 (+14%).

¹⁴ C.d. Regolamento CLP (Classification, Labelling and Packaging) in materia di sostanze chimiche: Regolamento (Ce) n. 1272/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, relativo alla classificazione, all'etichettatura e all'imballaggio delle sostanze e delle miscele che modifica e abroga le direttive n. 67/548/Cee e n. 1999/45/Ce e che reca modifica al Regolamento (Ce) n. 1907/2006, in *Gu-Ue* n. L 353 del 31 dicembre 2008, p. 1-1355.

zione dei rischi (RAC) dell'ECHA nell'ambito della procedura CLP¹⁵. È cioè possibile, secondo quanto indicato dallo stesso legislatore europeo, che una sostanza, pur qualificata come CMR e quindi nonostante la sua «proprietà pericolosa», possa – a certe condizioni di esposizione e concentrazione – non presentare rischi per la salute e la sicurezza dei consumatori¹⁶.

Finora si sono registrati due casi di deroghe al divieto di sostanze CMR: una per il PHMB (cloridrato di poliesametilene biguanide), nell'Omnibus CMR I, e un'altra per l'acido salicilico, nell'Omnibus CMR II. Ciò è stato possibile perché il Comitato scientifico – con determinati vincoli e condizioni – ha avallato scientificamente tale richiesta, riconoscendone la sicurezza per i consumatori, e perché gli Stati membri, a maggioranza qualificata in sede di Comitato permanente dei cosmetici, hanno approvato le relative proposte della Commissione. Risultato: queste due sostanze (e potenzialmente altre in futuro, pure esse oggetto di deroghe) sono inserite, anziché nell'allegato II, nell'allegato III del Regolamento cosmetici.

Al contrario, finora, in nessuno degli Omnibus adottati o predisposti dalla Commissione si è previsto un periodo di transizione: in effetti, i tempi entro i quali queste sostanze pericolose devono essere messe al bando anche nei prodotti cosmetici è stato fissato inderogabilmente dal legislatore, quanto meno per i c.d. CMR 1.a e CMR 1.b, nell'art. 15, par. 2: 15 mesi a decorrere dall'entrata in vigore del Regolamento delegato CLP che classifichi una sostanza come CMR.

2.5 Le sostanze alteranti il sistema endocrino

Il regime di divieto applicabile alle sostanze CMR, ad oggi, non vale per la categoria delle «sostanze alteranti il sistema endocrino» (c.d. «endo-

¹⁵ Tale scadenza non deriva dal Regolamento ma da linee guida predisposte dalla Commissione e accettate dai membri del Gruppo di lavoro cosmetico, composto, oltre che dagli Stati membri, da rappresentanti dell'industria, dei consumatori e di altre ONG. Queste linee guidano fissano una procedura e uno scadenziario rigorosi e sono contenute in un documento accessibile sul sito della Commissione europea all'indirizzo <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/39989>.

¹⁶ I CMR Categoria 1 sono considerati più pericolosi dei CMR Categoria 2. I CMR di categoria 1.a hanno un potenziale effetto CMR (cancerogeno) sull'uomo; quelli di categoria 1.b sono presunti avere un potenziale effetto CMR in base a sperimentazione animale; infine, i CMR 2 sono definiti come sospettati di produrre un potenziale effetto CMR sull'uomo.

Laddove per le sostanze CMR 2 (meno pericolose) una deroga al divieto di utilizzo può scaturire “semplicemente” dal parere favorevole del Comitato scientifico (art. 15, par. 1), invece per i CMR 1 (1.a e 1.b) altre tre condizioni devono essere soddisfatte: conformità alle prescrizioni in materia di sicurezza alimentare, assenza di sostanze alternative adeguate e applicazione per un uso particolare con una esposizione conosciuta, tenendo peraltro conto dei gruppi di popolazione vulnerabili come bimbi di meno di tre anni, persone anziane e donne incinte o che allattano (art. 15, par. 2).

crine disruptors»). Si tratta di sostanze che possono perturbare il sistema endocrino di umani o animali, ma per le quali il legislatore non ha previsto un regime particolare per i cosmetici, fermo restando comunque l'obbligo per gli operatori di dimostrare, e per le autorità di verificare, che il loro uso sia sicuro per la salute dei consumatori (in base al succitato art. 3 del Regolamento).

L'attenzione sugli *endocrine disruptors* non si è comunque limitata a questi principi generali.

Anzitutto il legislatore ha previsto uno specifico obbligo per la Commissione di riesaminare il Regolamento cosmetici per quanto riguarda tali sostanze (art. 15, par. 4). Azione che è stata svolta nel 2018: in tale occasione la Commissione ha presentato una relazione *ad hoc* nella quale ha sottolineato come, benché l'analisi delle sostanze alteranti il sistema endocrino sia stata svolta caso per caso – e non in modo automatico con la previsione di un divieto come per i CMR –, tale approccio ha consentito finora l'adeguata tutela della salute dei consumatori, attraverso numerose misure regolatorie che hanno autorizzato, limitato o (spesso) vietato l'uso di dette sostanze, a seconda delle circostanze¹⁷.

A seguito di questa relazione, la Commissione ha, prima, stilato una lista di 28 sostanze alteranti il sistema endocrino, individuando tra esse un gruppo prioritario di 14 per le quali ha avviato nel maggio 2019 una raccolta di dati scientifici che è sfociata in recenti, specifici pareri del Comitato scientifico su alcune di esse; poi, nel gennaio 2021, ha aperto una seconda raccolta di dati tra le rimanenti sostanze (non considerate ad alto rischio secondo il regolamento REACH o con aspetti problematici per l'ambiente, ma non per la salute umana). In esito a questo recente esercizio di valutazione, si prospettano cambiamenti normativi nel prossimo futuro per alcune sostanze alteranti il sistema endocrino.

Infine, la Commissione, nella propria Comunicazione «Strategia per una Chimica sostenibile»¹⁸, ha preconizzato una futura proposta di riforma legislativa nel 2022 per un cambio di passo in materia, con l'intenzione dichiarata di instaurare prossimamente un regime per gli *endocrine disruptors* simile a quello dei CMR, vale a dire di divieto del loro impiego nei prodotti cosmetici (e in altri come giocattoli, detersivi, ecc.) salvo casi di uso essenziale (concetto da definire in futuro).

¹⁷ Riesame del Regolamento (Ce) n. 1223/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio sui prodotti cosmetici per quanto riguarda le sostanze alteranti il sistema endocrino, Com(2018)739, del 7 novembre 2018.

¹⁸ Comunicazione della Commissione del 14 ottobre 2020, Com(2020)667.

2.6 I nanomateriali

Il Regolamento cosmetici prevede una definizione *ad hoc* dei nanomateriali¹⁹ incentrata su tre elementi fondamentali: la natura «insolubile o biopersistente», la fabbricazione intenzionale e la misura da 1 a 100 nanometri. Tale definizione settoriale non combacia con la definizione orizzontale introdotta dalla Raccomandazione della Commissione del 2011, che fa riferimento a materiale naturale o artificiale «in cui, per almeno il 50% delle particelle (...) una o più dimensioni esterne siano comprese fra 1 nm e 100 nm»²⁰.

Ebbene, anche riguardo ai nanomateriali la Commissione prefigura dei cambiamenti importanti nel breve termine. Anzitutto, nella suddetta Strategia Chimica per la sostenibilità, circa la possibilità di allineare definizione nei cosmetici e definizione generale, onde rimediare alle attuali incongruenze applicative e ai dubbi interpretativi circa la rilevanza (o meno) della succitata soglia di concentrazione (di 50%) dei nanomateriali nei prodotti cosmetici. In tal senso, obiettivo della Commissione è di rivedere la definizione della Raccomandazione, previa consultazione pubblica²¹. E poi, utili informazioni sullo stato dell'arte e su possibili linee di revisione legislativa sono state fornite dalla Commissione, ai sensi dell'art. 16, par. 10 e 11, del Regolamento (Ue) n. 1223/2009, in una relazione e in un riesame delle norme relative ai nanomateriali dello scorso luglio²².

In base alle statistiche fornite dal portale cosmetici CPNP fino al 31 dicembre 2020, nel quale i prodotti nano devono essere notificati non come tutti gli altri, ma con sei mesi di anticipo rispetto all'immissione sul mercato, la relazione fornisce dati piuttosto interessanti.

Dei circa 2,5 milioni di cosmetici sul mercato, quasi 38.000 (37.647) sono rappresentati da nanomateriali, cioè all'incirca l'1.5% di tutte le notifiche. Nel quinquennio 2015-2020 il numero medio annuale di notifiche si è aggirato alquanto stabilmente sui 3650, con una cifra di circa 10 al giorno. Numeri, quindi, che danno l'idea di una presenza relativa piuttosto contenuta dei nanomateriali nei cosmetici, i quali per la quasi totalità si concentrano su coloranti e filtri UV già autorizzati (96% dei “nano” nel

¹⁹ Art. 1, lett. k. del Regolamento cosmetici. Cfr. A. RAMIREZ DE LA PISCINA, *Nanomaterials in the EU Cosmetic Products Regulation 1223/2009*, in *Bio-science law review*, Vol. 14 (2013), issue 6, pp. 223-233.

²⁰ Raccomandazione della Commissione, del 18 ottobre 2011, sulla definizione di nanomateriale, in *Gu-Ue* n. L 275 del 20 ottobre 2011, pp. 38-40, punto 2.

²¹ Tale consultazione pubblica sulla definizione generale di nanomateriale, avviata dalla Commissione, si è conclusa il 30 giugno 2021.

²² Com(2021)403 del 22 luglio 2021.

2020), per uso soprattutto in creme solari, smalto, tinte per capelli, fondotinta e rossetto²³.

Alcuni dati interessanti emergono anche rispetto alle statistiche nazionali come rilevato sempre dalla stessa relazione del luglio 2021. Un solo Stato membro, la Francia, concentra ben il 44% (circa 16.500) di tutte le notifiche di nanomateriali, seguito a notevole distanza da Italia e Germania (rispettivamente al 12 e 11%).

Volgendo l'attenzione sulle sostanze, va altresì ricordato che la Commissione ha pubblicato negli anni recenti due cataloghi: il primo, nel 2017, censisce 43 ingredienti nano; il secondo, nel 2019, 29 ingredienti. Piuttosto che a un calo della presenza di materiali nano, questa diminuzione sembra da imputare verosimilmente alla maggiore accuratezza delle informazioni trasmesse dalle persone responsabili, in base alle quali il catalogo è stato e verrà anche in futuro stilato²⁴.

Una particolare attenzione è stata dedicata in questi ultimi mesi a situazioni di insufficienza di dati a disposizione del Comitato scientifico e, di conseguenza, all'impossibilità per quest'ultimo di addivenire a un parere conclusivo. Di recente, proprio per ridurre i margini di incertezza pur in presenza di casi di sostanze con «rischi potenziali per la salute umana», come indicato dall'art. 16, par. 6 del Regolamento, e che purtuttavia sono sul mercato, il Comitato scientifico ha adottato nel gennaio del 2021 un parere nel quale: 1. viene stilata una lista di nanomateriali tra quelli presenti sul mercato e individuati nel Catalogo di nanomateriali pubblicato dalla Commissione nel 2019, per i quali sussistono particolari preoccupazioni in termini di sicurezza, individuando in tal modo un elenco prioritario di sostanze da passare al vaglio (in vista di una possibile regolamentazione) in base a precisi criteri scientifici (quali dimensioni, frequenza nell'uso, esposizione, caratteristiche chimiche, ecc.) 2. si identifica la sussistenza di «rischi potenziali per la salute umana» (ai sensi dell'art. 16.6 del Regolamento) in ordine a sostanze per le quali in passato il Comitato scientifico aveva adottato un parere non conclusivo senza seguito regolamentare²⁵.

²³ Il 70% dei nanomateriali si concentra su diossido di titanio, alcune categorie di silice e carbon black.

²⁴ Cfr. il sito internet https://ec.europa.eu/growth/sectors/cosmetics/products/nanomaterials_en. In passato, alcuni errori da parte di persone responsabili erano stati ravvisati nelle notifiche nel portale europeo CPNP: o di sostanze considerate erroneamente come nanomateriali senza esserlo e pertanto da non notificare, o (peggio) di sostanze nanomateriali già impiegate sul mercato ma non autorizzate (ad esempio come filtri UV) e, quindi, da ritirare dalla vendita.

²⁵ Parere dell'8 gennaio 2021. Cfr. il sito internet https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/scientific_committees/consumer_safety/docs/sccs_o_239.pdf.

Una delle conclusioni della relazione del 2021 della Commissione sui nanomateriali nei

Questo parere del Comitato scientifico può segnare una svolta, in quanto è suscettibile di ridurre situazioni di incertezza e, quindi, di sollecitare sia nuove evidenze scientifiche sia adeguate misure regolatorie di restrizione o divieto di determinate sostanze nano, migliorando la situazione del passato in termini di sicurezza normativa nel mercato.

Altre riflessioni significative su conclusioni presenti e piste di riflessioni future emergono pure nella succitata recente relazione della Commissione sui nanomateriali nei cosmetici. Ad esempio, sulla effettiva adeguatezza della durata di 6 mesi prevista dall'art. 16, par. 3, prima dell'immissione sul mercato, considerando che l'esperienza ha dimostrato l'impossibilità di fatto di perfezionare il parere del Comitato scientifico e l'eventuale Regolamento della Commissione in tale lasso di tempo, al termine del quale comunque la sostanza nano può essere immessa sul mercato²⁶.

Insomma, come prefigurato dalle summenzionate Strategia Chimica e relazione *ad hoc*, entrambe della Commissione, il tema dei nanomateriali offre molteplici spunti per una possibile rivisitazione del Regolamento cosmetici, in materia di definizione, di durata e forse di regime stesso di semplice notifica preventiva, allo scopo di disporre più sistematicamente e più tempestivamente di informazioni scientifiche esaurienti su queste sostanze.

2.7 Le dichiarazioni relative al prodotto («claims»)

La questione dell'etichettatura, di cui all'art. 19 del Regolamento cosmetici²⁷, si ricongiunge a quella delle «dichiarazioni relative al prodotto» (art. 20), i c.d. «claims», sui quali un'attività di dialogo e confronto europeo è costantemente necessaria per evitare discrasie interpretative e applicative a livello nazionale in seno al mercato interno, nocive ai fini sia di una corretta e completa informazione a beneficio dei consumatori sia di una concorrenza leale²⁸.

cosmetici, nel rilevare come «[n]ella gran parte dei casi i pareri del CSSC sulla sicurezza dei nanomateriali notificati nel CPNP non sono stati conclusivi, a causa della mancanza o dell'insufficienza di dati», sottolinea appunto la necessità «che le persone responsabili forniscano informazioni della massima precisione possibile al momento della notifica dei nanomateriali presenti nei prodotti cosmetici».

²⁶ Il che potrebbe anche innescare, come evocato dalla stessa relazione di luglio, un risolutivo cambio di approccio normativo, verso un'eventuale introduzione di un regime di autorizzazione preventiva per i nanomateriali, alla stregua di coloranti, conservanti e filtri UV.

²⁷ Cfr. al riguardo anche la recente sentenza della Corte di giustizia del 17 dicembre 2020 in causa n. C-667/19, *A.M. c. E.M.*, EU:C:2020:1039.

²⁸ L'art. 19 del Regolamento cosmetici prevede, in particolare, che tutti gli ingredienti contenuti in un prodotto vengano indicati in ordine decrescente di peso sul recipiente o l'imballaggio.

Dal gennaio 2021, con la fine del periodo transitorio *post-Brexit*, i prodotti provenienti dal

I principi generali in materia sono dettati dal Regolamento cosmetici e dal Regolamento esecutivo della Commissione (Ue) n. 655/2013²⁹. Il primo impone un limite negativo vietando «diciture, denominazioni, marchi, immagini o altri segni, figurativi o meno, che attribuiscono ai prodotti stessi caratteristiche o funzioni che non possiedono». Il secondo prescrive connotati precisi (sia negativi sia positivi) che ciascuna dicitura deve rispettare così come illustrati dalle linee guida approvate dalla Commissione: conformità alle norme (per esempio, divieto di indicare l'assenza di sostanze proibite), veridicità (conformità al contenuto effettivo), supporto probatorio (verificabilità), onestà (circa i connotati del prodotto), correttezza (evitando di denigrare altri prodotti), decisioni informate (tramite l'uso di linguaggio adatto ai destinatari).

Nonostante questo nutrito corpo di principi e criteri generali, risulta comunque arduo arrivare sul campo ad un uso veramente armonizzato ed uniforme a livello europeo. Per questo la Commissione chiama costantemente a raccolta autorità, operatori e consumatori per far in modo che le allegazioni su caratteristiche, qualità e proprietà di un prodotto rechino messaggi non fuorvianti, suffragati da evidenze e non disparati nei confronti degli acquirenti nelle varie parti del Mercato unico. L'ultimo contributo ha riguardato l'uso armonizzato dei due *claims* – estremamente frequenti oggi – «senza» («*free from*») e «ipoallergenico», oggetto di un accordo unanime tra autorità, operatori e consumatori, operativo dal luglio 2019³⁰.

2.8 Le sostanze allergeniche

Le sostanze allergeniche sono ingredienti in grado di generare, come il nome indica, reazioni allergiche negli utilizzatori e che, di conseguenza,

Regno Unito (ad eccezione di quelli provenienti dall'Irlanda del Nord, tuttora integrata nel mercato interno UE in virtù di un regime speciale) sono considerati a tutti gli effetti come beni importati, provenienti da un Paese terzo e, quindi, come tali, devono presentare, sull'etichetta, il nome della persona responsabile designata all'interno del territorio dell'Unione (che è tenuta a mettere a disposizione il *dossier* d'informazione di ogni singolo prodotto alle autorità di uno dei 27 Stati membri).

²⁹ Regolamento n. (Ue) n. 655/2013 della Commissione del 10 luglio 2013, che stabilisce criteri comuni per la giustificazione delle dichiarazioni utilizzate in relazione ai prodotti cosmetici, corredato dalle *Guidelines to Commission Regulation (EU) No 655/2013 laying down common criteria for the justification of claims used in relation to cosmetic products*.

³⁰ «*Technical document on cosmetic claims*» concordato dal Sub-Working Group on Claims il 3 luglio 2017 e approvato dal Gruppo di Lavoro sui cosmetici, presieduto dalla Commissione. In sostanza la dicitura «*free from*» deve conformarsi a ciascuno dei sei criteri generali e dei vari esempi forniti; «ipoallergenico» significa, invece, totale assenza in un prodotto di sostanze note come allergeniche, cfr. <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/24847>.

necessitano di una specifica avvertenza nella etichettatura, onde mettere in guardia la fascia di popolazione più esposta a tali rischi. Nel prossimo futuro, la Commissione, dopo una serie di inchieste, consultazioni e studi *ad hoc*³¹, dovrebbe aggiornare l'attuale lista di 26 sostanze da riportare in etichetta con un elenco aggiuntivo di una sessantina di ingredienti da inserire nell'allegato III del Regolamento cosmetici, incorporando così le indicazioni fornite in tal senso dal Comitato scientifico in un parere del 2012³².

Se l'inserimento nella lista tecnica delle sostanze da segnalare sul recipiente o l'imballaggio di un prodotto cosmetico è un processo normativo piuttosto ordinario, secondo la procedura classica di comitatologia, sul piano pratico è chiaro che l'allungamento progressivo (e ampio) della lista di ingredienti da segnalare su un prodotto (tramite caratteri più minuti) potrebbe in taluni casi inficiare seriamente la leggibilità e, quindi, l'informazione stessa fornita al consumatore. Il che ormai solleva per i cosmetici, come peraltro per altri prodotti (quali ad esempio detersivi o vernici), la questione dell'opportunità o addirittura della necessità, a termine, di una etichettatura elettronica, ricostruibile a partire da elementi cartacei ma completata da dati *on line* (tramite *link* a siti internet, codici a barre, ecc.).

2.9 Il divieto di sperimentazione animale

Un altro tema, solo all'apparenza definito e archiviato ma che, in realtà, è fonte di discussioni e attenzioni costanti ed animate, malgrado il divieto generale contemplato dal Regolamento (art. 18) a partire dal luglio 2013, è quello della sperimentazione animale³³.

Come noto, l'Unione europea è stata la prima regione al mondo a prevedere un'interdizione sia di tali *test* su animali sia della commercializzazione della materia che ne scaturisce (tanto come ingredienti quanto come prodotto finito). Una proibizione peraltro rafforzata dalla giurisprudenza

³¹ Consultazioni pubbliche e uno studio intitolato «*Impact assessment study on fragrance labelling on cosmetic products*» sono accessibili al link https://ec.europa.eu/growth/sectors/cosmetics/products/fragrance-allergens-labelling_en.

³² Opinion of the Scientific Committee on Consumer Safety (SCCS) of 26-27 June 2012: cfr. https://ec.europa.eu/health/scientific_committees/consumer_safety/docs/sccs_o_102.pdf.

³³ Cfr. Yen-Lin Agnes Chiu *European Federation for Cosmetic Ingredients v Secretary of State for Business, Innovation and Skills: a global message concerning animal tested cosmetic products*, in *EL Rev.*, Vol. 43 (2018), no. 6, pp. 934-948; K. FISCHER, *Animal testing and marketing bans of the EU cosmetics legislation*, in *European journal of risk regulation*, Vol. 6 (2015), no. 4, p. 613-621; G. MICHAUX, *Animal testing in cosmetics scope of the European marketing ban before the Court of Justice*, in *European journal of consumer law / Revue européenne de droit de la consommation*, 2015, pp. 167-196; K. FISCHER, *Testing bans and marketing bans under the Cosmetics Directive: how to find a balance between the protection of animal welfare and the right to develop and market cosmetic ingredients*, in *European food and feed law review*, Vol. 4 (2009), no. 3, pp. 172-184.

della Corte di giustizia, che l'ha puntellata anche nei confronti di *test* su animali effettuati in Paesi terzi che li tollerano o addirittura li prescrivono³⁴.

Da ultimo, nell'estate del 2020, è intervenuta una doppia decisione del Board of Appeal dell'agenzia chimica ECHA, la quale per la prima volta in sede di contenzioso ha statuito, in sintesi, che anche sostanze chimiche destinate ad essere utilizzate esclusivamente in prodotti cosmetici devono comunque – non ai sensi del Regolamento cosmetici che tutela la sicurezza per i consumatori, ma in virtù del Regolamento REACH – essere sottoposti, ove necessario in mancanza di *test* alternativi adeguati, a sperimentazione animale a fini di protezione dell'ambiente o di tutela dei lavoratori impegnati nella loro produzione³⁵. Questa decisione ha sollevato una serie di vive reazioni negative sia da parte di ONG impegnate nella tutela dei diritti degli animali sia dal lato dell'industria (alla luce dei costi che tali *test* implicherebbero e dell'immagine negativa che un simile adempimento potrebbe riflettere sui prodotti interessati), che si sono inverate in alcuni ricorsi davanti alla Corte di giustizia, attualmente pendenti³⁶ o nella raccolta di almeno un milione di firme per una «Iniziativa dei cittadini europei» per la messa al bando totale della sperimentazione animale sui cosmetici³⁷.

Peraltro, se all'interno dell'UE il dibattito non si smorza – benché la Commissione nei suoi ultimi rapporti pubblicati al riguardo abbia costantemente ripetuto che il divieto di sperimentazione animale previsto dal Regolamento cosmetici è rispettato nell'UE e che proseguono gli sforzi per continuare a colmare le lacune in materia di *test* alternativi tossicologici³⁸ –, il tema del divieto sui *test* animali ha avuto, negli ultimi anni, un rilancio ad opera del Parlamento europeo. Quest'ultimo in effetti, nel 2018, in una interrogazione orale e in una risoluzione approvate a larghissima maggioranza dai deputati, ha sollecitato il Consiglio e la Commissione a farsi promotori di tale divieto a livello internazionale, attraverso fi-

³⁴ Sentenza del 21 settembre 2016 in causa n. C-592/14, *European Federation for Cosmetic Ingredients* contro *Secretary of State for Business, Innovation and Skills* e *Attorney General*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, settembre 2016, EU:C:2016:703.

³⁵ Da segnalare, su questa problematica, sia la comunicazione della Commissione dell'11 marzo 2013, Com(2013)135, sul divieto della sperimentazione animale e di immissione sul mercato e sullo stato dei metodi alternativi nel settore dei prodotti cosmetici, reperibile all'indirizzo internet <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0135&from=EN>, sia la dichiarazione congiunta Commissione-ECHA del 27 ottobre 2014.

³⁶ Cause n. T-663/20 e n. T-664/20, *One Voice c. ECHA*; cause n. T-655/20 e n. T-656/20, *Symrise c. ECHA*.

³⁷ Cfr. <https://europa.eu/citizens-initiative/en#:~:text=The%20organisers%20of%20the%20%E2%80%98Save%20cruelty-free%20cosmetics%20-,and%20the%20marketing%20of%20ingredients%20tested%20on%20animals.>

³⁸ Vedasi da ultimo la relazione della Commissione del 15 ottobre 2019, Com(2019)479, sulla messa a punto, sulla convalida e sulla legalizzazione di metodi alternativi alla sperimentazione animale nel settore dei cosmetici (2018).

anche una convenzione mondiale dell'ONU³⁹. Va ricordato che, in tale sede, sarebbe richiesto l'intervento di almeno uno Stato membro, considerato che l'UE, come tale, non è membro della Nazioni Unite. La Commissione, dal canto suo, nei numerosi contatti bilaterali e multilaterali che riguardano il settore cosmetico⁴⁰, ha più volte ribadito che continuerà a promuovere la messa al bando della sperimentazione animale e la ricerca di metodi scientifici alternativi⁴¹.

Nel frattempo, il modello europeo continua a raccogliere sempre più emuli. Attualmente, ricomprendendo anche i 27 Stati membri, sono in tutto più di una cinquantina i Paesi nel mondo che hanno già introdotto un divieto di sperimentazione animale sui cosmetici⁴², quanto meno in alcune giurisdizioni del territorio nazionale⁴³, o che hanno predisposto una proposta normativa in tale direzione⁴⁴.

2.10 *Le microplastiche*

Un'altra tematica che investe seriamente i prodotti cosmetici è quella delle microplastiche⁴⁵. Si tratta di un ambito nel quale, ad oggi, non si par-

³⁹ Più recentemente, il 15 settembre 2021, il Parlamento europeo è intervenuto di nuovo in materia, con una risoluzione «su un piano di azione coordinato a livello di Unione per facilitare la transizione verso un'innovazione non basata sull'utilizzo di animali nella ricerca, nella sperimentazione a norma di legge e nell'istruzione». Questa volta si tratta di una presa di posizione non specifica al settore dei cosmetici (malgrado alcuni richiami) ma che verte sulla sperimentazione animale in tutti gli ambiti in cui viene ancora praticata, con «l'obiettivo di porre fine a tutti gli esperimenti sugli animali entro il 2030» (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2021-0427_IT.html).

⁴⁰ Vedasi i lavori in seno all'ICCR (*International Cooperation on Cosmetic Regulation*), il forum internazionale regolatori-industria sui cosmetici, composto ormai, a seguito della riunione del 9 dicembre 2020 sotto la presidenza UE, da 7 membri (UE, USA, Canada, Giappone, Brasile, ai quali si sono aggiunti Corea del Sud e Taiwan) e da altrettanti osservatori (Cile, Colombia, Israele, Sud Africa, Arabia Saudita, Tailandia e – dopo vari anni di assenza – Cina). Il ritorno congiunto di Taiwan, come membro, e della Cina, come osservatore rappresenta una novità di particolare rilievo, conseguita durante la presidenza europea in seno all'ICCR a fine 2020. Obiettivo dell'ICCR è quello di discutere problematiche comuni in tema di sicurezza e regolazione dei prodotti cosmetici (per esempio, analisi scientifiche, *test* su animali, microrganismi, comunicazione presso gli utenti), e di mantenere un dialogo costante sia tra le autorità nazionali sia con l'industria, contribuendo in tal modo al contempo ad un elevato livello comune di protezione dei consumatori e ad una limitazione degli ostacoli al commercio internazionale.

⁴¹ Da segnalare, ad esempio, i recenti progressi del Centro Comune di Ricerca della Commissione e dell'OCSE in tema di alternative a *test* su animali per sostanze allergeniche per la pelle: cfr. <https://ec.europa.eu/jrc/en/science-update/new-milestone-reached-alternatives-animal-testing-chemicals-inducing-contact-allergy>.

⁴² Ad esempio Australia, Colombia, Corea del Sud, Guatemala, Islanda, Israele, India, Messico, Norvegia, Nuova Zelanda, Svizzera, Taiwan, ecc.

⁴³ Come Brasile (dieci Stati) e USA (sette Stati, tra cui di recente California dal 2018, Nevada e Illinois dal 2019, Virginia dal 2022).

⁴⁴ Vedi Argentina, Cile, Sud Africa, vari Stati degli USA (ad esempio, Maryland, New Jersey, Rhode Island, Hawaii, New York e Oregon), ecc.

⁴⁵ Cfr. H. KENTIN - E. KAARTO, *An EU ban on microplastics in cosmetic products and the*

te da zero in quanto l'industria e alcuni Stati membri hanno già intrapreso alcune azioni.

Fin dal 2015 l'organizzazione europea dell'industria cosmetica (*Cosmetics Europe*) ha indirizzato una raccomandazione ai suoi membri⁴⁶ per abbandonare per il 2020 l'uso di microplastiche ad uso esfoliante non-biodegradabili in prodotti soggetti a risciacquo (*microbeads* per prodotti *wash-off*) e che, quindi, sono destinati a finire negli scarichi idrici, con il risultato non trascurabile di eliminare nel quinquennio 2015-2020 il 97% delle microplastiche in quella categoria specifica di cosmetici.

Quanto agli Stati membri, alcuni di essi (cui va aggiunto anche il Regno Unito) hanno preparato e introdotto dal 2016 misure restrittive o interdittive a livello nazionale circa l'impiego di microplastiche nei cosmetici: Francia, Svezia, Belgio, Italia, Danimarca, Irlanda, Portogallo e Lussemburgo.

L'introduzione, nel futuro prossimo, di un regime di divieto a livello europeo potrà tuttavia segnare un notevole salto di qualità e di intensità: sia in ambito territoriale, mediante l'introduzione di regole uniformi valide in tutto il territorio dell'Unione, senza differenze nazionali; sia a livello normativo, mediante un divieto per le microplastiche utilizzate in vari settori economici, tra cui appunto i cosmetici. Per questi ultimi, che secondo ECHA contribuiscono all'immissione di microplastiche involontarie nell'ambiente idrico in misura contenuta⁴⁷, l'impatto rischia di essere notevole e l'onere da assumere relativamente più alto rispetto ad altri settori. In sostanza, l'ECHA propone di vietare non solo i prodotti cosmetici da risciacquo, destinati a terminare il loro ciclo di utilizzo nelle acque e quindi nei mari, ma anche i prodotti "leave-on"⁴⁸.

Sarà fondamentale vedere come la regolamentazione futura della Commissione, in base al parere dell'ECHA, definirà il campo di applicazione del divieto attraverso, in particolare, le definizioni di microplastiche⁴⁹ e biodegradabilità, gli obblighi di rendicontazione in capo alle

right to regulate, in *Review of European, comparative and international environmental law*, Vol. 27 (2018), issue 3, pp. 254-266.

⁴⁶ Federazioni e singole aziende provenienti da una trentina di Paesi europei.

⁴⁷ Secondo il parere dell'ECHA (v. nota successiva), i cosmetici *leave-on* incidono per circa il 2% sul totale delle emissioni di microplastiche intenzionalmente prodotte ma dovrebbero sostenere il 79.3% dei costi derivanti dalla loro eliminazione.

⁴⁸ Parere dell'ECHA del 2 marzo 2021: «*Restricting the use of intentionally added microplastic particles to consumer or professional use products of any kind*», cfr. <https://echa.europa.eu/registry-of-restriction-intentions/-/dislist/details/0b0236e18244cd73>.

⁴⁹ L'ECHA definisce le microplastiche come particelle «*containing solid polymer*», la cui misura di base è « $1\text{nm} \leq x \leq 5\text{mm}$ » e che sono utilizzate come abrasivo ad esempio «*to exfoliate, polish or clean*».

aziende, il monitoraggio da parte degli organi competenti, nonché evidentemente i tempi richiesti di attuazione per le diverse categorie dei prodotti *rinse-off* e *leave-on*, il regime applicabile in particolare a quei prodotti *leave-on* (*make-up*, rossetto e vernici per unghie) la cui composizione dipende in modo particolarmente significativo dalle micro-plastiche. Un punto chiave sarà, in particolare, quello del periodo transitorio, verosimilmente più lungo per i prodotti *leave-on*, per i quali le formule di sostituzione richiederanno maggiori tempi di ricerca rispetto ai *rinse-off*. La proposta ECHA enuncia quattro anni per questa seconda categoria rispetto a sei per la prima.

2.11 Meccanismi scientifico-giuridici di aggiornamento costante

Il Regolamento dispone di due meccanismi generali di aggiornamento degli allegati da II a VI, recanti le varie sostanze proibite, soggette a vincoli o autorizzate, per poterli costantemente adeguare all'evoluzione delle nuove conoscenze e degli ultimi studi scientifici.

Questi due meccanismi sono contemplati dall'art. 31, par. 1, che copre i casi di «rischi potenziali per la salute umana connessi all'impiego di talune sostanze nei prodotti cosmetici» (evocando la possibile modifica degli allegati da II a VI), e dall'art. 31, par. 2, che invece si riferisce più genericamente all'adeguamento degli allegati da III a VI (senza citare l'allegato II) al «progresso tecnico e scientifico».

Può sorgere una perplessità circa l'articolazione tra queste due disposizioni: come discernere in quali situazioni interviene l'art. 31, par. 1, o l'art. 31, par. 2? Si tratta di un dubbio legittimo, considerando che un rischio potenziale per la salute umana (art. 31, par. 1) può per l'appunto provenire dal progresso tecnico-scientifico. Ebbene, onde fornire un criterio generale piuttosto illuminante, si può affermare che tendenzialmente la base giuridica dell'art. 31, par. 1, va privilegiata laddove occorre esercitare un'azione "negativa" (cioè allo scopo di vietare una sostanza o sottoporla a nuovi vincoli: per esempio, aggiungendo una sostanza all'allegato II, o introducendo un regime più restrittivo su etichettatura ed avvertenze per l'uso negli allegati da III a VI o addirittura rimuovendola da uno di questi quattro allegati per inserirla nella lista di cui all'allegato II); mentre l'art. 31, par. 2, è più appropriato per misure "positive" (volte, ad esempio, ad autorizzare una nuova sostanza o ad allentare dei vincoli preesistenti, consentendo l'uso di una sostanza in condizioni meno restrittive o a concentrazioni più alte) alla luce di nuove scoperte scientifiche avallate dal CSSC⁵⁰.

⁵⁰ Sul piano letterale, l'art. 31, par. 2, non contempla l'allegato II. Ciò sembrerebbe indica-

È proprio questa combinazione di una normativa fondata su principi solidi, da un lato, e meccanismi di aggiornamento e adattamento costante, dall'altro, che rende il Regolamento europeo sui cosmetici uno strumento che fornisce certezza giuridica e flessibilità, stabilità e rinnovamento, sia all'industria che ai consumatori, con, al fondo, un elevato grado di soddisfazione generale, fermo restando le sfide e i cantieri dei prossimi anni che investiranno anche questo settore e il suo pilastro normativo.

3. Prospettive e sfide future

Il Regolamento (Ue) n. 1223/2009 rappresenta il *Codice unico europeo dei cosmetici*, il cui corpo centrale è immutato dal 2009 ma i cui allegati tecnici sono oggetto di costante aggiornamento, più volte l'anno.

Non è inutile ricordare che il Regolamento cosmetici, volto ad assicurare un elevato livello di tutela della salute dei consumatori, è uno strumento di Mercato interno, con base giuridica l'ex art. 95 TCE (attuale art. 114 TFUE); uno strumento direttamente applicabile nei singoli ordinamenti nazionali, che assicura la libera circolazione dei prodotti in tutto il territorio dell'Unione, vietando ai singoli Stati membri, secondo una formula abituale (art. 9), la possibilità di rifiutare, vietare o limitare l'immissione di prodotti conformi al Regolamento, salvo clausola di salvaguardia di cui all'art. 27 (di uso estremamente contenuto).

Questo obiettivo di coniugare tutela del consumatore e preservazione di uno spazio giuridico-economico senza frontiere interne nel quale i prodotti cosmetici possano circolare liberamente dovrà rinnovarsi e affrontare due principali sfide future, che si collocano nell'alveo dei due assi politici portanti della Commissione von der Leyen e di tutte le istituzioni europee: l'economia verde e la digitalizzazione.

È già previsto che i temi dell'agenda verde e della sostenibilità investiranno nel breve termine il settore e il Regolamento cosmetici a seguito dell'adozione della citata Strategia Chimica della Commissione dell'ottobre del 2020. Come accennato in precedenza, una serie di misure legislative e regolatorie sono già state annunciate su una mezza dozzina di temati-

re l'assenza di una base giuridica per rimuovere una sostanza, già vietata e ricompresa nella lista di detto allegato, e quindi il divieto irreversibile della stessa per uso nei cosmetici. In realtà, sul piano logico-scientifico, alla luce di una interpretazione sistematica, non sembra si debba escludere in modo assoluto e aprioristico la possibilità che, alla luce proprio dell'evoluzione tecnico-scientifica, il Comitato possa in futuro riconoscere la possibilità di (ri)utilizzo di una sostanza in date circostanze e concentrazioni e che si possa, dunque, rimuovere una sostanza dall'allegato II per inserirla in un altro allegato, per un uso comunque soggetto a determinati vincoli e condizioni.

che relative ad aspetti nodali della disciplina sui cosmetici: *a.* un'estesa valutazione "generica" del rischio sulle sostanze alteranti il sistema endocrino e le sostanze PBT (Persistent, Bioaccumulative or Toxic), con conseguente loro divieto, salvo qualora considerate «essenziali»; *b.* l'introduzione di una valutazione dell'esposizione aggregata degli ingredienti (c.d. «effetto cocktail»); *c.* la riassegnazione all'ECHA del Comitato scientifico per la sicurezza dei consumatori (CSSC); *d.* l'obbligo di fornire dati completi e trasparenti nei *dossier* di sicurezza trasmessi dall'industria; *e.* la rivisitazione delle definizioni dei nanomateriali in un'ottica di maggiore coerenza, che potrebbe peraltro innescare altre innovazioni normative in tema di nanomateriali (cfr., *supra*, par. 2.6)⁵¹.

A questa serie di provvedimenti va aggiunta la svolta fortemente restrittiva che metterà al bando in futuro l'uso di microplastiche, *inter alia*, nei prodotti cosmetici, con effetti particolarmente acuti in tale settore rispetto ad altri.

Già adesso, l'integrazione di impegni precisi in termini di sostenibilità ambientale è riscontrabile in un numero sempre crescente di operatori del settore cosmetico, non solo di grandi dimensioni ma anche PMI: si registrano sempre più, da parte loro, obiettivi (anche quantificati) in termini di neutralità fossile («*carbon neutrality*») per i siti di produzione nei prossimi anni, di rispetto della sostenibilità e della biodiversità delle materie prime utilizzate e dell'*habitat* naturale in cui vengono prodotte, di riduzione dell'impatto ambientale, di pedagogia verso il consumatore a favore di scelte di acquisto e di consumo sostenibili, o ancora impegni aziendali di rendicontazione sugli obiettivi raggiunti, in un'ottica complessiva di riduzione delle emissioni nel processo di ricerca, produzione, distribuzione, confezionamento, vendita, consumo e riutilizzo dei prodotti, ispirata dall'idea di un'economia sempre più circolare⁵². Un ulteriore concetto che potrebbe prendere corpo in un futuro prossimo è quello del passaporto digitale di un prodotto, anche cosmetico, che ne qualifichi l'impatto in base a parametri quantificabili.

Allo stesso tempo, un'attenzione particolare dovrà essere dedicata da operatori, autorità e consumatori all'attendibilità di dichiarazioni su pro-

⁵¹ Un primo passo verso una simile revisione del Regolamento cosmetici, di portata mirata e circoscritta ad alcuni dei suddetti aspetti, è stato di recente compiuto dalla Commissione con la pubblicazione, lo scorso 4 ottobre 2021, del c.d. Inception Impact Assessment, una sorta di prima mappatura volta ad avviare una consultazione pubblica (https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13197-EU-chemicals-strategy-for-sustainability-Cosmetic-Products-Regulation-revision_en).

⁵² In alcuni casi si tratta di una risposta all'appello lanciato dalla Commissione per un impegno al consumo ecologico (*new Green Consumption Pledge*), rivolto a cittadini, attori economici o ONG, per accelerare il loro contributo alla transizione verde https://ec.europa.eu/info/policies/consumers/consumer-protection/green-consumption-pledge-initiative_en.

dotti di cui si vantano speciali proprietà di rispetto ambientale («*eco-friendly*»), biologici («*100% organic*») o naturali («*100% natural*»). È cioè necessario che un'etichettatura volontaria, volta a captare l'attenzione dei clienti facendo leva su un preteso valore ecologico, rispecchi caratteristiche effettive e comprovate, non solo dichiarate senza evidenze oggettive. In altri termini, il c.d. «fenomeno del *greenwashing*» deve passare al vaglio di criteri di riscontro oggettivi, onde evitare messaggi fuorvianti ed ingannevoli, fondati su pretese considerazioni ambientaliste⁵³.

In questa ottica va senz'altro inserita l'adozione, di recente, da parte della Commissione della decisione che estende, per l'appunto, l'uso del c.d. *Ecolabel*, cioè del marchio volontario di qualità ecologica europeo, a ormai tutti i prodotti cosmetici (anche ai prodotti non da risciacquo, *leave-on*, e non più solo a quelli da risciacquo *rinse-off* come in passato), tenendo conto di vari criteri rigorosi di sostenibilità applicati a tutte le fasi di vita del prodotto⁵⁴.

La necessità di garantire un'informazione precisa, completa e attendibile all'acquirente è un aspetto centrale anche a proposito del secondo tema indicato: quello della digitalizzazione.

Alcuni aspetti di particolare rilievo per la vendita *on-line* dei cosmetici sono affrontati e disciplinati da strumenti normativi vigenti o proposte in discussione a livello istituzionale che hanno valenza orizzontale, e che quindi hanno vocazione ad essere applicate, salvo esclusioni *ad hoc*, a tutti i settori economici, tra i quali quello cosmetico. Si tratta ad esempio: della revisione della direttiva sul commercio elettronico n. 2000/31 tramite la proposta di «legge sui servizi digitali» (*Digital Service Act*⁵⁵), che, assieme, dovranno contemplare le nuove regole di responsabilità degli operatori e degli intermediari di vendita elettronica, estendendone la portata anche a fornitori di servizi stabiliti al di fuori dell'Unione europea (i quali dovranno dotarsi di un rappresentante legale nell'UE) e della direttiva n. 2019/1020 sulla sorveglianza di mercato (che impone agli operatori precisi obblighi di collaborazione con le autorità nazionali).

⁵³ Al *greenwashing* è stato dedicato proprio una recente inchiesta (febbraio 2021) svolta dalla Commissione insieme ad associazioni nazionali di tutela dei consumatori. Da essa risulta che i cosmetici rappresentano uno dei settori in cui più frequente è l'uso di queste dichiarazioni che esaltano le proprietà ambientali di un prodotto: cfr. <https://myintracomm.ec.europa.eu/news/EuropeandBeyond/Pages/2021-greenwashing-sweep.aspx>.

⁵⁴ Decisione (Ue) 2021/1870 della Commissione del 22 ottobre 2021 che stabilisce i criteri per l'assegnazione del marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE) per i prodotti cosmetici e i prodotti per la cura degli animali C/2021/7500, in *Gu-Ue* n. L 379 del 26 ottobre 2021, pp. 8-48 (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2021.379.01.0008.01.ITA&toc=OJ%3AL%3A2021%3A379%3AFULL).

⁵⁵ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva n. 2000/31/Ce, Com(2020)825.

Per quanto questi strumenti orizzontali offrano certe garanzie con riferimento al prodotto venduto *on-line*, resta l'opportunità di valutare l'introduzione in futuro di nuovi meccanismi specifici alla vendita in rete di cosmetici. Ad esempio, l'obbligo di includere per ogni prodotto offerto *on-line* il numero di notifica presso il portale europeo CPNP avrebbe il vantaggio di individuare il prodotto stesso nonché la persona responsabile, con indubbi benefici in termini di sorveglianza di mercato e di intervento. Analogamente, risponderebbe ad un obiettivo di trasparenza nei confronti dei consumatori europei e di concorrenza leale verso le imprese stabilite nell'Unione europea, che un sito straniero, qualora dirigesse l'offerta verso il mercato europeo, fornisse tutte le informazioni relative al prodotto offerto, che sono prescritte dal Regolamento cosmetici in tema di etichettatura: persona responsabile, contenuto, durata del prodotto, avvertenze per l'uso, funzione del prodotto, elenco degli ingredienti, richiamo specifico alla presenza di nanomateriali, ecc.

Il tema specifico della digitalizzazione dell'etichettatura dei cosmetici rappresenterà una fonte di discussione e possibili rivisitazioni normative. Si tratterà, anzitutto, di valutare l'ambito dell'*e-labelling*: per le sole fragranze o per tutti gli ingredienti? E poi la natura: facoltativa o obbligatoria? Sostitutiva o cumulativa all'etichettatura tradizionale sulle confezioni, sul prodotto o su altri foglietti illustrativi? E ancora, attraverso quale strumento: codice a barre, QR, rinvio a sito o pagina web *ad hoc*?

La necessità di adeguare l'informazione sui cosmetici a beneficio di un'informazione facile, completa e leggibile s'impone ancora di più per evitare che strumenti alternativi d'informazione e di valutazione dei prodotti cosmetici si sovrappongano a quelli normativi, creando allarmismi o quanto meno incertezze. Un fenomeno sempre più diffuso, sia in termini di offerta da piattaforme *on line* sia di popolarità presso gli utenti, è quello di siti e applicazioni digitali che non si limitano solo ad aiutare la conoscenza da parte del consumatore delle sostanze presenti in un articolo, ma che in più esprimono giudizi o classifiche di sicurezza, affidabilità e qualità dei vari prodotti sulla base di criteri pseudo-scientifici che possono discostarsi significativamente dall'unica fonte ufficiale esistente che permette di qualificare un prodotto come sicuro, il Regolamento cosmetici, e dall'unico organo deputato, il Comitato scientifico per la sicurezza dei consumatori (CSSC). Giudizi di valore unilaterali, in sostituzione delle autorità preposte, che definiscano un dentifricio, uno shampoo o una crema come *poco, meno o non sicuri*, in base, per esempio, alla mera presenza di una sostanza, senza poggiare su criteri oggettivi e senza rispecchiare necessariamente il giudizio espresso dal Comitato scientifico, prima, e dal regolatore europeo, in ultima battuta, rischiano solo di seminare confusione nel

destinatario e di nuocere anche seriamente all'immagine di un prodotto. È, insomma, auspicabile una riflessione tra tutte le parti interessate sull'opportunità di imporre un perimetro chiaro entro il quale tali sistemi possano apportare un valore aggiunto informativo, senza conferire ai singoli prodotti cosmetici una patente *extra-ordinem* di legittimità o una denigrazione in base a classificazioni a rischio di arbitrarietà.

Un'altra questione emergente, legata sia alla nuova sensibilità ambientalista sia ad un'esigenza d'informazione adeguata, verte sulla vendita di prodotti cosmetici sfusi, non confezionati, che – in quanto soluzione meno costosa e per certi aspetti di minor impatto ecologico – raccoglie successo sempre crescente presso clienti ed operatori, sollevando però al contempo quesiti giuridici meritevoli di attenzione. Ad esempio, ci si può chiedere se un prodotto venduto con questa modalità subisca una modifica (soprattutto in termini di etichettatura ed informazione) tale per cui il distributore ne diventi persona responsabile; o se debbano sussistere obblighi di imballaggio, conservazione e utilizzo corretti del prodotto onde evitarne l'esposizione a contaminazione microbica che ne può alterare la sicurezza, tali da comportare la possibile esclusione di una simile modalità di vendita per alcune tipologie di prodotti, come dentifrici o creme con determinate caratteristiche.

Di nuovo, come evocato all'inizio, si tratterà, garantendo la sicurezza dei prodotti e un'informazione corretta ed esauriente del consumatore, di assicurare un livello di competitività di punta del comparto europeo⁵⁶, preservando negli anni a venire quella posizione di *leadership* attuale, esposta ad insidie e concorrenti sempre più incalzanti, alcuni dei quali, come la Cina, si sono recentemente dotati di un dispositivo normativo più moderno⁵⁷.

⁵⁶ La difesa e la promozione della competitività europea assume un rilievo particolarmente marcato per certe economie nazionali e la loro bilancia commerciale. Un esempio su tutti: la Francia. In questo Paese, *leader* mondiale del settore, l'industria cosmetica rappresenta, dopo l'aeronautica, la seconda filiera esportatrice netta in assoluto, peraltro con un aumento anche verso il mercato cinese (non solo di saponi) nel 2020, malgrado la pandemia. Considerando che il 50% della produzione nazionale è esportata e che la Francia detiene da sola circa un quarto del mercato mondiale di cosmetici, ci si rende conto dell'importanza vitale del settore per tutta l'economia nazionale.

⁵⁷ La nuova legislazione cinese CSAR (*New Cosmetic Supervision and Administrative Regulation*) è stata adottata il 29 giugno 2020, in piena pandemia, è entrata in vigore il 1° gennaio 2021 ed è corredata dall'adozione di ben 18 testi regolatori di attuazione. In modo sommario, la nuova legislazione CSAR prevede un'accresciuta responsabilità di fabbricanti ed importatori, un sistema maggiormente fondato sulla notifica anziché la registrazione, una classificazione basata sul rischio e l'accettazione di metodi alternativi ai *test* animali su alcune categorie di prodotti. In particolare, dal 1° maggio 2021 sono entrati in vigore nuovi testi regolamentari che precisano i requisiti richiesti per i *dossier* di notifica dei cosmetici generali e per quelli di registrazione dei prodotti di uso specifico. Questi testi precisano le condizioni di esenzione dai *test* su animali per certi prodotti generali. Al contrario, gli adempimenti documentari risultano alquanto rinforzati per tutti i prodotti, soprattutto ai fini della tracciabilità degli ingredienti utilizzati nei cosmetici.

La stessa crisi deflagrata con la pandemia provocata dal Covid-19 ha dimostrato la solidità del comparto europeo dei cosmetici, sia in termini assoluti che rispetto ad altri settori molto più drammaticamente colpiti. Pur tuttavia, questa valutazione complessiva, se da un lato ha rivelato la tenuta o addirittura la crescita vistosa di alcune categorie (come gli articoli per l'igiene personale, *in primis* i saponi, ma anche i prodotti per la cura della pelle), dall'altro ha evidenziato il calo, a volte a picco, con un impatto grave per le PMI oltre che per i grandi operatori, di altre tipologie. Tra queste soprattutto i prodotti di alta gamma, ad esempio i profumi, a causa di fattori gravemente negativi quali la ridotta capacità di spesa dei consumatori, nuove abitudini legate al Covid come il distanziamento sociale e l'uso di mascherine, o evidentemente il crollo verticale dei viaggi soprattutto aerei (considerato il ruolo fondamentale dei *duty free*).

Il tutto in un contesto nel quale l'industria asiatica dei cosmetici ha, al contrario, dimostrato una vitalità nel settore che è sinonimo, a termine, di capacità di erodere quote di mercato degli operatori europei sugli scenari continentali e mondiali. Allo stesso tempo, proprio il mercato asiatico dimostra un interesse marcato per i prodotti europei, chiamati per loro qualità intrinseche, immagine e anche caratteristiche innovative e di sostenibilità, a dimostrare di essere costantemente all'avanguardia sulla scena mondiale.

Al di là delle recenti difficoltà sistemiche, il settore cosmetico sembra comunque riporre una cauta fiducia in una crescita di più lungo termine, legata al superamento della pandemia, nel corso di questo terzo decennio. Tale ottimismo di fondo è legato a mutamenti positivi strutturali che hanno contraddistinto la crisi sanitaria. In particolare, l'enorme incremento delle vendite *on line* sembra ormai un fenomeno irreversibile e un'opportunità da cogliere a piene mani dall'industria, soprattutto una volta che si consoliderà una nuova espansione della domanda. Con il Covid, le transazioni via internet dei cosmetici sono più che raddoppiate e rappresentano ormai circa il 10% dei prodotti venduti *on line* (rispetto al 7% prima della crisi). Sono state inoltre sviluppate applicazioni che consentono, attraverso l'intelligenza artificiale, dei *test* virtuali su alcuni articoli ed esistono ormai sul mercato numerose marche vendute solo elettronicamente (Digital Native Vertical Brands).

La sfida complessiva dei prossimi anni sarà quella di mantenere il Regolamento cosmetici (così come i Regolamenti REACH e CLP ad esso strettamente connessi) al passo con i tempi, aggiornandolo e preservandone i principi e i meccanismi scientifici e regolatori essenziali che hanno finora funzionato e apportato benefici a ogni componente del sistema. La garanzia di un livello elevato di sicurezza dei cosmetici per i consumatori

e, al contempo, di regole uniformi per le imprese in seno al mercato interno significa creare il presupposto fondamentale perché il comparto possa continuare a prosperare, contribuendo alla crescita dell'economia, mediante adeguati investimenti nella ricerca di nuove sostanze attraenti, efficaci e in ogni caso sicure. Un ambito, quest'ultimo, in cui il settore cosmetico brilla per sforzi e risultati, considerando anche la percentuale elevata di fondi destinati alla ricerca.

L'agenda verde e digitale definita a livello europeo rappresenta, insomma, per i prossimi anni, un percorso chiaro per una riforma nella continuità del settore cosmetico europeo, affinché quest'ultimo, confermando la propria capacità elevata di adattamento ed innovazione, possa rispondere appieno alle attese dei consumatori e degli operatori, continuando in tal modo a svolgere il ruolo sociale che gli incombe e ad incarnare il modello di riferimento sulla scena globale e un esempio di autentica eccellenza europea.

Salvatore D'Acunto**

SINTESI

Prodotti onnipresenti e di uso frequente nella nostra vita quotidiana, i cosmetici sono oggetto di una specifica e rigorosa disciplina normativa a livello europeo, che, pur poggiando sul principio fondamentale della sicurezza dei prodotti a tutela della salute dei consumatori, è concepito per adattarsi continuamente all'evoluzione scientifica. Il Regolamento (Ue) n. 1223/2009 prevede un sistema di semplice notifica dei prodotti, salvo autorizzazione preventiva di categorie di sostanze più a rischio (quali coloranti, conservanti e filtri UV) e specifica disciplina in materia di nanomateriali, sostanze CMR o allergeniche, allegazioni e sperimentazione animale (tema sempre di vivaci dibattiti). La sfida cruciale per il settore è ora quella di cavalcare la transizione digitale ed ecologica, confermando la sua tradizionale capacità di innovazione e adattamento che ha fatto dell'Europa il modello regolatorio e commerciale di riferimento di vaste regioni del pianeta, in particolare in Asia. Ne va del consolidamento della fiducia dei consumatori e al contempo della posizione di preminenza mondiale della nostra industria. Il settore cosmetico: un'eccellenza europea!

** Capo unità / Commissione europea, DG GROW

ABSTRACT

Used everywhere and several times per day, the cosmetic products are subject to a specific and rigorous regulatory framework at European level. EU Regulation n. 1223/2009 relies on the fundamental principle of the safety of products in order to protect the health of consumers, while it is designed to constantly adapt to the scientific progress. The Regulation provides for a system of simple notification, except the prior authorization of categories of substances which are more at risk (such as colorants, preservatives and UV filters) and specific provisions in the areas of nanomaterials, CMR or allergenic substances, claims and animal testing (a topic always lively debated). The key challenge for the sector is now to succeed the digital and green transition, thus confirming its traditional ability to innovate and adapt, which has made Europe the reference model both at regulatory and economic level for many regions, especially Asia. It's all about consolidating the trust by consumers and the predominant position of our industry. Cosmetics: an European excellence!

**SETTORE VITIVINICOLO. ETICHETTATURA
E PRESENTAZIONE DEI VINI DI QUALITÀ:
L'UNIONE EUROPEA AD INTEGRAZIONE DELLA VIGENTE
DISCIPLINA DETTA NUOVE NORME SULLA PROCEDURA
DI IMBOTTIGLIAMENTO E SULL'INDICAZIONE
DELL'IMBOTTIGLIATORE**

Regolamento delegato (Ue) 2019/33 della Commissione del 17 ottobre 2018 che integra il Regolamento (Ue) n. 1308/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda le domande di protezione delle denominazioni di origine, delle indicazioni geografiche e delle menzioni tradizionali nel settore vitivinicolo, la procedura di opposizione, le restrizioni dell'uso, le modifiche del disciplinare di produzione, la cancellazione della protezione nonché l'etichettatura e la presentazione

La Commissione europea,

visto il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea,

visto il Regolamento (Ue) n. 1308/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, recante organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli e che abroga i Regolamenti (Cee) n. 922/72, (Cee) n. 234/79, (Ce) n. 1037/2001 e (Ce) n. 1234/2007 del Consiglio¹, in particolare l'art. 109, l'art. 114 e l'art. 122,

considerando quanto segue:

(Omissis)

14. Per il corretto funzionamento del mercato interno e per evitare che i consumatori siano indotti in errore, dovrebbe essere prevista l'indicazione obbligatoria del nome e dell'indirizzo dell'imbottigliatore, del produttore, del venditore o dell'importatore.

(Omissis)

¹ In *Gu-Ue* n. L 347 del 20 dicembre 2013, p. 671. Il testo integrale del Regolamento è reperibile sul sito internet www.eur-lex.europa.eu. In argomento v. *infra*, p. 243 ss., il contributo di *FAUSTO CAPELLI*.

L'IMBOTTIGLIAMENTO DEI VINI DI QUALITÀ TRA DIRITTO COMUNITARIO E DIRITTO NAZIONALE: UN'EVOLUZIONE GIURIDICA POCO NOTA MA NON PRIVA DI FASCINO*

Sommario: **1.** Osservazioni introduttive - **2.** Normativa (europea e nazionale) in materia di imbottigliamento dei vini al di fuori della zona di produzione - **2.1** Considerazioni preliminari sulla disciplina applicabile - **2.2** Segue: Il rapporto della Commissione europea sull'imbottigliamento dei vini - **3.** Giurisprudenza (europea e nazionale) in materia di imbottigliamento dei vini di qualità - **3.1** Segue: La sentenza della Corte di giustizia nella causa Delhaize del 1990 - **3.2** Segue: La sentenza della Corte di giustizia nella causa Belgio c. Spagna del 2000 - **4.** La disciplina sull'imbottigliamento dei vini di qualità vigente in Italia - **4.1** Osservazioni di carattere generale - **4.2** Segue: La normativa nazionale specifica applicata in materia di imbottigliamento dei vini di qualità attualmente in vigore in Italia - **5.** Disciplina europea relativa alla procedura di imbottigliamento e all'indicazione dell'imbottigliatore.

1. Osservazioni introduttive

In materia agricola, la disciplina dell'Unione europea ha subito una diversa evoluzione per quanto riguarda il settore dei vini di qualità (VQPRD) rispetto a tutti gli altri settori agricoli (cereali, riso, latte, carne, zucchero etc.).

* Il presente contributo è apparso anche in V. RUBINO e F. CAPELLI (a cura di), *L'alimentazione e l'agricoltura del futuro, Studi in memoria di Antonio Neri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, p. 39 ss.

Tali settori agricoli, infatti, sono stati interamente assoggettati, fin dagli inizi degli anni Sessanta del secolo scorso, a norme vincolanti adottate direttamente dalle Istituzioni europee che regolavano la produzione, i prezzi e la commercializzazione dei prodotti rientranti nei settori predetti.

Per il settore dei vini di qualità, invece, le Istituzioni europee si sono sempre limitate a stabilire le norme di contorno, lasciando ai singoli Stati membri il potere di disciplinare gli aspetti più rilevanti del settore medesimo.

La ragione di tale differente orientamento derivava dal fatto che, per i vini di qualità, diversi Stati membri applicavano proprie regolamentazioni nazionali in materia di denominazione dei vini in rapporto alla loro origine geografica.

Poiché tali regolamentazioni nazionali erano tra loro divergenti, l'Unione europea si limitava ad adottare le sole norme necessarie per coordinarle, allo scopo di evitare contrasti di natura giuridica al momento della commercializzazione dei vini all'interno del mercato europeo.

Questa situazione è perdurata fino agli anni Novanta del secolo scorso, vale a dire fino a quando l'Unione europea non è stata in grado di dotarsi di una propria disciplina anche in materia di tutela delle denominazioni dei prodotti agroalimentari di qualità.

Con il Regolamento del Consiglio n. 2081 del 14 luglio 1992¹ è stato per la prima volta in effetti possibile attribuire all'Unione europea il potere di registrare le denominazioni di origine protetta (DOP) e le Indicazioni Geografiche Protette (IGP) a favore di determinati prodotti agroalimentari (formaggi, olio, salumi, ortofruttili etc.) per il fatto che essi possedevano peculiari caratteristiche qualitative connesse alla provenienza da specifiche aree geografiche.

Ciò nonostante, la particolarità delle denominazioni riservate ai vini di qualità in sede nazionale ha impedito, per vari anni, di estendere anche a tali vini la predetta normativa europea in materia di denominazione di origine (attualmente ripresa nel Regolamento (Ue) n. 1151/2012²).

Infatti il Regolamento (Ce) n. 1493/1999³ che aveva attribuito alle Istituzioni europee ampie competenze in materia di vini, ha evitato di sop-

¹ Cfr. il Regolamento del Consiglio del 14 luglio 1992, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli ed alimentari, in *Guce* n. L 208 del 24 luglio 1992, pp. 1-8.

² Cfr. il Regolamento (Ue) n. 1151/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 novembre 2012, sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari, in *Gu-Ue* n. L 343 del 14 dicembre 2012, pp. 1-29.

³ Cfr. il Regolamento (Ce) n. 1493/1999 del Consiglio del 17 maggio 1999 relativo all'organizzazione comune del mercato vitivinicolo, in *Guce* n. L 179 del 14 luglio 1999, pp. 1-84.

primere quelle degli Stati membri concernenti le registrazioni delle denominazioni di origine dei vini di qualità.

Finalmente, in epoca molto recente, con l'adozione del Regolamento (Ue) n. 1308/2013⁴ che contiene la disciplina generale dell'organizzazione comune di tutti i prodotti agricoli (OCM Unica), l'Unione europea ha acquisito ogni potere anche in materia di vini, per cui le Istituzioni europee adottano attualmente ogni provvedimento anche in materia di denominazione di origine dei vini di qualità. Come è noto, tali provvedimenti prevalgono rispetto alle disposizioni nazionali adottate dagli Stati membri.

2. Normativa (europea e nazionale) in materia di imbottigliamento dei vini al di fuori della zona di produzione

2.1 Considerazioni preliminari sulla disciplina applicabile

Poiché nel settore dei vini, come in precedenza ricordato, l'Unione europea si è sempre limitata ad applicare, per quanto riguarda i vini di qualità⁵, le norme indispensabili per consentirne la libera circolazione nel mercato unico, lasciando agli Stati membri ogni potere relativamente alla disciplina della produzione e del commercio dei vini predetti, le Istituzioni europee si sono trovate in difficoltà agli inizi degli anni Settanta del secolo scorso quando la Francia, per la prima volta nel 1972, ha annunciato di voler imporre l'obbligo di imbottigliamento all'interno della zona di produzione per i vini di Alsazia.

La Commissione europea ha sostenuto, in tale occasione, che la pretesa del Governo francese poteva costituire una misura restrittiva alla libertà di circolazione dei prodotti, vietata dalle disposizioni europee, ma che, nel caso di specie, tale misura poteva essere giustificata in base al principio della tutela dei diritti di proprietà industriale e commerciale collegati alle denominazioni dei vini di Alsazia.

In effetti, il Governo francese, per contrastare la temuta opposizione della Commissione europea, aveva dichiarato, nel 1974, che l'obbligo di

⁴ Cfr. il Regolamento (Ue) n. 1308/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, recante organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli e che abroga i Regolamenti (Cee) n. 922/72, (Cee) n. 234/79, (Ce) n. 1037/2001 e (Ce) n. 1234/2007 del Consiglio, in *Gu-Ue* n. L 347 del 20 dicembre 2013, pp. 671-854.

⁵ Con l'eccezione dei vini spumanti: cfr. allegato VIII del Regolamento (Ce) n. 1493/99 *cit. supra*, nota 3.

imbottigliamento nella zona di origine sarebbe stato mantenuto soltanto per i vini di Alsazia⁶.

Nuovamente si è però posto un analogo problema dopo l'entrata del Regno Unito nella Comunità europea, avvenuta nel 1973.

Infatti, nel 1980, la Commissione europea ha dovuto prendere posizione sull'esportazione dei vini francesi nel Regno Unito⁷.

La Commissione europea, in tale occasione, si era riservata il potere di decidere, caso per caso, sulla legittimità dell'obbligo di imporre l'imbottigliamento all'interno della zona di origine dei vini.

Il problema ha, alla fine, acquisito un'effettiva dimensione europea quando anche l'Italia ha dovuto affrontarlo su pressione delle competenti associazioni dei produttori di vino.

Infatti, nel 1983, l'Unione Italiana Vini ha segnalato alla Commissione europea e al Governo italiano la richiesta pervenuta da diversi Consorzi di produttori di vino di riservare l'imbottigliamento di determinati vini all'interno delle zone di produzione.

2.2 Segue: *Il rapporto della Commissione europea sull'imbottigliamento dei vini*

La Commissione europea, in considerazione dell'ampiezza dei mercati coinvolti, ha allora provveduto ad effettuare ricerche approfondite e, su richiesta del Consiglio dei ministri della Comunità, ha deciso di redigere un rapporto completo che prendesse in esame il problema dell'imbottigliamento dei vini all'interno delle zone di produzione.

Il rapporto doveva riguardare la situazione esistente, dal punto di vista legislativo, nei più importanti Paesi membri produttori di vino e doveva essere presentato al Consiglio dei ministri della Comunità entro il 1990.

Il rapporto venne in effetti completato e presentato al Consiglio dei ministri nel 1990⁸.

Esso contiene una descrizione esaustiva, attraverso un'analisi delle legislazioni vigenti in Francia, Spagna, Italia, Lussemburgo, Portogallo e Germania, delle regole applicabili in materia di imbottigliamento dei vini di qualità.

La conclusione alla quale il rapporto perviene è nel senso che l'obbligo di imporre l'imbottigliamento dei vini all'interno della zona di produ-

⁶ Cfr. Interrogazione al Parlamento europeo n. 189/73, in *Guce* n. C 22 del 7 marzo 1974.

⁷ V. Interrogazione al Parlamento europeo, in *Guce* n. C 67 del 7 luglio 1980.

⁸ Cfr. il Rapporto della Commissione sull'imbottigliamento obbligatorio nei Paesi produttori di vini di qualità (SEC 1990 n. 1247).

zione costituisce una misura contraria alle disposizioni europee sulla libera circolazione delle merci.

In particolare, la norma europea sulla quale si fondava all'epoca il divieto dell'imbottigliamento obbligatorio dei vini di qualità all'interno delle rispettive zone di produzione, era l'art. 34 del Trattato CE (divenuto in seguito art. 29 ed ora art. 35 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea - TFUE).

L'art. 35 TFUE, nella formulazione attuale, stabilisce che «*Sono vietate tra gli Stati membri le restrizioni quantitative all'esportazione e qualsiasi misura di effetto equivalente*».

Ciò significa che, secondo l'art. 35 TFUE citato, deve considerarsi vietata ogni misura nazionale con effetti vincolanti, di carattere legislativo od amministrativo che imponga una restrizione all'esportazione di un prodotto o determini un effetto equivalente a tale restrizione (e l'obbligo dell'imbottigliamento nella zona di produzione (origine) è una restrizione di questo genere perché se il vino non viene imbottigliato nella zona di origine non può essere esportato).

La conclusione cui la Commissione europea è pervenuta nel suo rapporto è stata ovviamente accolta con soddisfazione dai Paesi membri del Nord Europa, in quanto Paesi importatori di vino.

Al contrario, i Paesi del Sud Europa, produttori di vino, non accolsero bene tale rapporto perché non disponevano di alcuna norma deducibile dai Trattati europei sulla quale essi fossero in grado di fondare la propria richiesta di impedire l'imbottigliamento fuori zona dei vini di qualità.

Per di più, come è stato sopra ricordato, prima del 1992 nell'ordinamento europeo neppure esisteva una disciplina normativa che disciplinasse in modo specifico la tutela dei prodotti agroalimentari di qualità, in quanto la normativa europea che ha introdotto la protezione della qualità per determinati prodotti agroalimentari (mediante le denominazioni DOP e IGP) è stata adottata, come sappiamo, soltanto nel 1992.

3. Giurisprudenza (europea e nazionale) in materia di imbottigliamento dei vini di qualità

Tale essendo la situazione dal punto di vista normativo, che rivelava l'esistenza di posizioni contrastanti tra la Commissione europea e taluni Stati membri (quelli produttori di vini di qualità), era evidente che soltanto la Corte di giustizia di Lussemburgo, supremo interprete del diritto comunitario, avrebbe potuto emettere una decisione in grado di risolvere definitivamente ogni conflitto, imponendosi a tutti gli Stati membri e alle Istituzioni europee.

L'occasione per il conflitto si verificò proprio nel 1990 con riferimento ad un contratto di fornitura di vino, di qualità *Rioja*, dalla Spagna al Belgio.

Il produttore spagnolo si era impegnato a fornire quantitativi di vino *Rioja* sfuso alla società belga acquirente Delhaize che avrebbe provveduto all'imbottigliamento del vino in Belgio.

3.1 Segue: *La sentenza della Corte di giustizia nella causa Delhaize del 1990*

In base alla normativa vigente all'epoca in Spagna, il vino *Rioja*, che era tutelato come «*denomination de origen calificada*» poteva essere esportato con tale denominazione soltanto qualora fosse stato previamente imbottigliato nelle cantine della regione spagnola di produzione.

Poiché la società belga Delhaize aveva acquistato il vino *Rioja* sfuso (in botti) e intendeva imbottigliarlo direttamente in Belgio, vendendolo in seguito con la *denomination calificada*, era evidente che essa avrebbe dovuto portare la controversia davanti ai giudici se l'utilizzo di tale denominazione le fosse stato negato.

Così avvenne e la società Delhaize ha dato inizio, attraverso il Tribunale di Bruxelles, alla celebre causa n. C-47/90 che da essa ha preso il nome, e che è stata decisa dalla Corte di giustizia con la sentenza in data 9 giugno 1992⁹.

Tale sentenza ha suscitato molte reazioni e diverse critiche¹⁰.

La conclusione alla quale la Corte di giustizia è pervenuta è stata sostanzialmente quella di seguire l'indirizzo tracciato dalla Commissione europea nel suo rapporto del 1990 in precedenza menzionato e brevemente commentato.

Questo è infatti il dispositivo della sentenza: «*Una normativa nazionale relativa ai vini a denominazione di origine che limiti il quantitativo di vino che può essere esportato sfuso e che autorizzi invece la vendita di vino sfuso all'interno della regione di produzione, costituisce una misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa all'esportazione vietata dall'art. 34 del Trattato CEE*».

Come si vede, l'orientamento della Corte di giustizia coincide con quello della Commissione espresso nel citato rapporto e fa prevalere il principio della libertà di circolazione delle merci su quello della tutela dei diritti di proprietà industriale e commerciale.

⁹ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 9 giugno 1992 in causa n. C-47/90, *Delhaize*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 3704.

¹⁰ Cfr. J. STUYCK, in *Common Market Law Review*, 1993, p. 847; L. CARTOU, *La libre circulation des boissons*, in *Petite Affiches*, 1992, p. 31.

Trattandosi di una sentenza interpretativa, pronunciata in una causa che ha visto contrapposte due parti private, la Spagna non ha provveduto a modificare la propria legge sull'imbottigliamento del vino *Rioja*, benché la sentenza indirettamente glielo imponesse.

3.2 Segue: *La sentenza della Corte di giustizia nella causa Belgio c. Spagna del 2000*

Di conseguenza, si è dovuto proseguire il contenzioso con l'intervento dei due Stati membri che già si erano fronteggiati nella precedente causa n. C-47/90 davanti alla Corte di giustizia: il Belgio e la Spagna.

Infatti, nel 1995 il Regno del Belgio ha introdotto un ricorso per inadempienza nei confronti del Regno di Spagna davanti alla Corte di giustizia per far accertare che il Regno di Spagna, non avendo modificato la propria legge sull'imbottigliamento dei vini di qualità, aveva disatteso la sentenza della Corte di giustizia emessa nella causa n. C-47/90 (*Delhaize*).

Si è trattato di un ricorso rarissimo, quasi unico nella storia della giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha suscitato un interesse enorme sotto i più diversi profili. Non succede infatti quasi mai che uno Stato membro attacchi direttamente un altro Stato membro davanti alla Corte di giustizia.

Quattro altri Stati membri sono intervenuti in questa causa a sostegno del Belgio (Danimarca, Paesi Bassi, Finlandia e Regno Unito) mentre due Stati membri (tra cui l'Italia) e la Commissione hanno sostenuto la posizione spagnola.

Il motivo fondamentale che ha portato la Commissione ad appoggiare la Spagna è stato, come già anticipato, il cambiamento di indirizzo della normativa europea in materia di tutela della qualità dei prodotti agroalimentari con l'adozione del Regolamento (Cee) n. 2081/92 che ha introdotto la disciplina sulle indicazioni concernenti la provenienza geografica dei prodotti.

L'adozione di tale Regolamento ha in effetti fatto cambiare l'indirizzo alla politica della Commissione in materia di tutela della qualità dei prodotti agroalimentari ed è stato determinante per far modificare la giurisprudenza della Corte di giustizia nella stessa materia.

La prova certa del cambiamento di indirizzo della politica della Commissione in tale materia è fornita dalla proposta di Regolamento che essa ha presentato al Consiglio dei ministri il 20 febbraio 1998 riguardante il trattamento da riservare ai vini di qualità¹¹.

¹¹ Proposta di Regolamento contenente disposizioni per i vini di qualità, in *Guce* n. C 108 del 7 aprile 1998.

In tale proposta la Commissione riconosceva, infatti, il diritto degli Stati membri di imporre l'imbottigliamento obbligatorio di determinati vini di qualità entro la zona di produzione per consentire ai produttori di vino di far valere i loro diritti fondati sulla normativa in materia di tutela della proprietà industriale e commerciale.

Per consentire un controllo sulle operazioni connesse al divieto di imbottigliamento dei vini fuori zona, la proposta di Regolamento prevedeva anche un intervento specifico della Commissione europea alla quale bisognava inviare la documentazione relativa ad ogni tipo di vino per il quale si chiedeva l'applicazione del divieto di imbottigliamento fuori zona.

Ovviamente, c'è stata subito una levata di scudi dei Paesi membri del Nord Europa, non produttori ma importatori di vino, che ha bloccato l'approvazione del Regolamento e, per accordo unanime, si è deciso di attendere l'esito della causa tra il Belgio e la Spagna pendente davanti alla Corte di giustizia.

Con la sentenza emessa il 16 maggio 2000 nella causa n. C-388/95 (*Belgio c. Spagna*)¹², la Corte, seguendo l'indirizzo della Commissione, non ha fondato la propria decisione in favore del Regno di Spagna soltanto sulla necessità di tutelare i diritti della proprietà industriale e commerciale riconosciuti ai produttori spagnoli, ma anche sulla necessità di valorizzare la qualità dei prodotti agroalimentari allo scopo di soddisfare gli interessi e le esigenze dei consumatori in quanto, tutelando la qualità, si tutela pure, potenziandola, la reputazione dei prodotti agli occhi dei consumatori.

Determinante, a questo proposito, è stata l'affermazione della Corte di giustizia riportata al punto n. 56 della sentenza nella causa n. C-388/95 (*Belgio c. Spagna*) qui esaminata, secondo cui *«la reputazione delle denominazioni di origine dipende dall'immagine di cui queste godono presso i consumatori. A sua volta tale immagine dipende, essenzialmente, dalle caratteristiche particolari e, in generale, dalla qualità dei prodotti. È quest'ultima, in definitiva, che costituisce il fondamento della reputazione del prodotto»*.

E per tutelare la qualità del vino, la stessa sentenza riconosce, al punto n. 63, la rilevante funzione dell'imbottigliamento in quanto: *«è pacifico che l'imbottigliamento del vino costituisce un'operazione importante, la quale, se non viene effettuata nel rispetto di condizioni rigorose, può nuocere gravemente alla qualità del prodotto»*.

¹² Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 16 maggio 2000, *Regno del Belgio c. Regno di Spagna*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 3123. Su tale sentenza v. le considerazioni di D. BIANCHI, *La mise en bouteille obligatoire des vins de qualité dans la région de production*, *RMCUE*, 2001, p. 343 ss.

Sulla base dei motivi appena indicati, seguendo l'orientamento della Commissione europea in precedenza descritto, la Corte di giustizia modifica pertanto l'indirizzo della sua precedente sentenza emessa nel 1992 nel caso *Rioja*, sopra esaminata e fissa i principi ai quali sia gli Stati membri, sia la Commissione europea dovranno attenersi in futuro per quanto riguarda le operazioni di imbottigliamento dei vini.

Secondo tale nuovo orientamento giurisprudenziale, l'obbligo di imbottigliamento dei vini di qualità all'interno della zona di produzione non sarà più considerato contrario alle regole europee in materia di libera circolazione delle merci e gli Stati membri saranno legittimati a stabilire le modalità di imbottigliamento dei vini nel rispetto dei principi generali applicabili nell'ordinamento europeo.

Dopo la pronuncia della sentenza del 16 maggio 2000 (in causa n. C-388/1995), le Istituzioni europee, a partire dall'anno 2000, si sono quindi astenute dall'adottare provvedimenti normativi che disciplinassero l'operazione di imbottigliamento dei vini.

In seguito alla predetta sentenza, i vari Stati membri hanno pertanto affrontato e risolto, secondo criteri nazionali, il problema dell'imbottigliamento, fissando direttamente le regole per l'imbottigliamento dei vini di qualità prodotti all'interno dei rispettivi territori.

In prosieguo procederemo, pertanto, all'esame della disciplina in vigore in Italia in materia di imbottigliamento dei vini di qualità.

Prima di esaminare la disciplina italiana, riteniamo però opportuno, per ragioni di chiarezza e precisione giuridica, far riferimento a una situazione dovuta ad un errore del legislatore europeo.

Il legislatore europeo, nell'adottare il Regolamento (Ue) n. 1151/2012¹³, che attualmente disciplina le DOP e le IGP e si applica pure ai vini di qualità, ha infatti commesso un errore evidente che è però sfuggito ai traduttori specialisti delle materie agroalimentari¹⁴.

Infatti, all'art. 7, par. 1, lett. e., del Regolamento (Ue) n. 1151/2012, il legislatore europeo, nell'elencare le informazioni che devono essere fornite ai consumatori dei prodotti agroalimentari (compresi i vini), quando sono segnalate dalle Associazioni di categoria, ha inserito nel testo normativo «le informazioni relative al confezionamento» invece delle informazioni relative al «condizionamento» che era il termine esatto da utilizzare.

¹³ Cfr. il Regolamento (Ue) n. 1151/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 novembre 2012 sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari, in *Gu-Ue* n. L 343 del 14 dicembre 2012, pp. 1-29.

¹⁴ L'errore non è però sfuggito ai commentatori attenti che l'hanno subito stigmatizzato. Cfr. *Compendio di diritto alimentare* (a cura di L. COSTATO - P. BORGHI - S. RIZZIOLI - V. PAGANIZZA - L. SALVI), Padova, Cedam, 2019, pp. 307-308.

Orbene, l'imbottigliamento del vino rientra pienamente nell'attività di condizionamento del prodotto, ma non nell'attività di confezionamento del medesimo (che dipende soltanto dal tipo di contenitore: il vino può essere infatti messo e venduto in bottiglia, come pure in vasi di vetro, di terracotta etc.).

Evidentemente il termine confezionamento deriva da una mera traduzione del termine «*packaging*» presente nella versione inglese del Regolamento, che vuol dire, appunto, confezionamento. L'errore si comprende facilmente perché il termine corretto «condizionamento» è lo stesso termine che era contenuto nell'art. 4 del precedente Regolamento (Ce) n. 510/2006, in vigore prima di essere abrogato dal citato Regolamento (Ue) n. 1151/2012, attualmente vigente. D'altra parte, la versione francese, del tutto corretta, porta il termine «*conditionnement*» e quella tedesca, ugualmente corretta, usa il termine «*Aufmachung*».

4. La disciplina sull'imbottigliamento dei vini di qualità vigente in Italia

4.1 Osservazioni di carattere generale

La sentenza della Corte di giustizia emessa nell'anno 2000 nella causa n. C-388/1995 (*Belgio c. Spagna*) in precedenza commentata non ha determinato alcun cambiamento nella disciplina vigente in Italia per quanto riguarda l'imbottigliamento dei vini di qualità.

Avendo tale sentenza riconosciuto il potere degli Stati membri di disciplinare a livello nazionale le operazioni di vinificazione, comprendenti l'imbottigliamento dei vini di qualità, lo Stato italiano ha continuato sostanzialmente ad applicare le regole precedentemente in vigore nel proprio ordinamento.

Come già ricordato, in Italia trovava da tempo applicazione, per determinati vini di qualità, sia l'obbligo di imbottigliare i vini nell'area di produzione, sia la regola di accordare specifiche deroghe.

Basta infatti leggere i disciplinari dei diversi vini prodotti in Italia nei passati decenni per rendersene conto. In ognuno di tali disciplinari, infatti, nell'articolo che si riferisce alle operazioni di vinificazione del vino considerato (normalmente l'art. 5 oppure l'art. 6), compare questa frase *standard*: «*le operazioni di vinificazione, di conservazione (...) devono essere effettuate all'interno della zona di produzione*». Tale frase però viene subito seguita da quest'altra: «*tuttavia, tenuto conto delle situazioni tradizionali, è consentito che tali operazioni siano effettuate anche nelle zone (...)*».

Le relative deroghe venivano concesse con provvedimenti di autorizzazione ad opera delle autorità competenti che facevano generalmente capo ad un dipartimento del Ministero dell'Agricoltura.

L'autorizzazione all'imbottigliamento dei vini fuori zona era normalmente rilasciata agli operatori in possesso di determinati requisiti in grado di garantire la conservazione delle caratteristiche tipiche del vino di qualità sia durante il trasporto del vino sfuso, sia durante l'imbottigliamento fuori zona.

L'autorizzazione veniva rilasciata per un periodo determinato (alcuni anni) e, alla scadenza, l'operatore doveva presentare una nuova domanda per ottenere il rinnovo dell'autorizzazione.

L'autorizzazione poteva essere revocata se l'operatore non era più in grado di dimostrare il possesso dei requisiti richiesti.

Nel caso di permanenza dei requisiti, l'autorizzazione veniva rinnovata per un ulteriore periodo di uguale durata.

4.2 Segue: *La normativa nazionale specifica applicata in materia di imbottigliamento dei vini di qualità attualmente in vigore in Italia*

Le regole in precedenza menzionate sono state codificate da ultimo in un provvedimento del 2010.

Infatti, con il dlgs 8 aprile 2010 n. 61, sono stati regolamentati i disciplinari relativi ai vini di qualità.

In particolare l'art. 10, comma 3, lett. c., di tale decreto legislativo, ha stabilito la procedura che doveva essere seguita per ottenere l'autorizzazione all'imbottigliamento fuori zona per una durata di cinque anni.

Alla scadenza del quinquennio, l'operatore interessato doveva presentare una domanda di rinnovo dell'autorizzazione per un successivo quinquennio, che veniva concessa dall'autorità qualora l'operatore fosse rimasto in possesso di tutti i requisiti richiesti.

La limitazione di durata quinquennale dell'autorizzazione e l'obbligo di presentare una domanda di rinnovo dell'autorizzazione medesima per un ulteriore quinquennio, costituiva indubbiamente un onere dispendioso per l'operatore interessato.

Per questo, con la legge 12 dicembre 2016 n. 238¹⁵, con la quale l'intera materia della coltivazione della vite e della produzione del vino è stata *ex novo* disciplinata, si è provveduto all'abrogazione del decreto legi-

¹⁵ Cfr. la legge 12 dicembre 2016, n. 238, Disciplina organica della coltivazione della vite e della produzione e del commercio del vino, in *Guri* n. 302 del 28 dicembre 2016.

slativo n. 61/2010¹⁶ e, in particolare, con l'art. 35, è stata disposta la soppressione dell'onere del rinnovo dell'autorizzazione.

Ciò significa, pertanto, che attualmente, per le autorizzazioni in vigore dal 12 gennaio 2017, gli operatori titolari o concessionari delle autorizzazioni medesime, non debbono più chiedere alcun rinnovo.

L'intera materia dell'imbottigliamento fuori zona dei vini di qualità è stata successivamente presa in esame dalla Circolare del Ministero delle politiche agricole (Dipartimento delle politiche competitive) del giorno 8 agosto 2017, n. Prot. 59971, alla quale occorre ora far riferimento.

La predetta Circolare, al punto n. 1, ribadisce in modo esplicito che in conformità all'art. 35, comma 3, della legge 12 dicembre 2016 n. 238, le autorizzazioni di cui si discute sono divenute definitive a partire dal 12 gennaio 2017.

Al punto n. 2, la stessa Circolare precisa che per le autorizzazioni successivamente concesse per quelle in fase di scadenza, gli interessati possono chiedere il rilascio dell'autorizzazione definitiva.

Infine, ai punti 3 e 4 della medesima Circolare vengono fissati i criteri applicabili per gli imbottiglieri che ottengono l'autorizzazione ad imbottigliare il vino all'estero, vale a dire fuori dai confini italiani.

Per gli imbottiglieri che operano all'estero sono previsti infatti particolari controlli che devono essere eseguiti dal competente Istituto di Controllo Qualità Repressioni e Frodi (ICQRF) con riferimento alla normativa europea applicabile (Regolamento (Ce) n. 607/2009¹⁷ e Regolamento (Ce) n. 555/2008¹⁸).

Le procedure per l'effettuazione dei controlli, in caso di imbottigliamento all'estero dei vini di qualità, sono molto complesse come risulta dalle prescrizioni riportate nella citata Circolare.

È pure prevista una procedura specifica di controllo nel caso di imbottiglieri ubicati nei Paesi terzi che richiedono le apposite autorizzazioni all'imbottigliamento fuori zona.

¹⁶ Cfr. il dlgs 8 aprile 2010, n.61, Tutela delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche dei vini, in attuazione dell'art. 15 della legge 7 luglio 2009, n. 88, in *Guri*, n. 96 del 26 aprile 2010.

¹⁷ Cfr. il Regolamento (Ce) n. 607/2009 della Commissione, del 14 luglio 2009, recante modalità di applicazione del Regolamento (Ce) n. 479/2008 del Consiglio per quanto riguarda le denominazioni di origine protette e le indicazioni geografiche protette, le menzioni tradizionali, l'etichettatura e la presentazione di determinati prodotti vitivinicoli, in *Gu-Ue* n. L 193 del 24 luglio 2009, pp. 60-139.

¹⁸ Cfr. il Regolamento (Ce) n. 555/2008 della Commissione, del 27 giugno 2008, recante modalità di applicazione del Regolamento (Ce) n. 479/2008 del Consiglio relativo all'organizzazione comune del mercato vitivinicolo, in ordine ai programmi di sostegno, agli scambi con i paesi terzi, al potenziale produttivo e ai controlli nel settore vitivinicolo, in *Guce* n. L 170 del 30 giugno 2008, pp. 1-80.

5. Disciplina europea relativa alla procedura di imbottigliamento e all'indicazione dell'imbottigliatore

Con il recente Regolamento (Ue) n. 2019/33¹⁹ della Commissione europea che integra il Regolamento (Ue) n. 1308/2013 sopra citato, contenente la disciplina di base (OCM unica), vengono disciplinate anche le procedure di imbottigliamento dei vini all'interno dell'Unione europea.

Il *considerando* n. 41 di tale Regolamento (Ue) n. 2019/33 dice espressamente che «*per il corretto funzionamento del mercato interno e per evitare che i consumatori siano indotti in errore, dovrebbe essere prevista l'indicazione obbligatoria del nome e dell'indirizzo dell'imbottigliatore*» che si unisce alle altre indicazioni obbligatorie.

Il citato Regolamento contiene in particolare le disposizioni che si riferiscono all'indicazione dell'imbottigliatore del vino con denominazione protetta (IGT, DOC, DOCG) e quelle relative alla sua individuazione ad opera dell'organismo di certificazione della filiera del vino considerato.

In ogni caso l'imbottigliatore che imbottiglia il vino con denominazione protetta al di fuori della zona di produzione deve indicare sull'etichetta del contenitore (bottiglia) il proprio nome (o ragione sociale) con l'indirizzo che devono risultare registrati presso l'organismo di certificazione della filiera del vino considerato.

Per concludere si può affermare che la disciplina relativa alla procedura di imbottigliamento dei vini trova attualmente in Italia un'applicazione che non pone particolari problemi agli operatori del settore.

Fausto Capelli

SINTESI

A chi non ha dimestichezza con le problematiche connesse con i molteplici risvolti interessanti il settore vitivinicolo, difficilmente potrebbe venire in mente che una semplice operazione meccanica, come l'imbottigliamento del vino, possa essere all'origine delle numerose e complesse questioni giuridiche che sono descritte in questo articolo. Ad una condizione, però: che si tratti di vino di qualità. Proprio perché tali questioni sorgono soltanto in presenza di vini di qualità, si può anche giustificare, come annuncia l'intrigante titolo dell'articolo, che l'evoluzione giuridica sviluppatasi, pur essendo poco nota, *non è priva di fascino*.

¹⁹ Cfr. il Regolamento delegato (Ue) 2019/33 della Commissione, del 17 ottobre 2018, che integra il Regolamento (Ue) n. 1308/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda le domande di protezione delle denominazioni di origine, delle indicazioni geografiche e delle menzioni tradizionali nel settore vitivinicolo, la procedura di opposizione, le restrizioni dell'uso, le modifiche del disciplinare di produzione, la cancellazione della protezione nonché l'etichettatura e la presentazione, in *Gu-Ue* n. L 9 dell'11 gennaio 2019, pp. 2-45.

ABSTRACT

To those who are not familiar with the problems connected with the many implications of the wine sector, it could hardly come to mind that a simple mechanical operation, such as the bottling of wine, could be at the origin of the numerous and complex legal questions that are described in this article. On one condition, however: that it is quality wine. Precisely because these issues arise only in the presence of quality wines, it can also be justified, as the intriguing title of the article announces, that the legal evolution that has developed, although little known, is nevertheless charming.

PROROGA DEI DECRETI INTERMINISTERIALI SULL'INDICAZIONE DELL'ORIGINE IN ETICHETTA CON RIFERIMENTO AL GRANO DURO PER PASTE DI SEMOLA DI GRANO DURO, AL RISO E AI DERIVATI DEL POMODORO NONCHÉ AL LATTE E AI PRODOTTI LATTIERI CASEARI*

Il decreto interministeriale relativo al latte e ai prodotti lattiero-caseari è stato da ultimo prorogato al 31 dicembre 2021 dal decreto interministeriale del 22 luglio 2020 - Proroga dell'indicazione dell'origine in etichetta della materia prima per il latte e i prodotti lattiero caseari, in Guri n. 215 del 29 agosto 2020.

I decreti interministeriali relativi al grano duro, al riso e al pomodoro sono stati prorogati al 31 dicembre 2021 dal decreto interministeriale del 1° aprile 2020 - Proroga delle disposizioni obbligatorie di indicazione dell'origine, in etichetta, del grano duro per paste di semola di grano duro, del riso e dei derivati del pomodoro, in Guri n. 170 dell'8 luglio 2020.

- 1. Decreto del Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali e del Ministero dello sviluppo economico del 9 dicembre 2016 - Indicazione dell'origine in etichetta della materia prima per il latte e i prodotti lattieri caseari, in attuazione del regolamento (UE) n. 1169/2011, relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori**
in *Guri* del 19 gennaio 2017, n. 15
- 2. Decreto del Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali e del Ministero dello sviluppo economico del 26 luglio 2017 - Indicazione dell'origine in etichetta del riso**
in *Guri* del 16 agosto 2017, n. 190

* In argomento v. *infra*, p. 259 ss., il commento di *PAOLO BORGHI*.

3. **Decreto del Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali e del Ministero dello sviluppo economico del 26 luglio 2017 - Indicazione dell'origine, in etichetta, del grano duro per paste di semola di grano duro**
in *Guri* del 17 agosto 2017, n. 191

4. **Decreto del Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali e del Ministero dello sviluppo economico del 16 novembre 2017 - Indicazione dell'origine in etichetta del pomodoro**
in *Guri* del 26 febbraio 2018, n. 47

LA PROROGA DEI DECRETI INTERMINISTERIALI SULL'ORIGINE DELLE MATERIE PRIME AGRICOLE: QUANDO UN CAOS PROVVISORIO TENDE A DIVENIRE DEFINITIVO*

Sommario: **1.** *Partiamo dalla fine* - **2.** *I decreti prorogati e il contesto normativo europeo in cui nacquero* - **3.** *I decreti prorogati e il contesto di lacune legislative nazionali in cui nacquero* - **4.** *I decreti prorogati e la “febbre di normazione” nel cui contesto erano nati* - **5.** *La proroga dei decreti ministeriali e la proroga del caos (apparentemente) calmo che ne deriva in tema di sanzioni.*

1. Partiamo dalla fine

Queste riflessioni traggono spunto da un fatto ancor recente, e dalla consapevolezza dell'eterno valore di un principio extra-giuridico: quello per cui, se errare è umano, perseverare è diabolico.

Per comprendere meglio la problematicità delle conseguenze di tale “perseveranza”, sarà necessario ripercorrere a ritroso un po' di vicissitudini legislative degli ultimi anni, salvo tornare poi ai giorni nostri e guardarli con l'occhio di chi ha appena osservato l'intera vicenda “dall'alto”.

Il fatto: con un decreto firmato il 1 aprile 2020, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* italiana l'8 luglio 2020, il Ministro delle Politiche agricole e il

* Il presente contributo è apparso anche in V. RUBINO e F. CAPELLI (a cura di), *L'alimentazione e l'agricoltura del futuro, Studi in memoria di Antonio Neri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, p. 139 ss.

Ministro dello sviluppo economico hanno ulteriormente prorogato la vigenza di quattro assai noti, e alquanto discussi, decreti incidenti sugli obblighi informativi di alcuni operatori del settore alimentare: ci si riferisce al decreto interministeriale 9 dicembre 2016 (sull'indicazione obbligatoria del Paese di origine del latte, nella commercializzazione del latte stesso e dei prodotti lattiero caseari), ai due decreti interministeriali del 26 luglio 2017 (rispettivamente sull'indicazione obbligatoria del Paese di origine del grano nella pasta di semola, e del Paese di origine del riso nella commercializzazione del medesimo) e infine al decreto interministeriale 16 novembre 2017 (sull'indicazione obbligatoria del Paese di origine del pomodoro nella commercializzazione di suoi derivati, di sughi e di salse)¹.

La proroga è avvenuta nonostante l'Unione europea avesse, nel frattempo, adottato il Regolamento esecutivo (Ue) n. 2018/775 della Commissione, del 28 maggio 2018, applicabile dal 1° aprile 2020, che avrebbe dovuto provocare – per espressa previsione dei decreti in questione – l'immediata cessazione della loro efficacia ben prima della scadenza non prorogata del 31 dicembre 2020.

I dubbi: si tratta di decreti totalmente asistematici sul piano delle fonti, di dubbia compatibilità anche sostanziale con il diritto dell'UE, dichiaratamente provvisori e destinati a venir meno nell'istante esatto in cui l'Unione avesse dato esecuzione all'art. 26 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011, e – infine – totalmente stranianti dal punto di vista delle implicazioni di ordine sanzionatorio.

Perché, dunque, prorogarne l'applicazione fino al 31 dicembre 2021, ben oltre l'entrata in vigore di quel Regolamento europeo alla cui mancanza si dichiarava di voler supplire, così implicitamente confermando che la natura provvisoria e suppletiva di tali decreti non era affatto tale? (E creando – diciamo pure – il forte presagio che a questa proroga possano seguirne in futuro ancora altre)?

2. I decreti prorogati e il contesto normativo europeo in cui nacquero

Verrebbe da rispondere con l'idea sovente ripetuta che, in Italia, nulla sia più definitivo di ciò che viene dichiarato provvisorio. Ma è forse più sensato cercare la risposta a livello politico, così come proprio a livello politico nazionale i decreti in questione furono a suo tempo fortemente voluti. E in effetti, la firma della proroga del 2020 fu preceduta da una comu-

¹ Ai quali ANTONIO NERI dedicò (in particolare, al decreto sull'origine del latte) considerazioni accorate – com'era suo stile – lucidamente critiche nel fascicolo di *Alimenta* di aprile 2017, con un *sequel* nei tre fascicoli successivi.

nicazione congiunta dei Ministri delle politiche agricole e dello sviluppo economico, in cui si evidenziava come le «sperimentazioni dell'obbligo di etichettatura per diverse tipologie di prodotti come latte, formaggi, carni trasformate, pasta, riso, derivati del pomodoro» accomunassero diversi Paesi membri dell'UE (non solo Italia, dunque, ma anche Francia, Spagna, Grecia, Portogallo, Lituania, Romania e Finlandia); che occorresse «proseguire l'esperienza delle sperimentazioni nazionali»; che «si debba avanzare su questo fronte dando anche risposta all'iniziativa dei cittadini europei che ha raccolto oltre 1,1 milioni di firme in 7 Stati membri e che chiede di estendere l'obbligo di indicazione della materia prima in tutti gli alimenti»; che «nella strategia "Farm to Fork" questo debba essere un tema centrale» per «ridare slancio all'azione dell'Europa a partire dall'attuazione del Green deal e della nuova Politica agricola comune post 2020», in quanto «riteniamo che il regolamento Ue 775/2018, destinato ad entrare in vigore il 1° aprile, non dia risposte sufficienti»².

Tradotto: i decreti furono emanati per colmare lacune cui avrebbe dovuto supplire il Regolamento di esecuzione dei paragrafi 5 e 8 dell'art. 26, Regolamento (Ue) n. 1169/2011; detto Regolamento esecutivo è arrivato, ma le lacune non sono state colmate in modo soddisfacente, sicché non sembra opportuno rinunciare ad una disciplina parallela nazionale (che, anzi, andrebbe estesa ad altri prodotti); inoltre, oggi, l'estensione ad altri prodotti e il prolungamento della vita di tali disposizioni nazionali è fondamentale anche per nuovi obiettivi: per affrontare le sfide poste dall'imminente riforma della PAC e dalla nuova strategia europea del «Green Deal».

Come dire che il prolungamento è necessario almeno fino al 2027 (orizzonte temporale della nuova PAC) e forse fino al 2050 (orizzonte temporale del nuovo Green Deal).

In realtà, l'idea di un reciproco rapporto di "sostituibilità" fra i decreti in questione e l'atteso atto esecutivo della Commissione (che diverrà poi il Regolamento (Ue) n. 2018/775), era inizialmente sottesa alle motivazioni che furono presentate come giustificazione – ancora una volta politica – per la loro adozione³, avendo l'art. 26 ormai rappresentato una prima, ma

² Fonte: Comunicato stampa del MiPAAF del 3 marzo 2020, <https://www.politicheagricole.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/15136>, ultimo accesso 5 gennaio 2021.

³ Lo si evince dalla lettura delle premesse dei decreti, dal testo coordinato dei "visto" e dei "considerato" che introducono le disposizioni, dalla procedura di notifica ex art. 45 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011 seguita ai fini dell'adozione, e infine anche dalle dichiarazioni rilasciate all'epoca dai ministri firmatari: il decreto sul grano «anticipa la piena attuazione del regolamento europeo 1169 del 2011» (così il Comunicato stampa del MiPAAF, reperibile all'indirizzo internet <https://www.politicheagricole.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/11589>, ultimo accesso il 5 gennaio 2021).

decisiva, apertura legislativa ad un'esigenza prettamente propria del settore alimentare: quella di non limitare più, per i prodotti destinati all'alimentazione umana, la nozione giuridica di "origine" al puro concetto doganale, tradizionalmente utilizzato in via esclusiva dalle norme europee.

Insomma, nell'art. 26 (e non solo nelle sue prescrizioni immediatamente precettive, ma anche nelle "relazioni" che la Commissione era chiamata ad elaborare per "tastare il polso" agli *stakeholders*: par. 4, 5 e 6) emergeva per la prima volta allo scoperto l'idea, da tempo serpeggiante a livello nazionale (soprattutto in Italia) ma mai prima riconosciuta dal legislatore europeo, che il concetto giuridico di origine geografica di un alimento non possa essere lo stesso che vale per un bullone o per uno *smartphone*.

Se questo era, per così dire, "lo sfondo" dell'azione legislativa nazionale, era evidente che l'adozione dei decreti in questione – specie se accompagnata dalla clausola di mutuo riconoscimento che ne rafforza in qualche modo la compatibilità col funzionamento del mercato interno – poteva essere presentata anche a Bruxelles come la normazione di aspetti ancora non armonizzati; e destinata a cedere il passo immediatamente all'arrivo dell'attesa armonizzazione.

Eppure, anche nel confronto fra i testi normativi tale fungibilità reciproca da subito apparve non così immediata ed evidente, *sic et simpliciter*: l'art. 26, par. 5 e 8, del Regolamento (Ue) n. 1169/2011 non aveva ad oggetto l'obbligo di indicazione del Paese di origine della materia prima agricola (cui si riferiscono, invece, i decreti italiani), quanto piuttosto dell'«ingrediente primario» dell'alimento.

Tra l'altro, appena comparso sulla *Gazzetta Ufficiale* dell'UE il Regolamento esecutivo, la fisionomia di un tale «ingrediente primario» si palesò non solo totalmente diversa dal criterio di «origine» adottato dallo Stato italiano nei citati decreti, ma a sua volta estremamente complessa da applicare in concreto: basti considerare la lunghissima e travagliata gestazione delle Linee guida⁴ che la Commissione Ue, dopo la pubblicazione del Regolamento (Ue) n. 2018/775, è stata costretta a pubblicare (ad esito di oltre un anno di consultazioni con i Governi degli Stati membri), con le quali si sono fornite risposte solo parziali ai tanti quesiti aperti dai concetti di «ingrediente primario quantitativo», di «ingrediente primario qualitativo», di possibilità che in alcuni alimenti non sia individuabile alcun ingrediente primario, ecc.

⁴ Cfr. la Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle disposizioni dell'art. 26, par. 3, del Regolamento (Ue) n. 1169/2011, in *Gu-Ue* n. C 32 del 31 gennaio 2020.

In sintesi, le due discipline nazionale ed europea – malgrado la prima fosse stata in qualche modo presentata come «suppletiva» della temporanea assenza delle norme esecutive della seconda – non risultano perfettamente sovrapponibili; così come non sovrapponibili sono i concetti giuridici di «origine» cui le stesse fanno riferimento.

3. I decreti prorogati e il contesto di lacune legislative nazionali in cui nacquero

La vicenda dei decreti prorogati nel 2020 si inserisce, storicamente, in un contesto legislativo in piena evoluzione anche in sede nazionale, proprio per quanto concerne gli obblighi di etichettatura e il relativo apparato sanzionatorio.

La vita residua delle disposizioni orizzontali contenute nel dlgs n. 109/92 (fatte salve quelle sull'indicazione del lotto) era ormai agli sgoccioli, anzi cessata. A far tempo dal 13 dicembre 2014, con l'inizio dell'applicazione del Regolamento (Ue) n. 1169/2011⁵, la fonte degli obblighi per gli operatori del settore alimentare aveva cessato di essere il decreto del 1992, soppiantato *ipso iure* dalle disposizioni del Regolamento dell'UE, mentre gli articoli da 1 a 6, da 8 a 10 e da 14 a 17 del citato decreto n. 109, malgrado l'assenza di una formale abrogazione, si ritrovavano direttamente e immediatamente soggetti ad obbligo di disapplicazione da parte di autorità e giurisdizioni nazionali.

La vigenza ancora soltanto formale dell'art. 18, dlgs n. 109/92, unita all'inerzia del legislatore statale, aveva però posto le premesse per una fase alquanto caotica: da un lato, i veduti articoli ormai da disapplicare; dall'altro, un art. 18 che restava lì a sanzionare la loro violazione, ossia l'infrazione di precetti creati da disposizioni non più applicabili (a meno di affermare che la fonte degli obblighi per le imprese alimentari fosse ancora, nonostante tutto, il decreto italiano, e negare di fatto l'applicabilità diretta del Regolamento). Un corto circuito non da poco, la cui unica soluzione sicura, alla luce dei principi, sarebbe stata rappresentata dall'ammissione plateale (e politicamente scomoda) dell'esistenza di un vuoto sanzionatorio, fino ad un nuovo decreto che finalmente rinviasse al nuovo Regolamento.

Una tale ammissione, tuttavia, avrebbe comportato due conseguenze, di ordine interno e di ordine unionale: *i.* la sospensione di fatto di una lar-

⁵ Salvo che per le disposizioni in tema di dichiarazione nutrizionale, applicabili – com'è noto – solo dal 13 dicembre 2016.

ghissima parte di attività ispettiva e di vigilanza (tutta quella parte del controllo ufficiale che si appunta sul rispetto dei requisiti di etichettatura), “condannata” ad effettuare accertamenti senza sanzioni, con ogni conseguente effetto anche e soprattutto erariale; e *ii.* il pubblico riconoscimento dell’inadempienza dell’Italia agli obblighi derivanti dall’appartenenza all’Unione europea, poiché il fatto di non munire di sanzioni gli obblighi previsti in capo ai singoli da un Regolamento dell’UE equivale a non fornire al diritto dell’Unione gli strumenti, di competenza nazionale, atti a garantirgli effettività⁶.

La scelta della prassi, ingiustificabile sul piano giuridico, fu quella di inventarsi una residua possibilità di applicare ancora, transitoriamente ma a tempo indefinito, l’art. 18 del dlgo n. 109/92 alle violazioni del nuovo Regolamento, quanto meno nei casi in cui ad essere violata fosse una nuova disposizione europea che sostanzialmente corrispondesse (per la somiglianza di contenuti) ad una previsione del vecchio decreto nazionale: con un’ormai celebre circolare del 6 marzo 2015, il MISE (Ministero dello Sviluppo Economico) prese netta posizione in senso favorevole a detta applicazione. Lo fece

- argomentando che «molte di queste disposizioni [del Regolamento (Ue) n. 1169/2011, n.d.r.] confermano i precetti contenuti nelle precedenti direttive comunitarie e recepiti nell’ordinamento nazionale per mezzo del d.lgs. 109/1992, mentre in altri casi esse innovano il precetto o dispongono *ex novo*. Le disposizioni sanzionatorie previste dall’articolo 18 del d.lgs. 109/1992 per la violazione delle disposizioni in esso contenute, devono intendersi applicabili soltanto ai precetti confermati dal regolamento»⁷;

- richiamandosi ad una posizione della Corte di cassazione risalente a qualche anno prima⁸, che tuttavia non appariva convincente per la radicale diversità di vicende sul piano ordinamentale, rispetto al caso qui analizzato. La sentenza citata dal Ministero, infatti, concerneva un caso di mera successione temporale tra regolamenti, con nuove disposizioni promananti

⁶ Nello specifico, si trattava in particolare di una violazione dell’art. 17, ultimo comma, del Regolamento (Ce) n. 178/2002, a mente del quale «Gli Stati membri determinano inoltre le misure e le sanzioni da applicare in caso di violazione della legislazione sugli alimenti e sui mangimi. Le misure e le sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive». L’inadempienza poteva apparire ancor più grave, e contrario a buona fede, alla luce del fatto che il contenuto del Regolamento (Ue) n. 1169/2011 era già noto nella sostanza al Governo italiano e al Parlamento europeo (nel quale siedono numerosi eurodeputati italiani) anche prima del 2011; e che, comunque, alla data di applicazione del Regolamento (13 dicembre 2014) il Regolamento risultava pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale dell’UE* da oltre tre anni.

⁷ Seguiva, nel testo della circolare, addirittura una tavola di concordanza che raccordava le vecchie ipotesi sanzionatorie, testualmente riferite agli articoli del dlgo n. 109/92, alle nuove disposizioni regolamentari europee.

⁸ Cass. civ., 8 maggio 2003, n. 6958, in *Dir. giur. agr. e dell’amb.*, 2004, p. 238 ss.

dalla medesima fonte (dotata di identica forza applicativa propria) e appartenenti al medesimo ordinamento (quello comunitario), che si sostituivano l'una all'altra per abrogazione ad opera della *lex posterior*, senza che la norma (la regola di condotta) mutasse in alcun modo, almeno per ciò che concerneva le fattispecie sanzionate: una vera e propria ricodificazione delle medesime norme mediante altre di fonte omogenea (e di contenuto anch'esso largamente coincidente).

In altri termini, la Suprema Corte aveva discrezionalmente (e implicitamente) qualificato il rinvio operato dalla previsione sanzionatoria interna alla stregua di un rinvio dinamico, non recettizio. Un tipo di rinvio che notoriamente richiede qualche elemento interpretativo tale da consentire di qualificare la previsione stessa che lo contiene come “rinvio alla fonte”⁹: elementi difficili da rinvenire, per non dire impossibili, quando il nuovo precetto sia posto da una fonte *a.* non omogenea (Regolamento europeo in luogo di decreto nazionale), e *b.* estranea al sistema delle fonti cui appartengono le fattispecie disapplicate (in quanto addirittura appartenente ad un sistema di fonti di altro ordinamento). Lo *ius superveniens*, nel nostro caso, vincolava invece i singoli per forza propria (l'applicabilità diretta di cui è dotato ogni Regolamento dell'UE per espressa previsione del TFUE), senza poter abrogare implicitamente la disciplina interna, che andava a sostituire solo in via di fatto.

In sostanza, negli anni fra il 2014 e il 2018 il legislatore italiano taceva in tema di sanzioni relative a etichettatura e informazione, mentre l'unica “fonte” chiamata a colmare la lacuna era rappresentata da un atto (la citata circolare) privo di forza vincolante, contrario ai principi che presiedono ai rapporti fra ordinamento UE e ordinamento interno¹⁰, e implicante violazione sia del principio di legalità dell'illecito amministrativo (sancito dall'art. 1 della legge n. 689/81, secondo il quale «le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati»), con conseguente obbligo di stretta interpreta-

⁹ Il riferimento fondamentale su questo tema rimangono ancora le riflessioni di F. PALAZZO, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass. Pen.*, 1987, p. 230 ss. (specialmente pp. 243-244), il quale, pur evidenziando (anche con richiami dottrinali) i vantaggi dell'«adeguamento automatico» che il rinvio formale consente, mette l'accento, da un lato, sul problema interpretativo che si pone ogniqualvolta si tratti di stabilire se un rinvio sia recettizio, o sia invece “alla fonte”; dall'altro sulla necessità che il legislatore, quando opera il rinvio, renda “sufficientemente evidenti le sue scelte” circa la natura del rinvio stesso.

¹⁰ Giacché la fonte legislativa interna – per dirla con la Corte costituzionale – non viene più «in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale»: così Corte cost. 8 giugno 1984, n. 170, *Granital*, la quale prosegue chiarendo nitidamente che «il fenomeno in parola va distinto dall'abrogazione, o da alcun altro effetto estintivo o derogatorio, che investe le norme all'interno dello stesso ordinamento statale, e ad opera delle *sue* fonti» (corsivo aggiunto, n.d.A.).

zione), sia dell'art. 14 delle Disposizioni sulla legge in generale, là dove esso dispone che le norme penali, ma anche tutte le altre che hanno carattere di eccezionalità, non sono suscettibili di applicazione «oltre i casi (...) in esse considerati».

Forse non è neppure del tutto irrilevante (se non altro, per comprendere appieno l'assurdità della vicenda) considerare il fatto che il MISE stesso, dopo qualche tempo, sembrò non credere più totalmente alla propria stessa opinione¹¹.

4. I decreti prorogati e la “febbre di normazione” nel cui contesto erano nati

Si diceva, poco sopra, del contesto legislativo nazionale in evoluzione, sia con riguardo agli obblighi di etichettatura di fonte nazionale, sia con riguardo all'apparato di sanzioni collegato.

L'anno 2017 – lo stesso dei più volte ricordati decreti interministeriali sull'origine delle materie prime agricole – può essere ricordato in effetti come quello in cui il legislatore ha finalmente rimediato al pasticcio generato dall'assenza di sanzioni testualmente applicabili al Regolamento (Ue) n. 1169/2011. Lo fece mettendo mano ad una riforma del sistema sanzionatorio dell'etichettatura e dell'informazione alimentare che dava seguito alla più grande ed organica riforma europea di tale specifica materia, esercitando una delega che lo incaricava di introdurre «un quadro sanzionatorio di riferimento unico» che consentisse una «applicazione uniforme a livello nazionale». Ma può essere ricordato anche come l'anno in cui la stessa organicità del sistema, pur prefigurata dalla suddetta delega, veniva compromessa sul nascere.

Da una parte, infatti, col dlgs 15 dicembre 2017, n. 231, il legislatore italiano finalmente metteva la parola fine alla denunciata (e insensata) “anarchia” interpretativa derivante dal vuoto normativo che perdurava, ormai, dal 2014. Lo faceva con l'apprezzabile scelta di utilizzare, ai fini della costruzione del precetto, il rinvio diretto alle disposizioni del Regolamento (Ue) n. 1169/2011, aiutato dal fatto che le previsioni unionali ri-

¹¹ In una “Nota interpretativa” intitolata «chiarimenti sugli effetti abrogativi recati dall'art. 30 del D.lgs. 231/2017», pubblicata sul sito internet del MISE il 6 aprile 2018 (all'indirizzo <https://www.mise.gov.it/images/stories/normativa/2018-04-06-Circolare-su-abrogazioni-art-30.pdf>, ultimo accesso il 5 gennaio 2021), il Ministero annoverava espressamente l'art. 18, dlgs n. 109/92 tra le disposizioni «che a seguito dell'applicazione del Regolamento (Ue) n. 1169/2011 hanno perso di efficacia», contraddicendo la propria tesi che riteneva la norma ancora applicabile, seppure a violazioni formalmente diverse, anche dopo il 13 dicembre 2014 (data di «applicazione del regolamento», appunto).

chiamate, e che si volevano munire di sanzione, si caratterizzano per un discreto coefficiente di precisione e tassatività. Un fatto non scontato, dato che il legislatore europeo non è soggetto ai vincoli di quello nazionale nella costruzione delle fattispecie, principale ragione che ha talvolta suggerito al Parlamento italiano – quanto meno in materia penale – la necessità di non limitarsi ad un mero rinvio al precetto contenuto nella disposizione dell'UE, quando lo ha ritenuto privo di requisiti minimi di determinatezza della fattispecie.

Lo faceva aumentando, rispetto all'art. 18 del dlgo n. 109/92 (finalmente abrogato), l'importo medio delle sanzioni amministrative pecuniarie, restituendo afflittività alle stesse e almeno parzialmente limitando il perpetuarsi del fenomeno per cui negli anni, il valore reale via via diminuito delle sanzioni pecuniarie aveva finito per conferire alle spese del giudizio di opposizione, più che alla sanzione in sé, il ruolo di principale deterrente, dando spesso al pagamento in misura ridotta (nato col fine di disincentivare le sole opposizioni pretestuose) il ruolo di strumento improprio di *alternative dispute resolution*; e individuando in modo generalizzato nel Dipartimento ICQRF del MIPAAF l'Autorità irrogatrice unica su base nazionale.

Contemporaneamente, col dlgo 15 settembre 2017, n. 145, il legislatore delegato italiano introduceva – ma forse sarebbe opportuno dire “reintroduceva” – in Italia l'obbligo generale di indicare in etichetta l'indirizzo (ma *non* il nome o la ragione sociale del soggetto titolare) dello stabilimento di produzione o di confezionamento. Si prescinde qui sia dalle perplessità *sostanziali* che questo decreto genera in rapporto al diritto dell'UE¹² (profilo che il decreto tenta in qualche modo di “salvare” con l'inserimento nel suo art. 7 della clausola di mutuo riconoscimento), sia dalla sua contrarietà *formale* a tale ordinamento, avendo esso natura di “norma tecnica”, che l'Italia ha adottato e posto in vigore senza il rispetto della procedura di notifica prevista dal diritto dell'UE¹³, sia dalle incertezze in-

¹² Poiché il Regolamento (Ue) n. 1169/2011 non contiene più la *grandfather clause* (presente, invece, nelle precedenti direttive in materia) la quale, vigente la direttiva n. 2000/13/Ce, aveva consentito, ai Paesi che già l'avessero nel proprio ordinamento interno prima dell'entrata in vigore della direttiva n. 79/112/Cee, di mantenere in essere una simile previsione: l'Italia, perciò, l'aveva reintrodotta nel dlgo n. 109/92, sulla base della sua presenza pregressa nell'ordinamento nazionale (cfr. l'originario art. 8 della legge n. 283/62).

¹³ Si veda Trib. Roma, sez. civ. XVIII, ord. 3 gennaio 2019 (inedita, reperibile sul web: <https://www.greatitalianfoodtrade.it/etichette/sede-stabilimento-decreto-inapplicabile-per-il-tribunale-di-roma>, ultimo accesso 4 dicembre 2020): «Il decreto legislativo 145/2017, che impone ai produttori di alimenti di elencare nelle etichette dei prodotti alimentari la sede dello stabilimento di produzione o, se diverso, di confezionamento sulla confezione, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 7/10/2017, risulta carente del suo iter di perfezionamento e di efficacia perché non è stato debitamente notificato alla Commissione Europea, sulla base della direttiva 98/34 UE, sostituita dalla direttiva 2015/1535 /UE».

terpretative che concernono il suo campo di applicazione¹⁴, sia infine dallo scarso allineamento rispetto alle finalità dichiarate, di tutela del *Made in Italy*¹⁵.

Ebbene, quanto alle sanzioni, il dlgs n. 145/2017 optava per un piccolo apparato sanzionatorio proprio, contenuto nel suo art. 5, il quale – pur riguardando un requisito obbligatorio di etichettatura – è rimasto estraneo all'architettura generale delle sanzioni in materia, che in quegli stessi mesi era in via di costruzione. L'opzione, da un lato, è coerente col fatto che tale decreto sia una scelta normativa squisitamente nazionale, e quindi totalmente extra-vagante rispetto al Regolamento (Ue) n. 1169/2011; dall'altro, è un fatto che in Italia l'attuale apparato sanzionatorio a supporto dei requisiti obbligatori di etichettatura degli alimenti nacque con un primo e importante elemento di disgregazione formale.

Sempre in quell'anno vedeva la luce anche un altro decreto relativo a sanzioni concernenti aspetti informativi sugli alimenti: il dlgs 7 febbraio 2017, n. 27, «Disciplina sanzionatoria per la violazione delle disposizioni di cui al regolamento (CE) n. 1924/2006 relativo alle indicazioni nutrizionali e sulla salute fornite sui prodotti alimentari». Sulle prime, esso poté apparire come l'opportuna colmatrice di una, ennesima, lacuna sanzionatoria lasciata sul campo da un legislatore nazionale in affanno, che non riusciva a tenere il passo della frenetica attività regolatoria dell'Unione in materia alimentare. Dopo una certa riflessione, però, esso apparì piuttosto come il risultato di un'attività legislativa nazionale certamente in affanno, ma per motivi differenti: per via di istituzioni italiane troppo impegnate a rioccupare spazi lasciati liberi, più o meno temporaneamente, dall'armonizzazione europea; oppure a invadere campi già soggetti a discipline europee armonizzate, generando conflitti tra istituzioni e tra ordinamenti, “picconando” l'integrazione pazientemente costruita, in materia alimentare, anche sul piano legislativo con decenni di giurisprudenza della Corte di giustizia e con il paziente lavoro di Consiglio e Parlamento europeo. Una lunga e minuziosa tessitura che era a suo tempo culminata nell'adozione del Regolamento (Ce) n. 178/2002 e che, dopo il decennio di entusiasmo generato da tale *general food law* in tutta Europa, sembrava ora avviata a conoscere una fase discendente.

¹⁴ Dal momento che la citata clausola di mutuo riconoscimento esclude i prodotti «legalmente fabbricati o commercializzati in un altro Stato membro», il che consente di non indicare nulla sia sui prodotti fabbricati in Paesi terzi e immessi sul mercato interno attraverso uno Stato diverso dall'Italia, sia sui prodotti fabbricati in un altro Paese UE e solo confezionati in Italia.

¹⁵ Interessanti obiezioni, a questo riguardo, sono mosse da G. DE GIOVANNI, *L'orientamento della legislazione nazionale in materia di etichettatura degli alimenti*, in *Alimenta*, ottobre 2017, p. 205 ss.

Il dlgs n. 27/2017 non attenta alla coesione fra ordinamento nazionale ed europeo, ma è comunque il segno di uno “scollamento”. Le ragioni della sua adozione, infatti, evidenziano nel legislatore nazionale una preoccupazione concentrata più sugli equilibri politico-amministrativi (e finanziari) interni, che non sulle reali esigenze di integrazione reciproca fra ordinamenti, poiché il decreto appare utile – sì – ma ben poco necessario.

In effetti, è difficile negare che un *claim* nutrizionale infondato costituisca *anche* una violazione delle pratiche leali di informazione. Evidenziare falsamente in etichetta che un prodotto è «senza zucchero», o «senza grassi saturi», o «a ridotto contenuto di sodio», oppure «ricco di fibra» (una volta unificati i codici espressivi, e stabilito convenzionalmente cosa debba intendersi con locuzioni quali «ridotto» o «ricco») equivale *in toto* a «indurre in errore per quanto riguarda le caratteristiche dell'alimento» (art. 7, par. 1, lett. *a.*, del Regolamento (Ue) n. 1169/2011); talvolta può equivalere anche ad «attribuire al prodotto alimentare effetti o proprietà che non possiede» (art. 7, par. 1, lett. *b.*, del Regolamento (Ue) n. 1169/2011), come tipicamente accade quando il *claim* consiste nel dichiarare proprietà funzionali, attraverso indicazioni sulla salute. Per entrambe le categorie di indicazioni oggetto del Regolamento del 2006, poi, può talora aversi una violazione dell'art. 7, par. 1, lett. *c.*, Regolamento (Ue) n. 1169/2011, se la caratteristica o la proprietà in questione è rivendicata dall'operatore come esclusiva e distintiva del proprio prodotto, «quando in realtà tutti gli alimenti analoghi possiedono le stesse caratteristiche, *in particolare evidenziando in modo esplicito la presenza o l'assenza di determinati ingredienti e/o sostanze nutritive*» (corsivo aggiunto, n.d.A.). Così come, sin dal testo originario del dlgs n. 109/92, è sempre stato previsto che l'etichettatura, la presentazione e la pubblicità dei prodotti alimentari non dovessero esser tali da attribuire al prodotto proprietà atte a prevenire, curare o guarire malattie umane, né accennare a tali proprietà, se l'alimento non le possiede.

Se, dunque, c'è una discreta complementarità fra la disposizione sulle pratiche leali di informazione (art. 7 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011, ma in realtà già presenti nell'ordinamento anche nel 2006, tramite l'art. 2 della direttiva n. 2000/13/Ce) e il Regolamento (Ce) n. 1924/2006, tale da consentire di rinvenire già lì, nelle sanzioni a presidio di tali «pratiche leali», i mezzi di *enforcement* della disciplina sui *claims*, occorre registrare che invece, nel decennio 2007-2017, la giurisprudenza aveva tutto sommato scarsamente collegato le violazioni della normativa sui *claims* all'art. 2 del d.lgs. n. 109/92 (e poi all'art. 7 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011)¹⁶;

¹⁶ Salvo – almeno stando alla giurisprudenza edita – un caso in tema di acque minerali, prodotti peraltro dotati di una disciplina a sé in materia di *claims* nutrizionali: cfr. sentenza

in parallelo, il principale ruolo di garante dell'effettività del Regolamento n. 1924/2006 era stato lasciato ad autorità regolatorie, *in primis* all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (competente soprattutto a reprimere le forme di pubblicità ingannevole), ma anche al Giurì di autodisciplina pubblicitaria, che sovente aveva bloccato campagne promozionali ritenute in contrasto con il Regolamento in questione.

Alla fine, il legislatore ha preferito ancora una volta complicare il quadro con l'adozione di un nuovo, ennesimo decreto a contenuto sanzionatorio il quale, nell'art. 2 intitolato «Definizioni», al secondo comma (che con le «definizioni» – a differenza del comma 1 – non ha proprio nulla a che vedere) precisa che «Ai fini dell'applicazione del presente decreto le autorità competenti sono il Ministero della salute, le Regioni, le Province autonome di Trento e Bolzano e le aziende sanitarie locali secondo gli ambiti di rispettiva competenza». Un'applicazione affidata, quindi, a competenze «diverse» rispetto a quelle generali in materia di etichettatura; a competenze concentrate *ratione materiae* sull'autorità sanitaria, in coerenza con la stretta attinenza che i *claims* in questione presentano rispetto alla salute e alla sua tutela. Tuttavia:

- le competenze dell'Autorità *antitrust* nell'*enforcement* della normativa sui *claims* non vengono minimamente ridotte né escluse (si veda l'art. 1 del decreto, che fa «salvo quanto previsto dal decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 145 e dal decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, relativamente alle attribuzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato»);

- l'attività di controllo ufficiale – secondo l'art. 13, comma 1 – è svolta «dalle autorità competenti di cui all'articolo 2, comma 2, del presente decreto» (cioè Ministero della salute, Regioni, Province autonome di Trento e Bolzano e aziende sanitarie locali; n.d.r.), che provvedono, «nell'ambito delle rispettive competenze»; ma, per quanto concerne il momento accertativo, continuano ad essere «fatte salve (...) le competenze degli altri organi preposti all'accertamento delle violazioni di cui al regolamento» (art. 13, comma 3).

Se resta intonsa la possibilità per l'AGCM di utilizzare il Regolamento sui *claims* quale fondamento per l'esercizio delle proprie competenze repressive di illeciti concorrenziali e/o a tutela dei consumatori, e se la proclamata competenza generale dell'autorità sanitaria ai fini dell'accertamento delle violazioni continua ad essere condivisa con gli «altri organi preposti all'accertamento delle violazioni» (le altre Autorità fra le quali il

nostro ordinamento “polverizza” le competenze ispettive e di accertamento delle violazioni: Comando Unità dei Carabinieri per la tutela agroalimentare, Comando Unità dei Carabinieri per la tutela della salute, Dipartimento ICQRF del MIPAAF, ecc.), l’unica prerogativa attribuita con solennità all’autorità sanitaria e in effetti non condivisa con altri organi (dunque, assoggettata a un regime differenziato rispetto alla generale attribuzione all’ICQRF che caratterizza il resto delle sanzioni in tema di informazione ed etichettatura) è quella inerente *l’irrogazione* delle sanzioni, ossia la loro esecuzione e riscossione, attività sulle quali nessun altro ruolo è più «fatto salvo».

Dunque, se l’introduzione delle nuove sanzioni nell’ordinamento italiano appare una scelta non strettamente necessitata (a fronte della concreta possibilità di rinvenire già nel sistema, in via di auto-integrazione, un apparato sanzionatorio sufficiente o adattabile con sforzo molto minore), il dlgs n. 27/2017 sembra aver portato, più che una vera innovazione, un costo in più da sopportare: l’aver introdotto sanzioni nuove, che si affastellano su una base di previsioni di illeciti amministrativi già esistenti, strutturate e pressoché già utilizzabili al fine desiderato (di dare effettività al Regolamento (Ce) n. 1924/2006), complica il quadro più che altro per giustificare competenze “nuove”; salvo poi assicurare espressamente circa il mantenimento in vita anche di tutte le competenze “vecchie”, così che l’unica novità vera sia la riserva di competenze amministrative di irrogazione delle sanzioni in capo a Ministero della Salute, Regioni e Aziende USL.

5. La proroga dei decreti ministeriali e la proroga del caos (apparentemente) calmo che ne deriva in tema di sanzioni

Il risultato di questi due-tre anni di attività legislativa nazionale, fra il 2016 e il 2018, è un quadro complessivo asistemico di previsioni sostanziali che integrano a livello nazionale una disciplina che, invece, l’UE voleva totalmente armonizzata (ma che – occorre ammetterlo – la stessa Unione non ha saputo armonizzare con azione davvero efficace, avendo optato per strutturare in modo complesso l’intera materia, con una impalcatura di poteri esecutivi e poteri delegati che stanno inevitabilmente richiedendo tempo per essere esercitati, e che hanno lasciato agli Stati membri ampie finestre temporali di rinazionalizzazione di parti rilevanti della disciplina).

A ciò corrispondono *i.* un quadro asistemico di sanzioni sparse in atti nazionali formalmente scoordinati e scollegati tra loro; *ii.* un quadro for-

temente asistemático di competenze accertative delle violazioni; *iii.* un quadro non unitario delle competenze irrogative; e infine *iv.* la solita, totale asistematicità nell'utilizzo delle fonti sicché, con scelte dovute essenzialmente a ragioni contingenti (l'esistenza di una delega legislativa, oppure – in altri casi – l'iniziativa singola di questo o quel Ministro particolarmente attivo), si è assistito a un "pendolo" fra l'uso di atti di livello legislativo e atti di natura regolamentare.

In materia di sanzioni, tutto questo è portatore di una situazione caotica permanente che, particolarmente nel caso dei decreti interministeriali sull'origine di latte, grano, riso e pomodoro, si è intrecciata con i danni provocati dall'originaria fretta di provvedere (che ha indotto la scelta di sanzioni di problematica applicazione, per ragioni che subito vedremo), e con uno strumentario assai limitato di rimedi, essendo atti sostanzialmente di contenuto legislativo, ma formalmente amministrativi (dunque non più soggetti, ormai, ad annullamento ad opera del TAR). Nei loro confronti resta soltanto l'arma spuntata dell'istanza di disapplicazione giudiziale, in caso di controversia.

Tutti e quattro i citati decreti dichiarano applicabili a chi viola le proprie disposizioni le sanzioni previste dall'art. 18, comma 2, del dlgs n. 109/92, ossia da una normativa che, solo pochi mesi dopo la loro emanazione, fu integralmente abrogata. Ha tentato un parziale rimedio il comma 1 dell'art. 30, dlgs n. 231/2017, dichiarando che «i richiami all'articolo 18 del decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 109, contenuti nelle vigenti disposizioni, si intendono effettuati ai corrispondenti articoli del presente decreto». Il che solo apparentemente risolve il problema, facendolo con mezzi di discutibile linearità sistematica: quali sono «i corrispondenti articoli del presente decreto»?

Si dirà che lo stabilire una tale corrispondenza è operazione rimessa all'interprete, chiamato a individuare omogeneità fra le condotte sanzionate dalla vecchia e dalla nuova normativa: insomma, ogni interprete è munito di un discrezionale potere di stabilire la propria personale "tavola di corrispondenze" fra le due discipline sostanziali e, di conseguenza, fra le relative sanzioni. Sennonché, trovare una corrispondenza di sensi fra gli stringati commi dell'abrogato art. 18, dlgs n. 109/92 e i complessi articoli del dlgs n. 231/2017 non è facile – per dirla con un eufemismo – e forse addirittura impossibile, se non tramite l'individuazione di omogeneità tra fattispecie, e dunque tra precetti sanzionati.

Insomma, l'operazione rischia di richiedere, in senso inverso, quello stesso processo di applicazione analogica (o eccessivamente estensiva) che già, nell'altra direzione, aveva a suo tempo proposto il MISE con la citata

circolare del 6 marzo 2015. La violazione dei decreti ministeriali sull'origine delle materie prime dovrebbe essere perseguita oggi applicando, fra i vari articoli del dlgs n. 231/2017, quello che sanziona la violazione dell'obbligo di condotta, fra i mille previsti dal Regolamento (Ue) n. 1169/2011, più simile a quello imposto dai decreti medesimi. Siamo, probabilmente, oltre lo stesso concetto di *analogia legis*.

Uno sforzo che, tra l'altro, rischia di rivelarsi anche inutile *a priori*, se si considera che si tratterebbe di cercare omogeneità di contenuti e di fini tra previsioni di norme europee e di norme interne, le seconde presentate come aventi lo scopo di colmare lacune della normativa europea stessa. A prestare attenzione al regolatore italiano, cioè, le norme di quei decreti non dovrebbero trovare una corrispondenza in norme del Regolamento europeo sull'etichettatura, in quanto le prime sarebbero suppletive di contenuti ancora mancanti in quest'ultima.

Il testo originario dei decreti in questione avrebbe di per sé potuto condurre a ridimensionare il problema: i citati decreti ministeriali nascevano "a orologeria", destinati ad essere applicati "in via sperimentale" (*sic!*) e a perdere efficacia al massimo il 31 dicembre 2020; o anche prima, non appena fossero entrati in vigore gli atti esecutivi che la Commissione europea era chiamata ad adottare in applicazione dell'art. 26, par. 5 e 8, del Regolamento (Ue) n. 1169/2011. Un caos sanzionatorio sin dall'inizio "a scadenza", insomma, e destinato ad esaurirsi da solo.

Sennonché, quanto si sia ormai trasformata in definitiva l'iniziale apparente "provvisorietà" di queste norme nazionali è già stato evidenziato in apertura del presente saggio, e qui non mette conto aggiungere altro: il Regolamento esecutivo dell'UE è arrivato, ma invece della cessazione di efficacia è intervenuta la proroga (accompagnata per di più, sui *media*, da dichiarazioni ufficiali che ne fanno presentire di ulteriori in futuro).

Il problema c'è, è provvisorio soltanto "sulla carta", e sarà meglio cercare soluzioni per uscire da una *impasse* sanzionatoria portatrice, altrimenti, di smisurata discrezionalità per i controllori e di enormi difficoltà per gli operatori. Con, in più, l'aggravante che la già censurata asistematicità delle fonti ha significato, in questo caso, l'adozione di un atto non soggetto neppure al sindacato di legittimità della Corte costituzionale.

Il risultato di questo capolavoro di tecnica legislativa, dal punto di vista delle sanzioni sembra essere oggi il seguente:

- quando la violazione dei decreti in questione integra anche violazione del Regolamento (Ue) n. 2018/775, essendo quest'ultimo esecutivo dell'obbligo previsto (ma non compiutamente regolato) dall'art. 26 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011, andrà sanzionato quale violazione di quest'ultimo (pertanto applicando le sanzioni fissate dall'art. 13, dlgs n. 231/2017);

- rimangono tuttavia sempre in vigore anche le disposizioni, contenute in ognuno dei quattro decreti, che vorrebbero veder applicato l'art. 18, comma 2, del dlgs n. 109/92; non essendo più possibile applicare quest'ultimo, tali previsioni sanzionatorie ora, ex art. 30, dlgs n. 231/2017, andrebbero riportate «ai corrispondenti articoli» di quest'ultimo decreto;

- l'indecisione se la condotta vada sanzionata come violazione del Regolamento (Ue) n. 2018/775 (e dell'art. 26 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011) oppure come violazione dei decreti ministeriali (con la rilevata difficoltà di individuare la sanzione applicabile a quest'ultima specifica infrazione) potrà essere risolta soltanto con una valutazione rimessa alla discrezionalità dei controllori e dei giudici, circa l'esistenza o meno di un rapporto di specialità, così da evitare *bis in idem* tramite l'art. 9 della legge n. 689/81;

- resterà dunque aperto, nei casi di “doppia violazione” (laddove – come sembra probabile – le due disposizioni violate si atteggino a rette parallele che non si incontrano, in un rapporto di “specialità reciproca”), un problema di cumulo di sanzioni fra l'art. 13, dlgs n. 231/2017, e l'eventuale altra norma sanzionatoria «corrispondente» a quella che doveva applicarsi ai sensi dell'abrogato art. 18, dlgs n. 109/92 (norma tutta da individuare);

- infine, nei casi di condotte qualificabili come illecite soltanto ai sensi dei decreti ministeriali in questione (e irrilevanti, invece, in base all'art. 26 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011 e al Regolamento (Ue) n. 2018/775), rimarrà comunque il problema, appena ricordato, di identificare, fra le disposizioni del dlgs n. 231/2017, quella «corrispondente» alla abrogata previsione dell'art. 18, dlgs n. 109/92.

Difficoltà interpretative e applicative enormi, che rischiano di tradursi ora in un eccesso di discrezionalità lasciata agli organi accertatori, ora in un contenzioso privo di punti di riferimento e di qualsiasi elemento predittivo su cui fondare quella necessaria valutazione prognostica, che sempre dovrebbe essere a disposizione dei soggetti coinvolti e sempre dovrebbe precedere la scelta se azionare o meno un giudizio.

La proroga *tout court* di quei decreti interministeriali, non accompagnata da un intervento di aggiornamento anche sulle disposizioni sanzionatorie ivi contenute, equivale quindi a prolungare artificialmente nel tempo, ben oltre il ciclo di vita inizialmente programmato, una fonte di costi e di difficoltà operative per tutti i soggetti coinvolti: per il sistema giudiziario, per l'Autorità incaricata di applicare le sanzioni (il citato ICQRF, dipartimento del MIPAAF) e, *last but not least*, per gli operatori.

Paolo Borghi*

* Ordinario di Diritto agrario dell'Unione europea / Università degli Studi di Ferrara

SINTESI

L'articolo critica il quadro giuridico italiano relativo agli obblighi di indicazione dell'origine delle materie prime agricole nei prodotti alimentari, come consolidatosi a seguito della proroga di efficacia dei decreti interministeriali adottati nel biennio 2016-2018.

Viene, in particolare, rilevata l'asistematicità di questi interventi normativi, la difficoltà di ricostruire gli illeciti e le relative sanzioni alla luce del Regolamento (Ue) n. 2018/775 della Commissione sulla medesima materia, nonché l'impatto (anche economico) delle norme in discussione sugli operatori economici.

ABSTRACT

The article criticizes the Italian legal framework relating to the obligations to indicate the origin of agricultural raw materials in food products, as consolidated following the extension of the effectiveness of the interministerial decrees adopted for the two-year period 2016-2018.

In particular, the Author criticizes the unsystematic nature of these regulatory interventions, the difficulty of reconstructing the offenses and the related sanctions in the light of Regulation (EU) no. 2018/775 of the Commission on the same matter, as well as the negative impact (including economic) of the rules under discussion on economic operators.

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

NEL 2021 COMPIE TRENT'ANNI LA LEGGE N. 394/1991 SUI PARCHI NAZIONALI E SULLE ALTRE AREE NATURALI PROTETTE TERRESTRI E MARINE*

Il diritto dell'ambiente sorge come strumento di difesa e coincide con l'avvento della rivoluzione industriale. Tra Ottocento e Novecento le aree naturali protette proliferano nei vari Continenti.

Con la legge n. 394/1991 è stato protetto oltre il 10% del territorio italiano: tuttavia il Delta del Po non è ancora parco nazionale.

Le conquiste della legge sono state apprezzate da OCSE, dai giuristi (Giampiero di Plinio, Paolo Maddalena), dai naturalisti (Francesco Corbetta, Franco Pedrotti), dagli storici (Luigi Piccioni, James Sievert), dai giornalisti (Salvatore Giannella, Valter Giuliano).

Dopo l'approvazione della legge n. 394/1991, la priorità della conservazione è stata insidiata da ricorrenti tentativi di riforme peggiorative della legge stessa.

Non sono state ancora istituite dai Governi, succedutisi in trent'anni, numerose aree protette marine previste dalla normativa.

* Gianluigi Ceruti, avvocato del foro di Rovigo e autore del presente contributo, durante la sua lunga carriera professionale ha ricoperto incarichi di rilievo relativi alla protezione dell'ambiente in associazioni *non profit* e istituzioni. È stato, tra l'altro, deputato nella X legislatura (1987-1992). Nell'attività legislativa Gianluigi Ceruti ha legato il proprio nome, in particolare, alla normativa generale sui Parchi nazionali e sulle altre aree naturali protette, terrestri e marine (la storica legge n. 394 del 6 dicembre 1991), particolarmente apprezzata dallo storico americano *James Sievert* e giudicata la più avanzata normazione di tutela naturalistica in tutto il Pianeta dal costituzionalista italiano Professor *Giampiero Di Plinio* (2019). Nel 1994 gli studiosi dell'OCSE (Organizzazione internazionale per la cooperazione e lo sviluppo economico) hanno affermato che «la struttura della legge sulle aree protette del 1991 e quella sulla caccia del 1992 hanno impresso uno slancio impetuosamente fresco alla conservazione della natura: insieme queste due leggi hanno dotato l'Italia di una modernissima concezione della protezione della natura». Per l'azione svolta a favore dei Parchi italiani Ceruti è stato insignito del Premio *Airone 1991* dall'Editoriale Giorgio Mondadori.

Per celebrare il trentesimo anniversario dell'istituzione della legge sui Parchi questo contributo è pubblicato anche nel fascicolo n. 3/2021 della *Rivista giuridica dell'ambiente*.

Sommario: *Premessa - 1. Tra Ottocento e Novecento. In prima linea gli uomini politici e gli intellettuali - 2. Il contributo delle Società Scientifiche e delle altre Associazioni private di volontariato naturalistico in Italia e all'estero - 3. Le proposte legislative di uomini politici e scienziati. L'apporto delle Associazioni di protezione ambientale - 4. La tragedia di Chernobyl e le proposte legislative a protezione dell'ambiente - 5. I contenuti essenziali e le conquiste della legge n. 394/1991. Le parziali omissioni sulle aree protette marine - 6. Il superamento dei "Parchi di carta" - Il Delta del Po non è ancora parco nazionale - 7. Con l'applicazione del principio di «leale collaborazione» sono stati superati i conflitti tra Stato, Regioni ed Enti locali - 8. I commenti in Italia e all'estero sulla legge n. 394/1991 - 9. Principali modifiche alla legge n. 394/1991.*

Premessa

La protezione dell'ambiente storicamente sorge come strumento di difesa che, proiettato nella sfera giuridica istituzionale, si esprime e si traduce in norme positive ed ha una collocazione temporale determinabile non esattamente ma con sufficiente approssimazione.

Infatti, a parte singole situazioni come, a mero esempio, quella della Serenissima Repubblica di Venezia che introdusse e applicò, soprattutto a partire dal XV secolo, norme-sanzioni severe per disciplinare in terraferma la conservazione e l'uso anche produttivo dei suoi boschi di abeti, faggi, larici, pini e roveri, in generale l'esigenza di tutela dell'ambiente, della natura e delle bellezze del paesaggio viene avvertita dai governanti e dagli strati più sensibili e avanzati della società nel secolo diciannovesimo allorquando lo sfruttamento senza limiti delle risorse naturali (si pensi agli effetti devastanti sull'ambiente naturale dell'impetuoso assalto alle terre vergini del West negli Stati Uniti d'America), l'avvento dei primi opifici industriali e la loro espansione progressiva, l'attivazione delle ferrovie cominciano ad arrecare *vulnera* all'assetto e all'equilibrio esistenti, alle condizioni di sicurezza e di salubrità dell'uomo, del mondo animale e vegetale, alla conservazione della morfologia e della struttura del paesaggio, al godimento e alla contemplazione di ameni panorami.

Il tratto peculiare, caratteristico, tipico della salvaguardia ambientale risiede in questo atteggiamento sostanzialmente difensivo: il diritto dell'Ambiente (che al di là del *nomen* appare e si consolida solo nella seconda metà del secolo scorso) nasce come una sorta di argine di contenimento in un determinato momento della storia umana.

1. Tra Ottocento e Novecento. In prima linea gli uomini politici e gli intellettuali

Nel 1832, per la preservazione delle Sorgenti Calde (*Hot Springs*) dell'Arkansas gli Stati Uniti d'America introducono l'istituto giuridico dell'inalienabilità che nel 1905 sarà applicato con legge speciale alla Pineta di Ravenna, per interessamento personale di *Luigi Rava*, giurista e uomo politico romagnolo, più volte ministro, e di *Giovanni Rosadi*, avvocato, parlamentare fiorentino e uomo di governo, entrambi di attivissimo impegno nei primi due decenni del ventesimo secolo.

In Gran Bretagna contro l'espansione industriale incontrollata, travolgente e dannosa alla salubrità insorsero nel 1862 gli scrittori *William Morris* e *John Ruskin*, lo stesso autore di scritti d'arte su Firenze e Venezia.

Nel 1864 il celebre presidente nordamericano *Abramo Lincoln* adottò un provvedimento di adeguata protezione delle ciclopiche sequoie delle Valli della Sierra Nevada in California.

Ma l'evento che segna l'inizio nei vari continenti di una stagione ricca di fecondi dibattiti, di iniziative culturali protezionistiche e di interventi legislativi è rappresentato dall'istituzione, negli Stati Uniti d'America, del Parco Nazionale di Yellowstone (il primo parco nazionale del mondo) con *Act* del giorno 1 marzo 1871, perorato con vigore dallo stesso Presidente degli Stati Uniti *Ulysses Grant* e da un magistrato americano, *Cornelius Hedges*.

Dopo il Parco di Yellowstone (il *Fiume Giallo delle Rocce*, la denominazione dei Pellirossa) fu la volta dell'Australia che nel 1879 costituì quello che oggi è chiamato *Royal National Park*, del Canada che, per impulso personale del suo primo ministro *Sir John Alexander Macdonald* istituì nel 1887 il Parco Nazionale di Banff, del Sudafrica con due riserve naturali che nel 1926 costituiranno il nucleo iniziale del Parco Nazionale Krüger, intitolato al presidente della prima Repubblica sudafricana. Nel 1909 in Svezia furono promossi nove Parchi Nazionali. Il primo Parco nazionale dell'Europa centrale è stato quello svizzero della Bassa Engadina nel Cantone dei Grigioni (1914).

Nel 1919, in Polonia, l'immensa foresta di Bialowieza fu destinata a riserva integrale.

2. Il contributo delle Società Scientifiche e delle altre Associazioni private di volontariato naturalistico in Italia e all'estero

Verso la fine del diciannovesimo secolo e a cavallo con il Novecento sorgono in Europa le prime Società Scientifiche e organizzazioni volonta-

ristiche non governative: in Belgio la *Ligue des amis des arbres*, in Francia la *Ligue pour la conservation des sites pittoresques*, in Italia la *Società Botanica Italiana*, il *Gruppo Naturalistico Giuseppe Ragazzoni*, la Società Emiliana *Pro Montibus et Sylvis*, in Svizzera la *Ligue pour la protection de la nature*.

Nel 1907 l'insigne zoologo professor *Alessandro Ghigi* suggerisce l'istituzione nella regione del Sangro del Parco Nazionale d'Abruzzo che il professor *Pietro Romualdo Pirotta*, direttore dell'Istituto di Botanica dell'Università di Roma, rilancerà nel 1913 e il presidente della Società Botanica Italiana professor *Lino Vaccari* riproporrà: finalmente, nel novembre 1921, per iniziativa della Federazione *Pro Montibus et Sylvis*, veniva costituito, con atto di natura privatistica, l'Ente Autonomo del Parco Nazionale d'Abruzzo che sarà riconosciuto dallo Stato con il R.D.L. n. 257 del 11 gennaio 1923 convertito nella legge n. 1511 del 12 luglio 1923.

Al dicembre 1922 risale il provvedimento statale (R.D.L. 3 dicembre 1922, n. 1584 convertito nella legge 17 aprile 1925, n. 473) che istituisce il Parco Nazionale del Gran Paradiso dopo che la Corona aveva rinunciato ad una riserva di caccia nel Canavesano. Successivamente il nostro Paese si doterà di altri tre Parchi nazionali: in Calabria, nel Circeo e sullo Stelvio.

Questa è la situazione dei Parchi nazionali italiani quando, nel 1952, il *Consiglio Nazionale delle Ricerche* (CNR), per solerte iniziativa del suo presidente professor *Giovanni Polvani*, costituisce una Commissione (che sarà attiva per alcuni anni) comprendente, oltre a uomini politici e docenti universitari di Scienze Naturali, rappresentanti di parchi nazionali e di giardini e musei zoologici, esperti designati da *Touring Club Italia* e *Italia Nostra*, con il compito di studiare una proposta di normativa unitaria dei Parchi nazionali esistenti e futuri che fu predisposta e inviata nel 1962 al Presidente del Consiglio e ad alcuni ministri affinché diventasse un disegno di legge di iniziativa del Governo.

3. Le proposte legislative di uomini politici e scienziati. L'apporto delle Associazioni di protezione ambientale

Nell'inerzia assoluta dell'esecutivo il professor *Vincenzo Rivera*, deputato, docente ordinario di Botanica nell'Università di Roma e componente della stessa Commissione di studio del CNR, il 4 ottobre 1962 presentò alla Camera dei Deputati il disegno di legge n. 4158 che cadde con la fine della terza legislatura (1958-1963).

Nella successiva quarta legislatura (1963-1968), i deputati *Paolo Rossi*, *Franco Restivo*, *Ugo La Malfa* e *Vittorio Badini Confalonieri* raccolsero i risultati di un gruppo di esperti designati dall'associazione Italia No-

stra, coordinato da *Bonaldo Stringher* (omonimo e figlio del direttore e poi governatore della Banca d'Italia) e presentarono, il 24 settembre 1964, il progetto di legge n. 1669 nel quale, oltre a confermare le peculiari caratteristiche scientifiche, estetiche ed ecologiche di un'area naturale protetta terrestre di rilievo nazionale, si contemplava la potestà legislativa in materia in capo alle Regioni nel proprio territorio: la differenziazione tra parchi nazionali e parchi regionali si fondava sulla rilevanza scientifica degli ecosistemi e della biodiversità. Ma anche questa iniziativa legislativa parlamentare, benché sostenuta da deputati autorevoli di differenti Gruppi parlamentari, non riuscì a pervenire all'approvazione.

Con l'istituzione delle Regioni a statuto ordinario (1970) iniziò, in questa materia, una lunga stagione di dispute dottrinali, giurisprudenziali e politiche, spesso conflittuali, fra sostenitori di contrapposte rivendicazioni istituzionali e di competenze tra Stato, Regioni e Enti locali nonché di decisioni importanti della Corte costituzionale.

Nel 1972, durante la quinta legislatura (1968-1972), furono presentati al Senato della Repubblica due disegni di legge: n. 122 d'iniziativa del senatore *Michele Cifarelli* e altri e n. 473 del senatore *Giacomo Samuele Mazzoli*: entrambe le proposte palesarono, come osservò il costituzionalista *Livio Paladin*, le caratteristiche tipiche della legge-cornice valorizzando gli enti regionali ai fini della protezione dell'ambiente naturale e abilitando le Regioni a costituire parchi e riserve naturali regionali.

A questo punto è doveroso ricordare che, mentre a livello nazionale le legislature si susseguivano senza che le proposte di legge sulle aree protette fossero coronate dall'approvazione, le Regioni erano attive e fertili nella istituzione di Parchi regionali.

Per completare la rassegna storiografica va ricordato che la prima iniziativa legislativa in materia da parte del Governo nazionale (per impulso del Ministro dell'Agricoltura e delle Foreste senatore *Giovanni Marcora*) fu il disegno di legge n. 711 del 7 febbraio 1980, nato dalla collaborazione del Governo con WWF Italia, Italia Nostra e Club Alpino Italiano: unificato ad altri progetti, esso alimentò speranze per la sua organicità e completezza, ma decadde quando già era all'ordine del giorno dell'Aula.

Nell'ottava e nella nona legislatura ulteriori proposte legislative non approdarono alla meta.

4. La tragedia di Chernobyl e le proposte legislative a protezione dell'ambiente

La decima legislatura (1987-1992) prende l'avvio nell'estate del 1987 quando ancora incombe nel mondo l'angoscia per la tragedia dell'inciden-

te rovinoso, di vastissime proporzioni e influenza nel continente europeo della centrale elettronucleare di Chernobyl. Forse anche per effetto di questa profonda lacerazione, l'elettorato votò anche candidati alla Camera dei Deputati e al Senato della Repubblica che, nonostante le più disparate provenienze, si ripromettevano alcuni obiettivi comuni a quelli del movimento ambientalista: e questo spiega, altresì, l'elevato numero di provvedimenti a favore dell'Ambiente e dei Beni culturali, emanati nella decima legislatura. Anche parlamentari di derivazione prettamente politico-partitica tradizionale mostrarono interesse, attenzione e curiosità verso la problematica ambientale che improvvisamente aveva fatto irruzione nelle istituzioni.

Ecco perché, quando preparai e presentai, il 26 novembre 1987, alla Camera dei deputati il progetto di legge numero 1964 sulle aree protette, con la collaborazione vitale ed essenziale della parte più sensibile della comunità scientifica e di appartenenti qualificati all'ambientalismo militante, assistei ad una vera e propria gara tra i deputati per apporre la propria firma in calce al testo depositato alla Camera. Infatti, oltre a chi scrive quale primo proponente, ben 37 furono i firmatari, di tutti i Gruppi parlamentari (ad eccezione di *Südtiroler Volkspartei*, che alla fine però votò la legge e di *Union Valdôtaine*) e tra questi è doveroso menzionare, in particolare, il personale impegno di *Piero Angelini* e il sostegno di *Franco Bassanini*, *Alfredo Biondi*, *Antonio Cederna*, *Giuseppe Galasso*, *Natalia Ginzburg*, *Bruno Zevi* e di tutti i deputati del Gruppo Verde.

5. I contenuti essenziali e le conquiste della legge n. 394/1991. Le parziali omissioni sulle aree protette marine

La prima, fondamentale conquista della legge n. 394/1991 è senza alcun dubbio rappresentata dalla stessa sua approvazione da parte del Parlamento dopo decenni di tentativi falliti in più legislature nonostante l'autorevolezza culturale e politica dei parlamentari proponenti dei progetti legislativi. Ma a questo "storico" obiettivo si associa inscindibilmente il superamento della soglia del 10% del territorio nazionale protetto tra aree dello Stato, delle Regioni e di altri soggetti pubblici (come le Università di Camerino e di Pavia) e privati che il convegno, promosso nel 1980 dall'Ateneo Camerte, d'intesa con il WWF Italia e il Comitato Parchi, aveva solennemente additato come obiettivo irrinunciabile da raggiungere per la fine del secolo.

La legge disciplina unitariamente, per la prima volta nell'ordinamento giuridico italiano, l'intera materia delle aree naturali protette terrestri e marine, detta norme e appresta risorse finanziarie per la loro istituzione e per il loro stabile funzionamento, anche delle aree regionali. Sono istituiti i

seguenti Parchi nazionali terrestri: *a.* Cilento e Vallo di Diano (Cervati, Gelbison, Alburni, Monte Stella e Monte Bulgheria), *b.* Gargano, *c.* Gran Sasso e Monti della Laga, *d.* Maiella, *e.* Val Grande, *f.* Vesuvio; inoltre, d'intesa con la regione Sardegna, il Parco nazionale di Orosei, Gennargentu e dell'isola di Asinara: qualora l'intesa con la regione Sardegna non si perfezioni entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge è prevista l'istituzione del parco della Val d'Agri e del Lagonegrese (Monti Arosio, Volturino, Viggiano, Sirino, Raparo).

Con l'art. 1, comma 1116, della successiva legge 27 dicembre 2017 n. 205, verranno istituiti anche i Parchi nazionali di Matese e Portofino, comprendente, quest'ultimo, la già istituita area protetta marina della stessa Portofino.

Inoltre, con l'approvazione della legge n. 394/1991, come meglio si illustrerà nel paragrafo che segue, i Parchi nazionali del Pollino, delle Dolomiti Bellunesi, dei Monti Sibillini, dell'Arcipelago Toscano e di Falterona-Campigna e Foreste Casentinesi, che sulla carta erano già stati istituiti, furono posti nelle condizioni di funzionare con un ente di gestione e di esistere permanentemente come parchi operanti.

Infine è confermato ed ampliato l'elenco delle aree protette marine (alla data odierna solo in parte realizzate) stabilito dall'art. 31 della legge sulla difesa del mare (legge 31 dicembre 1982, n. 979): risultano inadempienti, nell'attuazione delle previsioni legislative, i Governi che si sono succeduti in trent'anni e a colmare questa lacuna non può sottrarsi l'attuale Ministro della transizione ecologica.

6. Il superamento dei “Parchi di carta” - Il Delta del Po non è ancora parco nazionale

Come si è già avuto modo di rilevare¹, senza una legge che prevedesse una copertura finanziaria e una disciplina di organizzazione e di funzionamento ordinario con gli Enti parco non sarebbero mai potuti decollare (e così nei fatti accadde) i parchi nazionali previsti da due disposizioni, episodiche e disorganiche, velleitariamente anticipatrici della legge n. 394/1991, approvate nel 1988 e nel 1989. Esse, anzi, si rivelarono negative perché, dopo l'emanazione dei decreti ministeriali di istituzione, le perimetrazioni provvisorie non furono operative (né potevano esserlo) e per questo suscitarono delusioni là dove avevano alimentato aspettative ed attese concrete nelle popolazioni interessate.

¹ Cfr. l'opera «*Guida all'uso del Parco*», a cura di Gaetano Arciprete, *Acli Anni Verdi*, sotto gli auspici del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio, II edizione, Roma, Editoriale AESSE, 2001, pp. 201-203.

Per mutuare una efficace espressione di *Franco Tassi*, questi furono “parchi di carta” e praticamente restarono solo promesse di futuri parchi nazionali: infatti la loro effettiva, concreta, stabile realizzazione fu possibile solo con l’entrata in vigore della legge n. 394/1991 e con i successivi decreti del Presidente della Repubblica.

Le norme alle quali mi riferisco sono l’art. 18, lett. c. delle disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 1989) approvata con legge 11 marzo 1988, n. 67 e l’art. 10 della legge 28 agosto 1989, n. 305, programmazione triennale per la tutela dell’ambiente.

Con la disposizione di cui all’art. 18 della legge n. 67/1988 «in attesa dell’approvazione della legge-quadro sui parchi nazionali e sulle riserve naturali» si prevedeva l’istituzione – con le procedure di cui all’art. 5 della legge 8 luglio 1986 n. 349 – dei Parchi nazionali del Pollino, delle Dolomiti Bellunesi, dei Monti Sibillini e, d’intesa con la Regione Sardegna, del Parco marino di Orosei «nonché, d’intesa con le regioni interessate, di altri parchi nazionali e interregionali», applicandosi, per i parchi nazionali così istituiti, in quanto compatibili, le nuove norme vigenti per il Parco Nazionale d’Abruzzo, «in particolare per la redazione ed approvazione dei piani regolatori, per la redazione e l’approvazione dello statuto e per l’amministrazione e la gestione del parco».

Rileviamo, *per incidens*, che la dizione «piani regolatori» era del tutto impropria anche concettualmente perché un parco va disciplinato da uno strumento di pianificazione (il *piano per il parco*, secondo la legge n. 394/1991) che, come vedremo più avanti, ha una sua peculiarità e non ha natura urbanistica in quanto disciplina, oltre all’assetto urbanistico, anche la flora, la fauna e le emergenze geologiche.

L’art. 10 della legge n. 305/1989, «in attesa del finanziamento ordinario, da disporre con apposito provvedimento legislativo» autorizzava la spesa di 500 milioni per il solo anno 1989 destinata al “primo finanziamento” dei parchi delle Dolomiti Bellunesi, del Delta del Po, di Falterona, Campigna e Foreste Casentinesi, Arcipelago Toscano, Monti Sibillini, Pollino, Aspromonte e Golfo di Orosei richiamandosi, ancora una volta per la procedura di istituzione, all’art. 5 della legge n. 349/1986 e regolando la gestione provvisoria dei parchi testè indicati, «in attesa della legge-quadro», sulla base di uno statuto-tipo, adottato d’intesa con le regioni interessate ed approvato con decreto del Ministro dell’ambiente di concerto con il Ministro del tesoro.

La norma di cui all’art. 10 della legge n. 305/1989 – pur nella consapevolezza (rispetto all’art. 18 della legge finanziaria 1988) della imprescindibile necessità di una normativa organica che assicurasse, con un fi-

nanziamento “ordinario”, la continuità dei parchi stessi – persisteva nell’errore di una visione “provvisoria” che accendeva nuove illusioni e speranze, alle quali seguiva in sede locale un inevitabile senso di precarietà, di incertezza, di frustrazione e di insofferenza perché le enunciazioni non trovavano, né potevano trovare, concreti riscontri nella realtà.

Inoltre, per le procedure istitutive, la norma di cui all’art. 5 della legge n. 349/1986 – alla quale si richiamavano sia l’art. 18 della legge n. 67/1988 sia l’art. 10 della legge n. 305/1989 – non era utilizzabile e non poteva costituire un valido supporto normativo. Infatti il primo comma dell’art. 5 della legge n. 349/1986 si limita a stabilire che il Ministro dell’ambiente può «proporre l’individuazione» dei territori nei quali istituire riserve naturali e parchi di carattere interregionale con riferimento all’art. 83, comma 4, del D.P.R. n. 616/1977: il secondo comma trasferiva al Ministero dell’ambiente il potere di impartire agli enti autonomi e agli altri organismi di gestione dei parchi nazionali e delle riserve naturali statali le direttive necessarie al raggiungimento degli obiettivi scientifici, educativi e di protezione naturalistica verificandone l’osservanza; inoltre al Ministero dell’ambiente veniva attribuita la facoltà di proposta al Consiglio dei Ministri di norme generali di indirizzo e di coordinamento per la gestione delle aree protette di carattere regionale e locale.

È del tutto evidente che i poteri di individuazione e di direttiva, e così pure il trasferimento della vigilanza sulla gestione di quei parchi nazionali che in precedenza operavano nell’ambito del Ministero per l’Agricoltura e le Foreste, non potevano costituire strumento procedurale idoneo sotto il profilo giuridico-legislativo.

Ecco perché si può con sicurezza affermare che soltanto con la legge n. 394/1991 e con i successivi decreti del Presidente della Repubblica anche i Parchi nazionali delle Dolomiti Bellunesi, del Monte Falterona, Foreste Casentinesi e Campigna, dell’Arcipelago Toscano, dei Monti Sibillini, del Pollino hanno conseguito, per così dire, una certezza di *status* e un futuro, cessando di essere “parchi di carta” e in una condizione di precarietà.

Nonostante i limiti che abbiamo sin qui delineato, le disposizioni in argomento delle leggi n. 67/1998 e n. 305/1989 hanno il merito di aver riaffermato in sede parlamentare la potestà dello Stato di istituire nuovi parchi nazionali che il D.P.R. n. 616/1977 poteva sembrare aver cancellato.

7. Con l’applicazione del principio di «leale collaborazione» sono stati superati i conflitti tra Stato, Regioni ed Enti locali

Nella legge n. 394/1991 all’insegna del principio di «leale collaborazione» si sono superati i conflitti tra fautori del centralismo e sostenitori

del regionalismo che avevano contribuito a ritardare l'approvazione della legge medesima.

Negli anni Settanta del secolo scorso c'era chi riteneva che la disciplina dei parchi e delle riserve si inquadrasse nella competenza urbanistica regionale: così affermò *Ernesto Tuccari* illustrando l'art. 83 del D.P.R. n. 616/1977 sul trasferimento o sulla delega di funzioni statali alle Regioni² e, contemporaneamente, un altro Autore, *Giorgio Pastori*³, chiosando l'art. 66 dello stesso D.P.R. n. 616/1977, rilevava che gli interventi di protezione della natura, compresa l'istituzione di parchi e riserve naturali e la tutela delle zone umide, rientrerebbero nella materia «*Agricoltura e Foreste*». La contraddizione era palese.

Applicando rigorosamente il «principio di leale collaborazione» (o «cooperazione») fra Stato, Regioni ed Enti locali, affermato da costante giurisprudenza della Corte costituzionale, la legge n. 394/1991 ha superato le 34 effettive censure di presunta incostituzionalità sollevate in ricorsi (alla Corte predetta) dalla Provincia autonoma di Bolzano e dalla Regione Sardegna: così ha stabilito il Giudice delle leggi con la sentenza 9 luglio 1992 n. 366 (Corasaniti, Presidente - Baldassare, Estensore).

Le attività venatorie non possono essere esercitate all'interno di un Parco. Tuttavia esse sono consentite, per i soli cacciatori residenti nei Comuni del territorio, all'esterno della perimetrazione del parco, nelle così denominate «aree contigue», la cui definizione e statuizione (che non è decollata) compete alle Regioni d'intesa con gli organismi di gestione delle aree naturali protette e con gli enti locali interessati.

Inoltre sono ammessi prelievi faunistici e abbattimenti selettivi, quando l'ente parco eventualmente accerti che l'eccesso di selvatici all'interno del territorio protetto può comprometterne gli equilibri ecologici.

L'espressa derivazione della legge n. 394/91 dagli artt. 9 e 32 della Costituzione e l'affermazione costante del Giudice delle leggi della primarietà e assoluta insuscettibilità di subordinazione a qualsiasi altro interesse dei valori ambientali e culturali tutelati dalla Costituzione comporta, tra l'altro, che il *piano per il parco* (attraverso la *zonazione* esso stabilisce le diverse destinazioni e i gradi di tutela del territorio protetto) è sovraordinato agli altri strumenti di pianificazione.

² Cfr. l'opera collettanea di A. BARBERA e F. BASSANINI (a cura di), *I nuovi poteri delle regioni e degli enti locali. Commentario al decreto 616 di attuazione della legge 382*, Bologna, il Mulino, 1978.

³ Cfr. G. PASTORI, *I nuovi poteri delle regioni e degli enti locali. Commentario al decreto 616*, in A. BARBERA e F. BASSANINI (a cura di), *I nuovi poteri delle regioni e degli enti locali*, loc. cit., p. 105.

L'Ente parco ha personalità di diritto pubblico, ha sede nel territorio del parco, è sottoposto alla vigilanza del Ministero dell'Ambiente ed è (o meglio, era originariamente) formato da dodici componenti, poi ed ora ridotti a nove oltre al Presidente nominato dal Ministro dell'Ambiente d'intesa con i presidenti delle Regioni e delle Province autonome di Trento o Bolzano a seconda della competenza territoriale.

Tra le emergenze negative non possiamo sottacere che – per quanto si riferisce al Delta del Po nel Veneto e in Emilia Romagna – il testo legislativo originariamente proposto non è stato integralmente confermato nel corso del dibattito parlamentare. Infatti un emendamento, approvato al Senato, ha escluso dall'elenco dei Parchi nazionali terrestri il Delta del Po, la cui sorte è stata affidata ad una futura intesa delle Regioni Emilia Romagna e Veneto tra le stesse e con lo Stato: intesa che non è mai intervenuta benché si tratti della più vasta zona umida italiana inclusa da *Unesco* nel progetto MAB, comparabile, per rilevanza naturalistica, ecosistemi e biodiversità, alle foci del Danubio in Romania, del Guadalquivir in Spagna e del Rodano in Francia dove la preservazione dei valori naturalistici e paesaggistici è perseguita e convive con un turismo ricco e nel contempo correttamente disciplinato e rispettoso del patrimonio da conservare.

Inoltre, nella discussione parlamentare incontrò l'opposizione istituzionale (che prevalse) del Ministero dell'Agricoltura e delle Foreste la dipendenza non solo funzionale ma anche gerarchica, in capo alla direzione del Parco, dei forestali preposti alla sorveglianza.

Infine, in materia di nulla osta del Parco per attività, interventi ed opere all'interno della perimetrazione dell'area protetta, la previsione originaria del silenzio-rifiuto fu sostituita, tra contrasti, dal silenzio-assenso, con la conseguenza che, nel caso di eventuali affollamenti nella presentazione di progetti, anche di natura invasiva e lesiva, uno o più degli interventi ottengono l'approvazione tacita nel caso di mancato perfezionamento dell'istruttoria dell'Ente parco entro il termine prestabilito.

8. I commenti in Italia e all'estero sulla legge n. 394/1991

La legge n. 394/1991 fu esaminata, discussa e approvata nelle competenti Commissioni permanenti di merito della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica in sede legislativa e il provvedimento transitò per l'Aula del Parlamento solo per i voti finali.

Durante la prima approvazione, avvenuta nella seduta della Commissione Ambiente e Lavori Pubblici della Camera dei Deputati il 4 ottobre 1991 (per i cattolici, non a caso, nel giorno anniversario della nascita di Francesco d'Assisi, patrono dell'Ecologia) il ministro dell'ambiente del

tempo, il senatore professor *Giorgio Ruffolo* volle essere presente e nel suo intervento definì «storico» l'evento perché dall'istituzione del Regno d'Italia era attesa una normativa che disciplinasse, unitariamente e organicamente, una materia così importante per la conservazione degli ecosistemi, della biodiversità e per le nuove attività lavorative nelle strutture degli enti di gestione e nell'indotto del turismo naturalistico. Una ricerca del 1990 della Società di Studi Economici *Nomisma*, di cui il Professor *Romano Prodi* era Presidente del Comitato scientifico, dimostrò la ricaduta positiva sull'economia locale del Parco Nazionale d'Abruzzo, Lazio e Molise.

Valutazione positiva sulla legge espresse l'onorevole professor *Piero Angelini*, sottosegretario di Stato al Ministero dell'Ambiente, che durante l'intero iter, accidentato e denso di insidie, della discussione parlamentare, era intervenuto spesso con decisiva efficacia riuscendo a superare gli ostacoli che di tanto in tanto venivano frapposti da varie parti.

Per il costituzionalista professor *Giampiero Di Plinio*, che dedicò e dedica un vasto impegno agli aspetti giuspubblicistici della protezione della natura, la legge n. 394/1991 rappresenta la più valida normativa sulle aree protette a livello planetario, per il compianto botanico professor *Francesco Corbetta* la legge «si sta rivelando la più importante conquista in campo ambientale conseguita dal nostro Paese in questo scorcio di secolo»; lo storico americano *James Sievert*, autore di un'importante monografia sulle origini della conservazione della natura in Italia, così si espresse: «Act 394 is one of Europe's most advanced laws for regulating nature reserves» (la legge n. 394 è una delle più avanzate normative europee per la conservazione della natura). Nel 1994 OCSE, l'Organizzazione Mondiale per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico, ebbe a manifestare un pieno apprezzamento per le leggi italiane n. 394/1991 sulle aree protette e n. 157/1992 sulla disciplina della caccia, affermando: «The Framework Law on Protected Areas, in 1991, and the Law on Hunting, in 1992, have given fresh impetus to nature conservation. Together, these two laws provide Italy with a very modern concept of nature protection»⁴ («l'impostazione strutturale della legge sulle aree protette del 1991 e quella sulla caccia del 1992 hanno impresso uno slancio impetuosamente fresco alla conservazione della natura. Insieme queste due leggi hanno dotato l'Italia di una modernissima concezione della protezione della natura»).

9. Principali modifiche alla legge n. 394/1991

Dopo l'approvazione nel 1991 della legge n. 394, in più occasioni pubbliche ed in particolare in un'intervista al giornalista *Valter Giuliano*

⁴ Cfr. OECD, *Environmental Performance Reviews: Italy, 1994*, Paris, 1994.

sul periodico *Parchi*⁵ del quale era direttore, lo scrivente ebbe a prevedere che i tentativi di scardinare l'impianto normativo si sarebbero reiterati più volte perché la legge era in anticipo sui tempi per il livello generale, culturale ed etico-politico, della nostra classe dirigente e delle nostre comunità (dimostrato, ad esempio, dalla diffusa aspirazione a condoni edilizi-urbanistici o dall'accettazione dell'inquinamento di Città tra le più affascinanti del mondo come Venezia, Mantova, Ravenna e Ferrara), salvo i dissensi di alcune frange, minoritarie nella società, di validi appartenenti ad associazioni di tutela e a eroici comitati locali formati e sostenuti economicamente da cittadini con i propri risparmi.

E, infatti, a più riprese, non sono mancati gli assalti all'integrità della legge n. 394/1991: alcuni sono andati a segno come l'abolizione del Comitato Stato-Regioni e della Consulta Tecnica per le Aree Naturali Protette che in dieci anni di vita aveva svolto un'attività consultiva intensa e preziosa indirizzando al Ministro dell'Ambiente di turno anche pareri di propria iniziativa che erano normativamente consentiti ma forse furono talvolta più subiti che graditi; così anche, per quanto riguarda le modalità per la nomina del Direttore del Parco che nel testo inizialmente proposto doveva avvenire per titoli ed esami, mentre poi è rimasta la procedura concorsuale per soli titoli e il direttore è scelto in una rosa di tre candidati proposti dal Consiglio direttivo tra soggetti iscritti all'Albo degli idonei alla Direzione.

Altri tentativi di travolgere la legge, più penetranti e invasivi, sono invece rientrati. Auspice *Desideria Pasolini Dall'Onda* che fu tra i soci fondatori di Italia Nostra, una delegazione (di cui lo scrivente faceva parte) si incontrò con il Presidente della Repubblica *Carlo Azeglio Ciampi* per sventare una manovra volta ad autorizzare l'esercizio della caccia nei Parchi che, oltre alla contraddizione intrinseca di attività venatorie in un ambito territoriale destinato alla salvaguardia e alla conservazione della fauna selvatica, avrebbe infranto le Convenzioni Internazionali sulla difesa della fauna selvatica medesima e delle zone umide, sottoscritte anche dallo Stato italiano: il che avrebbe esposto l'Italia a una grave censura internazionale.

L'offensiva più insidiosa di una parte della società politica prese corpo nel 2016 quando il disegno di legge di un senatore fu approvato in prima lettura dal Senato ma poi non ebbe seguito per l'iniziativa apprezzabile di *Giorgio Boscagli* e di *Francesco Mezzatesta*, che costituirono il c.d. *Gruppo dei Trenta*, autore di un appello, allarmato e documentato, alle istituzioni, a cominciare dal Parlamento e dal Governo, tramite le associazioni di protezione ambientale e il periodico OASIS che riuscì a bloccare

⁵ Cfr. n. 52/2007, pp. 36-40.

una serie di proposte che miravano – ad esempio – a compensare con *royalties* agli Enti parco l'invasione di attività degradanti per l'ambiente e la salute o ad inserire rappresentanti di associazioni di categorie economiche nei consigli direttivi dei parchi nazionali a scapito della presenza di qualificati esperti designati dalla comunità scientifica e dall'azionismo naturalistico e chiedendo che i Presidenti non venissero scelti tra adepti dei partiti politici come tali ma tra persone specificamente competenti, esperte e indipendenti.

Più recentemente, in positivo si può registrare che in un provvedimento del 19 maggio 2020 sono state approvate procedure più semplici, più veloci e meno macchinose per la nomina dei presidenti e dei consiglieri dei Parchi nazionali e si è introdotta la parità di genere nei consigli direttivi.

Inoltre per i Parchi nazionali sono state istituite le c.d. Zone Economiche Ambientali (Z.E.A.) nelle quali si prevedono agevolazioni e vantaggi fiscali per i soggetti privati che intendano avviare nella zona consentita del parco attività imprenditoriali ecosostenibili come quelle di guide escursionistiche ambientali e di guide del parco (riconosciute). La doglianza, che è stata opportunamente sollevata, riguarda l'esclusione dei parchi regionali dal beneficio particolare delle Z.E.A.

I benefici anzidetti si aggiungono a quelli che già la legge n. 394/1991 aveva apprestato con l'art. 7 assicurando la precedenza nei finanziamenti pubblici di una serie di opere a favore dei Comuni e Province ricadenti nel territorio del parco.

Gianluigi Ceruti**

SINTESI

L'Autore riassume in questa relazione le vicende che hanno reso possibile l'approvazione della legge quadro istitutiva dei Parchi nazionali italiani.

L'Autore, che è stato uno dei primi fautori della legge e il principale protagonista delle battaglie condotte per la sua approvazione, sottolinea giustamente il grande risultato ottenuto in Italia quando pochi credevano in un esito positivo delle battaglie medesime.

Nel testo vengono altresì ricordati gli interventi importantissimi dei naturalisti e degli studiosi che hanno contribuito al successo dell'impresa.

** Avvocato / Foro di Rovigo

ABSTRACT

The Author summarizes in this report the events that made it possible to approve the framework law establishing the Italian National Parks.

The Author, who was one of the first proponents of the law and the main protagonist of the battles waged for its approval, rightly emphasizes the great result obtained in Italy when few believed in a positive outcome of the same battles.

The text also mentions the very important interventions of the naturalists and scholars who contributed to the success of the company.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Parchi e Aree Naturali Protette*, a cura di Giovanni Cordini, Padova, 2000
- AA.VV. *L'avevamo detto*, a cura di Graziano Ramina e Riccardo Ceruti, Vicenza, ed. Agorà Factory, 2019
- AGLIATA - CINGOLANI - FERRARETTO, (a cura di), *Progetto Ambiente, la progettazione ambientale e gli interventi nelle aree naturali protette*, Roma, 1998
- ALIBRANDI - FERRI, *I beni culturali ed ambientali*, Milano, 1978
- AMENDOLA (a cura di), *Lezioni di legislazione ambientale*, Rimini, 1986
- ARCIPRETE (a cura di), *Guida all'uso del parco*, Acli Anni Verdi e Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio, seconda edizione, Roma, editoriale Aesse, 2001
- BARBERA - BASSANINI (a cura di), *I nuovi poteri delle regioni e degli enti locali. Commentario al decreto 616 di attuazione della legge 382*. Bologna, 1978
- BENVENUTI - PAVAN, *Riserve naturali italiane*, Como, 1971
- CAPACCIOLI - SATTA, *Commento al D.P.R. 616/77*, Milano, 1980
- CARAVITA, *Diritto Pubblico dell'Ambiente*, Bologna, 1990
- CASSOLA F., *La conservazione della natura in Italia: situazione legislativa e aspetti Giurisprudenziali*, in Atti del III Simposio Nazionale sulla Conservazione della Natura, Bari, 1973, I, p. 243, p. 261
- CASSOLA F., *Parchi nazionali e regioni. Contributo alla soluzione di un problema aperto*, in Atti del IV Simposio Nazionale sulla Conservazione della Natura. Bari, II, 1974, pp. 177-93
- CASSOLA F., *Battaglie giudiziarie per il Parco nazionale d'Abruzzo, alcuni aspetti giuridici della conservazione della natura nei parchi nazionali*. Ente autonomo Parco nazionale d'Abruzzo, Studi per la conservazione della natura, n. 1, Roma, 1976
- CASSOLA F., *Conflitti di pubbliche competenze nei parchi nazionali, alcuni esempi significativi del parco nazionale d'Abruzzo*, in Atti del V Simposio Nazionale per la Conservazione della Natura, Bari, 1977, I, pp. 249-81
- CASSOLA F., *Parchi e riserve naturali: problemi giuridico-istituzionali*, in Atti del Convegno nazionale Strategia '80 per i parchi e le riserve d'Italia, Università degli Studi, collana L'uomo e l'ambiente, Camerino, 1983, 4, pp. 33-48

- CASSOLA F., *Le proposte di legge-quadro per i parchi nazionali, il caso del Parco nazionale del Gran Paradiso*, estratto dagli Atti del Convegno Parchi e popolazioni locali, Aosta, 1985 (a)
- CASSOLA F., *Parchi e aree protette regionali, provinciali, locali e di altri enti*, in *Parchi e aree protette in Italia*, Atti dei Convegni Lincei n. 66, Roma, 1985 (b), pp. 121-166
- CENCINI, *La politica dei parchi nel nuovo Sud Africa: dall'apartheid ecologica alla democrazia della conservazione*, in "Terra d'Africa", VII, Milano, Editoriale Unicopli, 1998
- CERUTI G., *Aree naturali protette*, Rozzano-Milano, Editoriale Domus, 1996
- CERUTI G., *Ma gli italiani amano il paesaggio?*, Bassano del Grappa, 2015
- CORBETTA, *I movimenti portatori di interessi ambientali*, in Atti dei Convegni Lincei, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1986, p. 115 ss.
- CORDINI, (a cura di) *Parchi e aree naturali protette. Ordinamenti e gestione*, Padova, Cedam, 2000
- CRISAFULLI - PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990
- DACLON, *La politica delle aree protette*, Rimini, 1990
- DESIDERI - GRAZIANI, (a cura di), *I Parchi nazionali. Problemi giuridici e istituzionali*, Istituto di Studi sulle Regioni, 17, Milano, Giuffrè, 1998
- DI PLINIO, *Diritto pubblico dell'ambiente e aree naturali protette*, Torino, Utet, 1994
- GAMBINO, *I parchi naturali: problemi ed esperienze di pianificazione nel contesto ambientale*, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1991
- GAMBINO, *I parchi naturali europei. Dal piano alla gestione*, Urbino, La Nuova Italia Scientifica, 1994
- GRAZIANI, (a cura di), *Parchi nazionali e Regioni. Materiali per la Legge-Quadro*, Editrice Monteverde, Roma, 1981
- FERRI, *Parchi*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXI, Milano, 1981, 623 ss.
- FIORITTO, *Parchi nazionali e regionali*, Roma, 1981
- FUZIO, *I nuovi beni paesistici. Manuale di tutela del paesaggio*, Rimini, 1990
- GILLIERON, *Le Parc National Suisse*, Lausanne-Paris, 1996
- GUGLIELMETTI, *Gestione e ordinamento delle aree naturali protette in Svezia*, in *Parchi e aree naturali protette*, a cura di Giovanni Cordini, Padova, Cedam
- HARROY - TASSI - PRATESI - PEDROTTI, *Les Parcs Nationaux*, ed. La Grange-Bateliere, 1975
- HARROY, *Historie et importance des réserves naturelles dans le monde*, L'uomo e l'ambiente, pp. 11-26, Camelin, 1983
- I.U.C.N., *Tenth General Assembly*, II, Morges, 1970
- I.U.C.N., *Second World Conference on National Parks*, Morges, 1974
- I.U.C.N., *World conservation strategy: living resource conservation for sustainable development*, Gland, 1975
- LACHAUX, *Les parcs nationaux*, Presses Universitaires de France, Parigi, 1980
- LIMITI (a cura di), *Ricerca sui beni culturali*, Camera dei Deputati, I, Roma, 1975

- MADDALENA, *Danno pubblico ambientale*, Rimini, 1990
- MELI, *La conservazione della natura nella legislazione regionale*, Milano, 1986, p. 7
- MOSCHINI, *La legge quadro sui parchi. I nuovi compiti dello Stato, delle regioni e degli enti locali. Commento alla legge 6 dicembre 1991, n. 394*, Rimini, 1992, p. 71
- MOSCHINI, *Parchi al bivio*, Quaderno del Giornale dei Parchi, Forlì, 2002
- NATIONAL PARK SERVICE, *First World Conference on National Parks*, Washington, 1964
- NICCOLINI, *Parco Nazionale d'Abruzzo: un modello aziendale e manageriale di parco naturale. L'Ente Parco tra pubblica amministrazione ed azienda no profit*, Roma, 1998
- NOMISMA - WWF ITALIA, *Parco Naturale ed economia locale*, Bologna, 1990
- OSTI, *La natura in vetrina*, Milano, 1992
- PALADIN, *Diritto regionale*, Padova, 1992
- PARCO NAZIONALE D'ABRUZZO, *La pianificazione del Parco Nazionale d'Abruzzo*, dossier "Natura Protetta", 1999
- PASTORI, in AA.VV. *I nuovi poteri delle regioni e degli enti locali. Commentario al decreto 616 di attuazione della legge 382*, a cura di Augusto Barbera e Franco Bassanini, Bologna, 1978, p. 405 ss.
- PEDROTTI, (a cura di), *La società Botanica italiana per la protezione della natura (1988-1990)*, Camerino, 1992
- PEDROTTI, (a cura di) *I parchi nazionali nel pensiero di Renzo Videsott*, L'uomo e l'ambiente, Camerino, 1996
- PEDROTTI, *Il fervore dei pochi*, Temi, Trento, 1998
- PEPE, *Gestione e ordinamento delle aree naturali protette in Canada*, in *Parchi e aree naturali protette*, a cura di Giovanni Cordini, Cedam, Padova, 2000
- PICCIONI, *Il volto amato della patria. Sul primo movimento italiano per la tutela della natura (1883-1934)*, Camerino, 1999
- PICCIONI, *La natura come posta in gioco. La dialettica tutela ambientale-sviluppo turistico nella storia della "regione dei parchi"*, in *Storia dei Parchi. Le regioni*, a cura di Massimo Costantini e Costantino Felice, Torino, Einaudi, 2000, pp. 921-1074
- POSTIGLIONE, *Il diritto dell'ambiente*, Napoli, 1981
- POSTIGLIONE, *Manuale dell'ambiente*, Roma, 1984
- POSTIGLIONE - PIRRO, *The governance of Parks and protected areas in Australia*, in *Parchi e aree naturali protette*, a cura di Giovanni Cordini, Padova, Cedam, 2000
- PREDIERI, *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969
- SAINI, relazione svolta nel corso del simposio internazionale "Camerino 2000. Millennium Parks", Camerino, 2000
- SALMI, *Diritto dell'ambiente*, Milano, 1989
- SANDULLI A. M., *Natura ed effetti dell'imposizione di vincoli paesistici*, Atti del Convegno di studi giuridici sulla tutela del paesaggio. Sanremo 8-10 dicembre 1961, Milano, 1963
- SERRANI, *La disciplina normativa dei parchi nazionali*, Milano, 1971
- SERRANI, *Parchi naturali e regioni ordinarie*, Milano, 1976

-
- SIEVERT, *The origins of nature conservation in Italy*, Berna, Peter Lang, 2000.
- TASSI, *Parchi nazionali*, Italia Nostra Educazione, Firenze, Nuova Italia, 1979
- TUCCARI, in AA.VV., *I nuovi poteri delle regioni e degli enti locali. Commentario al decreto 616 di attuazione della legge 382*, a cura di Augusto Barbera e Franco Bassanini, Bologna, 1978, p. 464 ss.
- VALDRÈ - PRANZINI (a cura di), *La gestione dei parchi e delle aree protette*, Roma, 1991
- VIOLA, (a cura di), *Pianificazione e gestione di parchi naturali*, Milano, 1988.

**LE LEGGI SONO FATTE PER L'UOMO,
MA NON BASTA ALL'UOMO RISPETTARE LE LEGGI
PER COMPORTARSI DA UOMO***

Il complesso tema del rapporto tra Etica e Legalità è al centro del dibattito politico mondiale da quando si è con tutta evidenza riscontrato come molti dei comportamenti che hanno contribuito a generare e ad accrescere la crisi finanziaria mondiale del 2008 fossero in gran parte legittimi, e quindi rispettosi del canone della Legalità, ma fortemente scorretti, e quindi non rispettosi dei canoni dell'Etica.

Questo ci fa capire come questo Convegno dell'UCITecnici non stia affrontando temi astratti, benché centrali per determinare il *modus vivendi* di ognuno di noi, ma questioni estremamente concrete per determinare le scelte politiche nazionali ed internazionali, al centro dell'Agenda del G8 di L'Aquila e del G20 di Pittsburgh (2009). Dell'attualità del Convegno va dato grande merito al Presidente dell'UCITecnici, Prof. Pietro Samperi, e al Presidente della Sezione Romana, Arch. Annalisa Ciarcelluti, con i quali desidero complimentarmi pubblicamente.

Ma torniamo al nucleo del problema. La discrasia tra Etica e Legalità si è storicamente creata per la loro intrinseca diversa velocità di adattamento all'evolversi della realtà quotidiana. Mentre un adeguamento normativo richiede tempi considerevoli, l'Etica è per sua natura più veloce nel valutare il merito di ogni novità, dovendo porre nel quotidiano i nostri comportamenti allo scrutinio della nostra coscienza. Soprattutto negli ultimi decenni, a fronte del verificarsi di scoperte scientifiche e di salti tecno-

* Testo di base dell'intervento presentato all'Incontro-dibattito su «Etica e Legalità», promosso dall'UCITecnici, tenutosi a Roma il 9 ottobre 2009, Palazzo dei Canonici, Piazza San Giovanni in Laterano, 4.

logici epocali, sempre più spesso le norme di legge non sono riuscite a tenere il passo dei tempi per cui il mero rispetto della Legalità non è stato più sufficiente ad escludere comportamenti scorretti.

Più di recente, la discrasia tra Etica e Legalità si è ulteriormente ampliata per l'affacciarsi alle sfere decisionali di soggetti provenienti da religioni e culture sempre più diverse, che hanno significativamente incrinato quell'unità sostanziale dell'Etica che ha caratterizzato il mondo occidentale fino alla Seconda Guerra Mondiale. Dalla non-violenza di Gandhi, per citare aspetti positivi, fino all'aberrazione dei *kamikaze*, dapprima giapponesi e oggi – purtroppo – sempre più frequenti, si sono sviluppate differenze così profonde a livello di Etica che quest'ultima ha perso rilievo rispetto alla predominanza della Legalità.

La crisi economica del 1998 ci ha consegnato una certezza: laddove l'obiettivo del mero rispetto della Legalità diviene più sentito rispetto agli imperativi categorici morali impostici dall'Etica, e dove ancor peggio si allarga a dismisura il solco tra i limiti imposti dalla Legalità e quelli imposti dall'Etica, lì insorge una crisi profonda perché non bisogna mai dimenticare che *le leggi sono fatte per l'Uomo, ma non basta all'Uomo rispettare le leggi per comportarsi da Uomo* («*Il sabato è stato fatto per l'uomo e non l'uomo per il sabato! Perciò il Figlio dell'uomo è Signore anche del sabato*»¹). A noi tecnici, a noi giuristi, spetta dunque il compito di dare peso all'Etica, per imporre il principio che sia inaccettabile per la comunità, e quindi di riflesso anche per l'ordinamento giuridico, quel comportamento che formalmente rispetta tutte le leggi, e quindi sorpassa lo scrutinio della Legalità, ma viola lo spirito delle leggi stesse e del comune sentire, e quindi non supera lo scoglio dello scrutinio dell'Etica.

Un recente studio promosso da UBS, una delle banche più colpite dalla crisi, ha analizzato la differenza tra Ethos ed Etica, definendo l'Ethos come quel complesso di comportamenti e valori individuali che, per quanto nobili, non possono essere imposti come principi della collettività, e definendo invece l'Etica come quel complesso di comportamenti e valori che hanno acquisito un riconoscimento ed un rispetto a livello mondiale, per cui devono in qualche modo essere imposti a tutti, anche se esorbitanti rispetto al mero rispetto della Legalità.

Le varie culture giuridiche mostrano vari esempi di come il diritto possa superare il principio di Legalità in senso stretto, ponendo l'asticella ben oltre quest'ultimo fin quasi a raggiungere i livelli dell'Etica, attraverso "Norme Obiettivo" che sanzionano qualsiasi strumento diretto a violare l'obiettivo protetto dal legislatore indipendentemente dalle forme in cui

¹ Dal *Vangelo* secondo Marco, 2, 27-28.

suddetta violazione venga a manifestarsi. Nel diritto fiscale italiano, a differenza della maggior parte dei Paesi del mondo, vige il principio che il rispetto formale di tutte le leggi non esclude che una pianificazione fiscale possa essere ritenuta illegittima e quindi sanzionata. Nel processo statunitense, le prerogative del giudice sono talmente ampie per cui i comportamenti formalmente leciti delle parti possono pur sempre essere sanzionati come ostruzionistici nei confronti della giustizia o offensivi nei confronti della Corte. Nei Paesi di *common law*, la stessa accusa ha ampia libertà nel perseguire o meno atti in violazione di legge, così legittimando una valutazione etica degli stessi che prescindono dal fatto in sé ma lo valuta in relazione al soggetto che lo ha commesso.

Da queste brevi riflessioni, possiamo trarre le seguenti conclusioni:

1. È indispensabile ridurre il solco tra Etica e Legalità, perché la legittimazione o la mancata sanzione di comportamenti contrari all'Etica ma formalmente rispettosi della legge mina alle radici la sostenibilità della convivenza sociale. Citando il titolo di questo intervento, «*le leggi sono fatte per l'Uomo, ma non basta all'Uomo rispettare le leggi per comportarsi da Uomo*».

2. È indispensabile realizzare un “*galateo dell'etica*”, un dizionario di quei principi etici universalmente riconosciuti, ed inserire negli ordinamenti giuridici una norma che renda automaticamente illegale un comportamento, seppur formalmente rispettoso delle singole leggi, che sia contrario a questo galateo riconosciuto dall'Etica.

3. In tale ottica, ben venga la distinzione tra Ethos ed Etica, stando bene attenti a non appiattirci tutti sul comune divisore delle singole culture, ma con l'auspicio che questa Etica globale possa continuamente alzare la propria asticella. Del resto, non si potrà mai far rientrare l'Etica all'interno dei vincoli della Legalità se non si riesce in qualche modo ad oggettivarla attraverso una delimitazione dei propri confini.

4. È indispensabile incrementare la discrezionalità del giudice, riconoscendogli il potere di prescindere dal rispetto di rigorose previsioni normative e di valutare l'intera fattispecie nel quadro di una Norma Obiettivo. È per questa flessibilità che, nel momento della crisi, la giustizia anglosassone ha stravinto il confronto con quella europea tradizionale, con Bernie Madoff in carcere e Calisto Tanzi libero nella sua villa, con i *manager* dell'ENRON arrestati e privati dei loro illeciti guadagni ed i truffatori italiani ed europei non adeguatamente puniti.

Concludo con un augurio all'Italia e a noi Italiani! Nonostante una magistratura purtroppo in larghe aree allo sbando, che ha perso ogni senso di equilibrio rispetto alla durata dei processi, dobbiamo mantenere la no-

stra fiducia nei singoli giudici, nella consapevolezza che una giustizia migliore non possa prescindere da una maggiore discrezionalità degli uomini ai quali è affidata l'amministrazione della giustizia, per permettere loro di valutare il rispetto sostanziale dei principi di Etica comune, alzando l'asticella e se del caso persino ignorando il più arido rispetto del canone della mera Legalità: *«Il sabato è stato fatto per l'uomo e non l'uomo per il sabato! Perciò il Figlio dell'uomo è Signore anche del sabato».*

Nicola A. Paglietti**

** Avvocato / Foro di Roma e Foro di New York

RECENSIONI

Raffaele Cantone - Nicoletta Parisi, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la vita di relazione internazionale - L'esperienza innovativa di ANAC dal 2014 al 2020*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, pp. XVI-232, € 34,00

In Italia i controlli preventivi interni sull'attività della Pubblica Amministrazione (PA) non sono mai stati graditi e, quindi, mai effettuati.

Ciò è dimostrato dal Rapporto ufficiale del Governo italiano per la presentazione della proposta di legge che diventerà la legge "anticorruzione" n. 190/2012 istitutiva dell'ANAC, nel quale si legge: «*i controlli interni non sono mai stati ritenuti utili*». È noto, in effetti, come la burocrazia sia in grado di rendere difficoltosi o nulli i controlli interni all'uopo istituiti.

In Italia, l'unica forma di controllo sull'attività illecita all'interno della PA che ha dato risultati efficaci è stata quella esercitata dalla magistratura penale che interviene però dopo i fatti e non è in grado, pertanto, di prevenire i danni. Con il tempo, all'azione della magistratura penale, quale massima possibile reazione nei confronti delle condotte illecite perpetrabili nell'ambito della PA, si è affiancata quella di un organo che potesse agire preventivamente sui comportamenti illeciti all'interno della PA medesima. Ciò ha portato alla creazione, come appena anticipato, dell'ANAC, ovvero dell'Autorità Nazionale Anticorruzione.

L'utilità di un sistema basato sull'abbinamento di controlli interni ed esterni per rendere possibile il buon funzionamento della PA è ben illustrato nel volume qui recensito.

Il volume, edito dalle Edizioni Scientifiche Italiane, è stato scritto a quattro mani da due componenti del Primo Consiglio ANAC, il suo Presidente, Raffaele Cantone, e uno dei quattro Consiglieri, Nicoletta Parisi.

Il volume tratta dell'attività svolta dall'Autorità nel corso dei sei anni del primo mandato nell'ambito delle relazioni internazionali intrattenute.

L'opera è articolata in sei capitoli e corredata di una prefazione di Gianluca Esposito, all'epoca Segretario esecutivo del "Gruppo di Stati contro la Corruzione GRECO" del Consiglio d'Europa, nonché da un allegato relativo alle intese bi-multilaterali stipulate da ANAC con enti stranieri e internazionali.

Il primo capitolo dà conto della genesi e delle competenze che l'ordinamento italiano ha assegnato ad ANAC e consente al lettore di familiarizzare con l'Autorità comprendendo anche cosa significhi svolgere attività di contrasto alla corruzione tramite la leva della prevenzione.

Il secondo e il terzo capitolo sono dedicati alla individuazione della base giuridica di diritto interno italiano e internazionale che fonda la competenza di ANAC a intervenire nella vita di relazione internazionale e alla rispondenza di essa al modello di autorità nazionale di prevenzione della corruzione dotata di indipendenza e neutralità nell'ambito dell'ordinamento domestico.

Il quarto capitolo tipicizza le attività svolte da ANAC nell'ordinamento internazionale. Anzitutto affronta questioni di portata generale individuando le modalità di esercizio di tali attività e le diverse loro tipologie. Si distingue così fra collaborazione su un piano bilaterale, entro i contesti intergovernativi multilaterali, nel quadro dell'Unione europea e collaborazione con le organizzazioni internazionali non governative.

Una particolare attenzione è rivolta alla stipulazione di intese, che fissano l'esercizio delle c.d. «attività di mero rilievo internazionale» autorizzate da norme di portata costituzionale (quale l'art. 117.9) e di portata legislativa (l. n. 241/1990 e n. 131/2003). Si segnala come l'attività svolta in ambito comunitario risulti profondamente differente rispetto a quella intrattenuta con altre organizzazioni intergovernative a motivo del rapporto di integrazione fra ordinamenti che nel primo caso si instaura. Tale diverso scopo comporta che il contributo che ANAC offre in questo contesto giuridico non possa essere assimilato a una relazione di tipo diplomatico, bensì paragonabile a quello interorganico in senso lato.

Dalle cinque sezioni in cui è suddiviso il capitolo quarto si ricava il contributo che l'Autorità ha dato affinché si affermasse nel contesto delle

relazioni internazionali la valutazione virtuosa del sistema italiano di prevenzione della corruzione, come emerge dai tanti esercizi di *peer review* che nel libro stesso si riportano.

Il capitolo quinto dedica attenzione alle benefiche ricadute interne di quest'attività di rilievo internazionale svolta da ANAC, tanto nella fase della formazione delle norme internazionali, quanto nella fase dell'adozione delle norme interne del loro adempimento.

Infine, il sesto capitolo trae qualche conclusione in relazione all'effettività e all'efficacia dell'azione dell'Autorità, che ha anche svolto in talune specifiche occasioni un ruolo proattivo.

Il volume si rivela, dunque, non soltanto ricco di informazioni probabilmente sconosciute ai più perché non oggetto di comunicazione quotidiana, ma anche assai interessante perché individua le modalità di costruzione progressiva di un sistema di lavoro non previsto puntualmente dalle norme giuridiche italiane e internazionali. Si è trattato, in effetti, di un sistema di lavoro nato giorno per giorno, delineato in via di prassi a fronte delle singole esigenze che volta a volta si manifestavano, testato "sul campo" e ben valutato nella propria congruenza con i principi del nostro ordinamento che, come noto, si informa a una grande apertura per la vita di relazione internazionale.

Enrica Adobati

Fausto Capelli, *Evoluzione splendori e decadenza delle direttive comunitarie - Impatto della direttiva Ce n. 2006/123 in materia di servizi: il caso delle concessioni balneari*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, pp. 172, € 15,00*

Si riporta l'*Avvertenza* dell'Autore riportata a pag. 13 del volume.

«Nella prima parte del libro vengono sottoposte ad una valutazione critica le sentenze della Corte di giustizia sulla portata e sull'efficacia delle direttive comunitarie, la cui evoluzione viene analizzata seguendo il

* *In Memoria*. L'Autore e l'Editore dedicano questo libro alla memoria del PROF. GIUSEPPE TESAURO in segno di riconoscimento e di ringraziamento per i Suoi fondamentali contributi all'approfondimento del diritto dell'Unione europea, come studioso e Professore universitario e alla sua affermazione in Italia e in Europa come Avvocato Generale della Corte di giustizia, Presidente dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato nonché come Giudice e Presidente della Corte costituzionale italiana.

La Sua amicizia della quale ci ha onorato in vita continuerà a vivere come duraturo ricordo nella nostra memoria. Milano - Napoli, 6 luglio 2021. Fausto Capelli - Mario De Dominicis.

percorso della giurisprudenza pronunciata dalla Corte a partire dai primi anni '70 del secolo scorso fino ai giorni nostri.

Il titolo della prima parte fa riferimento ai “difetti della giurisprudenza”¹ per significare che, nel corso di quarant’anni, la giurisprudenza della Corte di giustizia è stata influenzata da motivi di carattere politico che ancora oggi continuano ad incidere sulle sue decisioni.

Al termine della prima parte del libro vengono pertanto svolte alcune considerazioni che intendono contribuire all’attività di ricerca di rimedi adeguati in grado di ovviare agli inconvenienti che tuttora perdurano.

La seconda parte del libro è invece dedicata alla direttiva Ce n. 2006/123 sui servizi, la cosiddetta direttiva Bolkestein, e rappresenta una critica frontale e radicale contro la pretesa di applicare tale direttiva alle concessioni balneari.

Tale critica è sviluppata nel Capitolo II della seconda parte del libro che è redatto in modo semplice prestandosi ad un’agevole lettura».

Lettera-recensione dell’Editore

L’Editore non dovrebbe mai azzardarsi a commentare personalmente i libri che pubblica, per i più diversi motivi, il primo dei quali, rappresentato dal conflitto di interessi, è sufficiente per rendere superflua l’elencazione di tutti gli altri.

Il libro di cui Le accludo alcune copie potrebbe forse giustificare un’eccezione, da motivare però con ironia per rendere più accettabili gli argomenti che la sostengono.

Credevo di essere ormai a conoscenza di tutti i difetti che connotano le segrete aspirazioni dell’amico *Fausto Capelli*, dati i rapporti professionali che ci legano da moltissimi anni, ma mi sono dovuto ricredere dopo aver letto il libro qui allegato.

Il saggio introduttivo di questo libro, che ne costituisce la prima parte, dedicato all’evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia in

¹ Il titolo della prima parte del libro si ispira a quello della celebre opera di Ludovico Antonio Muratori (1672-1750) *“Dei difetti della giurisprudenza”* (Venezia, editore Giambattista Pasquali, 1742) unicamente per un aspetto.

Come è noto L. A. Muratori lamentava che le decisioni giurisprudenziali, pronunciate nel corso del tempo, avessero alterato il significato originario delle norme romane del *Corpus iuris civilis*, incoraggiando un indirizzo diverso da quello autentico. La stessa critica viene sollevata nella prima parte di questo libro per sostenere che la giurisprudenza della Corte di giustizia si è discostata dall’indirizzo originario fissato dalle norme del Trattato di Roma. E, come dice Aristotele nel *“Trattato sul cielo”*, *«Il discostarsi in partenza, anche di poco, dalla vera origine, si moltiplica all’infinito, via via che si procede».*

materia di efficacia delle direttive, lascia trasparire una distaccata e disinvolta caparbia tipica di certi scrittori di romanzi gialli che procedono per la loro strada incuranti delle reazioni dei lettori.

Con tale caparbia *Capelli* affronta in modo deciso i risvolti politici di un tema squisitamente giuridico di estrema delicatezza, come quello dell'efficacia delle direttive e, utilizzando l'intuito degli scrittori di gialli, si mette in caccia dell'autore dei reati ai danni delle direttive che scopre subito nelle prime pagine del saggio introduttivo: la Corte di giustizia.

Oltre a ricercare l'autore dei reati, *Capelli* va ovviamente alla ricerca dei corpi del reato che riesce a raccogliere in numero rilevante, dopo accurate indagini durate circa quarant'anni: si tratta delle diverse direttive in vario modo lese e danneggiate dalla giurisprudenza della Corte.

A questo punto, dopo aver preso atto delle differenti modalità, spesso impreviste e sconcertanti, con cui i reati descritti nel libro sono stati commessi, ho visto affiorare il difetto nascosto al quale avevo accennato all'inizio.

Capelli narra imperturbabile i reati commessi durante quarant'anni (1980-2020) di giurisprudenza ai danni delle direttive e li critica aspramente e ripetutamente in modo sistematico, ma non si preoccupa affatto del silenzio della Comunità scientifica che sembra disinteressarsi del problema trascurando anche l'entità dei danni reputazionali provocati.

Sembrerebbe pertanto utile, a questo proposito, che il problema sopra indicato venisse ripreso e attentamente studiato per cercare una soluzione equa e ragionevole.

Per quanto riguarda la seconda parte del libro, dedicata alle problematiche relative all'applicazione della direttiva sui servizi (n. 2006/123) alle concessioni balneari, *Capelli* espone, esamina e discute gli argomenti essenziali in modo molto semplice e chiaro per cui non sembrano necessari specifici commenti. Questa seconda parte del libro contiene anche un capitolo riguardante la materia dei cambiamenti ipotizzabili in futuro nel settore delle concessioni balneari (*de iure condendo*), che dovrebbe formare oggetto di studi ampi e approfonditi perché abbraccia problemi ad un tempo sociali, politici, economici e giuridici.

Anche a questi problemi la Comunità scientifica dovrebbe dedicare molta attenzione.

Hanno collaborato a questo numero:

ENRICA ADOBATI, *Avvocato in Novara; cultore di Diritto dell'Unione europea e Diritti dell'uomo / Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano*

ANTONIO ARESU, *Avvocato; ex consigliere giuridico presso il Servizio giuridico / Commissione europea*

PAOLO BORGHI, *Ordinario di Diritto agrario dell'Unione europea / Università degli Studi di Ferrara*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista (www.capellilex.it)*

MARCO CASINI, *Avvocato / Foro di Crema*

GIANLUIGI CERUTI, *Avvocato / Foro di Rovigo*

SALVATORE D'ACUNTO, *Capo unità / Commissione europea, DG GROW*

FEDERICO FORNI, *Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Bologna; Giurista / Commissione europea, Bruxelles*

EMMANUEL PAGANO, *Ricercatore di Diritto dell'Unione Europea / Università Parthenope - Napoli*

NICOLA A. PAGLIETTI, *Avvocato / Foro di Roma e Foro di New York*

VALENTINA PETRALIA, *Professore Associato di Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Catania – Dipartimento di Scienze Umanistiche*

MASSIMILIANO VALCADA, *Avvocato / Foro di Savona; Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea*