

# DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

Anno LIX – n. 1 – Gennaio-Marzo 2020

Nuova serie de “Il diritto negli scambi internazionali”

Indice – Sommario

## ARTICOLI

*Enrico Traversa e Ilaria Sticchi - L'imposta sui trasferimenti di denaro verso Paesi non appartenenti all'Unione europea: una violazione flagrante dell'art. 63 TFUE sulla libera circolazione dei capitali*

*(The Tax on Money Transfers to Countries Non-Members of the European Union: A Patent Breach of Article 63 TFEU on Free Movement of Capital)*

Pag. 1

## COMMENTI

*Antonio Caiola - Mandato d'arresto europeo: indipendenza e imparzialità dell'autorità giudiziaria emittente*

*(European Arrest Warrant: Independence and Impartiality of the Issuing Judicial Authority)*

» 29

*Maria Teresa Stile - Una sentenza della Corte di appello di Milano apre «arbitrariamente» la strada al principio della prevalenza del diritto regionale rispetto a quello europeo*

*(A Recent Order of Milan's Court of Appeal «Arbitrarily» Opens Way to Principle of the Priority of Regional Law Over the European Union Law)*

» 59

*Anna Pitrone - Il ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea: verso il rafforzamento del loro controllo sul rispetto del principio di sussidiarietà?*

*(The Role of National Parliaments in the EU: Towards the Strengthening of their Control on Subsidiarity?)*

» 79

<i>Federico Forni - La normativa sul contrasto ai medicinali falsificati nell'Unione europea (The Rules to Contrast Falsified Medicines in the European Union)</i>	Pag. 95
<i>Gian Franco Simonini - La vettura come oggetto che parla: l'inganno del progresso (The Vehicle as a Talking Object: The Progress Deception)</i>	» 123
<i>Francesca Perrini - La crisi delle Nazioni Unite e le sue conseguenze sulla tutela dei diritti umani (United Nations Crisis and its Consequences for the Protection of Human Rights)</i>	» 151

## COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

<i>Maurizio D'Amico - Il Rinascimento dell'Italia post covid-19 attraverso la zona economica speciale "di salvaguardia" del patrimonio produttivo nazionale (The Renaissance of Italy Post Covid-19 Through the Special Economic Zone "of Safeguard" of National Productive Heritage)</i>	» 163
<i>Aurora Visentin - Forza maggiore ed eccessiva onerosità sopravvenuta nel diritto francese, italiano e tedesco (Force Majeure and Supervening Excessive Onerousness in French, Italian and German Law)</i>	» 177
<i>Fausto Capelli - Come prevenire il verificarsi di una nuova pandemia (How to Prevent the Occurrence of a New Pandemic)</i>	» 185

## GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

### I. SENTENZE E COMMENTI

#### **Mandato di arresto europeo: la Corte di giustizia Ue precisa il senso e la portata della nozione di «Autorità giudiziaria emittente»**

Sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 2019 in cause riunite n. C-566/19 PPU e n. C-626/19 PPU

Procedimenti a carico di <i>JR</i> (causa n. C-566/19 PPU) e di <i>YC</i> (causa n. C-626/19 PPU)	Pag. 25
Sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 2019 in causa n. C-625/19 PPU	
Procedimento a carico di <i>XD</i>	» 26
Sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 2019 in causa C-627/19 PPU	
Procedimento a carico di <i>ZB</i> (con commento di <i>Antonio Caiola</i> )	» 27
<b>II. MASSIMARIO ANNOTATO</b>	
(a cura di <i>Enrica Adobati</i> )	
<b>La Corte di giustizia precisa i criteri per stabilire la giurisdizione nelle ipotesi di violazione della normativa comunitaria sui marchi (contraffazione)</b>	
Sentenza della Corte di giustizia del 5 settembre 2019 in causa n. C-172/18	
<i>AMS Neve Ltd, Barnett Waddingham Trustees, Mark Crabtree</i> è c. <i>Heritage Audio SL, Pedro Rodríguez Arribas</i>	» 39
<b>La Corte di giustizia si pronuncia sul carattere distintivo di un marchio</b>	
Sentenza della Corte di giustizia del 12 settembre 2019 in causa n. C-541/18	
<i>AS c. Deutsches Patent- und Markenamt</i>	» 41
<b>La normativa nazionale tedesca che vieta a Google news di mettere in rete contenuti editoriali (<i>snippet</i>) costituisce una regola tecnica che deve essere notificata alla Commissione</b>	
Sentenza della Corte di giustizia del 12 settembre 2019 in causa n. C-299/17	
<i>VG Media Gesellschaft zur Verwertung der Urheber - und Leistungsschutzrechte von Medienunternehmen mbH c. Google LLC, succeduta alla Google Inc</i>	» 42
<b>Un <i>post</i> diffamatorio su Facebook può essere rimosso anche a livello mondiale</b>	
Sentenza della Corte di giustizia del 3 ottobre 2019 in causa n. C-18/18	
<i>Eva Glawischnig Piesczek c. Facebook Ireland Limited</i>	» 44

<p><b>Limiti del carattere distintivo di un marchio debole nel settore dei prodotti alimentari</b>          Sentenza della Corte di giustizia del 5 marzo 2020 in causa n. C-766/18 P  <i>Foundation for the Protection of the Traditional Cheese of Cyprus named Halloumi c. Ufficio dell’Unione europea per la proprietà intellettuale (EUIPO)</i></p>	Pag. 46
<p><b>Decadenza di un marchio per mancanza di uso effettivo</b>          Sentenza della Corte di giustizia del 26 marzo 2020 in causa n. C-622/18  <i>AR c. Cooper International Spirits LLC, St Dalfour SAS</i></p>	» 48
<p><b>La Corte di giustizia ha precisato le ipotesi di compensazione ai passeggeri per ritardo prolungato del volo</b>          Sentenza della Corte di giustizia del 26 marzo 2020 in causa n. C-215/18  <i>Libuše Králová c. Primera Air Scandinavia A/S</i></p>	» 50
<p>Sentenza della Corte di giustizia del 12 marzo 2020 in causa n. C-832/18  <i>A e altri c. Finnair Oyj</i></p>	» 51
<p><b>Nell’ambito dell’e-commerce, la Corte di giustizia ha dichiarato che Amazon non può essere considerata responsabile per il fatto di tenere nei propri magazzini prodotti che violano la normativa sui marchi</b>          Sentenza della Corte di giustizia del 2 aprile 2020 in causa n. C 567/18  <i>Coty Germany GmbH c. Amazon Services Europe Sàrl, Amazon Europe Core Sàrl, Amazon FC Graben GmbH, Amazon EU Sàrl</i></p>	» 53
<p><b>La Corte di giustizia interpreta la direttiva n. 93/13/Cee e statuisce che la disciplina a tutela dei consumatori si applica anche al condominio – Effetti imprevedibili di questa sentenza</b>          Sentenza della Corte di giustizia del 2 aprile 2020 in causa n. C-329/19  <i>Condominio di Milano (via Meda) c. Eurothermo SpA</i></p>	» 55

**GIURISPRUDENZA  
ITALIANA E STRANIERA**

**La Legge Regionale della Lombardia n. 27/07 in materia di alloggi di edilizia residenziale pubblica indebitamente applicata agli alloggi europei del Centro Comune di Ricerca di Ispra**

Sentenza della Corte di appello di Milano, III sezione civile, del 19 dicembre 2018-27 febbraio 2019 n. 5741

Azienda Lombarda per l'Edilizia Residenziale di Varese - Como - Monza Brianza - Busto Arsizio già Aler Varese c. Arturo Bellintani e altri

(con commento di *Maria Teresa Stile*)

Pag. 57

**ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE**

**Sull'opportunità di implementare il controllo del rispetto del principio di sussidiarietà rafforzando l'interazione con i Parlamenti nazionali nel processo decisionale dell'Unione per un'Europa più vicina ai cittadini**

Protocollo (n. 2) sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità

» 71

I principi di sussidiarietà e di proporzionalità: rafforzarne il ruolo nel processo di definizione delle politiche dell'UE - Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Com(2018)703 fin. del 23 ottobre 2018

» 74

(con contributo di *Anna Pitrone*)

**Tutela della salute pubblica e medicinali falsificati: l'Unione europea adotta misure di sicurezza volte ad impedirne la distribuzione nel mercato unico compresa l'immissione in commercio *on line***

Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sul recepimento, da parte degli Stati membri, dell'art. 118 bis della direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un

codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, modificata dalla direttiva n. 2011/62/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2011 - Com(2018)49 final del 26 gennaio 2018  
(con contributo di *Federico Forni*)

Pag. 91

**Finalmente una direttiva per gli *smart goods***

Direttiva (Ue) n. 2019/771 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, che modifica il Regolamento (Ue) n. 2017/2394 e la direttiva n. 2009/22/Ce, e che abroga la direttiva n. 1999/44/Ce  
(con commento di *Gian Franco Simonini*)

» 117

**Consiglio europeo**

Consiglio europeo straordinario, 20 e 21 febbraio 2020

» 141

Videoconferenza dei membri del Consiglio europeo, 10 marzo 2020

» 142

Videoconferenza dei membri del Consiglio europeo, 17 marzo 2020

» 142

Videoconferenza dei membri del Consiglio europeo, 26 marzo 2020

» 143

**DOCUMENTAZIONE**

**Sicurezza internazionale: protezione dalla minaccia terroristica e rispetto dei diritti fondamentali dei sospettati di terrorismo**

United Nations Security Council Counter-Terrorism Committee Executive Directorate (CTED) Human Rights  
(con commento di *Francesca Perrini*)

» 147

**Hanno collaborato a questo numero**

» 187

## ARTICOLI

---

### **L'IMPOSTA SUI TRASFERIMENTI DI DENARO VERSO PAESI NON APPARTENENTI ALL'UNIONE EUROPEA: UNA VIOLAZIONE FLAGRANTE DELL'ART.63 TFUE SULLA LIBERA CIRCOLAZIONE DEI CAPITALI\***

#### *A coloro ai quali compete di intervenire ...*

*Raramente può essere considerata tra le prime preoccupazioni del direttore di un periodico a cadenza trimestrale, come la nostra Rivista «Diritto comunitario e degli scambi internazionali», quella di veder apparire un contributo su un numero piuttosto che su un altro dei quattro che annualmente vengono pubblicati.*

*Quando una preoccupazione del genere si manifesta, è generalmente motivata dal timore che la ritardata pubblicazione del contributo possa danneggiare l'Autore, non i suoi lettori.*

*L'Autore, infatti, può avere necessità di vedere apparire tempestivamente il suo contributo su un numero preciso della Rivista perché, ad esempio, deve presentarlo ad un concorso universitario.*

*Al contrario, i lettori generalmente si aspettano, da una rivista trimestrale, non tanto la tempestività di una notizia, quanto invece una profonda riflessione sulla notizia commentata.*

*Nella presente fattispecie si è ritenuto necessario far apparire tempestivamente il contributo, di seguito riportato, sia per prevenire la violazione di una norma fondamentale di diritto europeo, sia per evitare di danneggiare persone incolpevoli, sia, infine, per ringraziare gli Autori dell'ottimo contributo che fa da apertura a tutti gli altri pubblicati sul presente numero.*

**Fausto Capelli**

\* Il presente studio è il frutto di una riflessione comune di entrambi gli Autori. Ad *ILARIA STICCHI* sono attribuibili i paragrafi 1, 2 e 3. Ad *ENRICO TRAVERSA* sono attribuibili l'introduzione, il paragrafo 4 e la conclusione.

**Sommario:** *Introduzione - 1. Il contenuto dell'art. 25-novies del d.l. n. 119/2018, convertito in legge n. 136/2018 - 2. La libera circolazione dei capitali nel contesto delle quattro libertà fondamentali del mercato unico - 3. Il contenuto dell'art. 63 TFUE: il principio della libera circolazione dei capitali e il suo ambito di applicazione - 3.1 La definizione di «movimenti di capitali» e quella di «pagamenti» - 3.2 Prima conclusione in ordine all'applicabilità dell'art. 63 TFUE all'imposta sui trasferimenti - 4. L'applicazione del principio della libera circolazione dei capitali ai rapporti con i Paesi terzi - 4.1 L'applicazione dell'art. 63 TFUE a restrizioni di natura fiscale relative a movimenti di capitale da e verso Paesi terzi - 4.2 I motivi imperativi di interesse generale che possono giustificare restrizioni alla libera circolazione dei capitali - 5. Conclusione: l'imposta sui trasferimenti costituisce una flagrante violazione dell'art. 63 TFUE.*

## **Introduzione**

I trasferimenti di denaro posti in essere dai c.d. *money transfer operators* («MTO»), ovvero dagli operatori di pagamenti internazionali che con la loro fittissima rete di corrispondenti consentono di effettuare movimenti di fondi praticamente in ogni parte del mondo, dal 1° gennaio 2019 sono, quantomeno in linea di diritto, soggetti nell'ordinamento italiano ad un'imposta dell'1,5% che si aggiunge alle commissioni richieste dai medesimi *Money Transfer Operators* come corrispettivo del servizio prestato alla persona che dispone il trasferimento di fondi. Lo ha previsto l'art. 25-novies del d.l. n. 119/2018, introdotto in sede di conversione ad opera della legge n. 136/2018. Tale prelievo, se reso operativo, andrebbe a gravare in modo profondamente ingiusto su ogni movimento di denaro posto in essere fra l'Italia e un Paese non appartenente all'Unione europea. Due distanti, ma significativi esempi. Si immagini una famiglia italiana, la cui figlia medico sia partita per un anno di volontariato in un dispensario di un villaggio dell'est della Tanzania, che vuole far pervenire a questa ragazza qualche centinaio di dollari al mese per il suo sostentamento. Oppure si pensi alla domestica filippina che togliendosi letteralmente il pane di bocca, vuole far pervenire qualche centinaio di dollari ogni tre mesi ai suoi bambini che ha lasciato in un paesino dell'isola di Mindanao insieme ai nonni anziani e bisognosi di cure. Al momento in cui è stato redatto il presente scritto (aprile 2020) manca il decreto attuativo della norma istitutiva del tributo, probabilmente a causa dell'avvicendamento di governi avvenuto nell'estate del 2019. Ma tale medesima norma, per quanto non resa operativa, è tuttora vigente nell'ordinamento italiano. Appare dunque opportuno analizzarla in dettaglio per verificarne la compatibilità con il prin-



cipio della libera circolazione dei capitali contenuto nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, compatibilità che, *prima facie*, sembra assai dubbia.

### **1. Il contenuto dell'art. 25-novies del d.l. n. 119/2018, convertito in legge n. 136/2018**

La legge 17 dicembre 2018, n. 136 (conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 23 ottobre 2018, n. 119, recante disposizioni urgenti in materia fiscale e finanziaria, pubblicato in *Guri* n. 293 del 18 dicembre 2018), al suo art. 25-novies, comma primo<sup>1</sup>, ha istituito dal 1° gennaio 2019 un'imposta<sup>2</sup> sui trasferimenti di denaro effettuati tramite i c.d. *money transfer operators* («MTO»)<sup>3</sup> verso Paesi non appartenenti all'Unione europea, tributo la cui aliquota è pari all'1,5% del valore di ogni singola ope-

<sup>1</sup> Art. 25-novies (Istituzione dell'imposta sui trasferimenti di denaro all'estero effettuati per mezzo degli istituti di pagamento di cui all'art. 114-decies del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385): «1. A decorrere dal 1° gennaio 2019 è istituita un'imposta sui trasferimenti di denaro, ad esclusione delle transazioni commerciali, effettuati verso Paesi non appartenenti all'Unione europea da istituti di pagamento di cui all'articolo 114-decies del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, che offrono il servizio di rimessa di somme di denaro, come definito dall'articolo 1, comma 1, lettere b) ed n), del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11. L'imposta è dovuta in misura pari all'1,5 per cento del valore di ogni singola operazione effettuata, a partire da un importo minimo di euro 10. 2. Entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, il Ministro dell'economia e delle finanze, d'intesa con l'Agenzia delle entrate, sentita la Banca d'Italia, emana uno o più provvedimenti per determinare le modalità di riscossione e di versamento dell'imposta di cui al comma 1. 3. Nel pieno rispetto delle vigenti normative antiriciclaggio, i trasferimenti di denaro, ad esclusione delle transazioni commerciali, effettuati verso Paesi non appartenenti all'Unione europea sono perfezionati esclusivamente su canali di operatori finanziari che consentono la piena tracciabilità dei flussi».

<sup>2</sup> Per la nozione di imposta in generale si veda M. PROCOPIO, *Il sistema tributario italiano*, Tomo I, Parte Generale, II ed., Padova, Cedam, 2018, p. 87, per il quale «L'istituto dell'imposta, dal punto di vista giuridico-tributario, è stato delineato nell'ambito della classificazione dei tributi. Carattere fondamentale dell'imposta è quello di non essere correlata ad una specifica prestazione resa dall'ente pubblico, e ciò per effetto della natura indivisibile delle prestazioni da esso rese».

<sup>3</sup> Per rimessa di denaro o «*money transfer*» si intende il servizio di trasferimento effettuato senza far transitare i fondi su rapporti di conto intestati all'ordinante o al beneficiario. Nel linguaggio comune con il termine «*money transfer operators*» (MTO) si indica anche il complesso degli operatori che offrono tale servizio. La rimessa di denaro è il servizio di pagamento in cui «senza l'apertura di conti di pagamento a nome del pagatore o del beneficiario, il prestatore di servizi di pagamento riceve i fondi dal pagatore con l'unico scopo di trasferire un ammontare corrispondente al beneficiario o a un altro prestatore di servizi di pagamento che agisce per conto del beneficiario, e/o dove tali fondi sono ricevuti per conto del beneficiario e messi a sua disposizione» (art. 1, comma 1, lett. b., punto 6, e lett. n. del dlgs n. 11/2010). Il servizio, grazie alla sua immediata accessibilità e alla sua capillare rete di distribuzione, è particolarmente adatto al trasferimento delle rimesse degli immigrati verso i paesi d'origine. Ne beneficiano in termini di «inclusione finanziaria» le fasce più deboli della popolazione. In tal modo viene favorita la canalizzazione nel sistema finanziario di flussi di denaro che altrimenti utilizzerebbero percorsi meno sicuri e tracciabili.

razione effettuata, a partire da un importo minimo di dieci euro. Le operazioni soggette all'imposta sono esclusivamente «*i trasferimenti di denaro*» verso Paesi non appartenenti all'Unione europea, ad esclusione quindi dei trasferimenti di fondi che rappresentano pagamenti relativi ad operazioni commerciali, come precisato dallo stesso legislatore («*ad esclusione delle transazioni commerciali*»). Inoltre l'imposta medesima si applica unicamente ai trasferimenti effettuati per il tramite degli istituti di pagamento di cui all'art. 114-*decies* del Testo unico bancario (TUB), vale a dire i *money transfer operators* (MTO) che offrono il servizio di semplice rimessa di somme di denaro.

Le modalità di riscossione e di versamento avrebbero dovuto essere regolate con un decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, d'intesa con l'Agenzia delle entrate e sentita la Banca d'Italia, atto che secondo quanto previsto dal secondo comma dell'art. 25-*novies*, avrebbe dovuto essere emanato entro il termine di sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge n. 136/18, vale a dire entro il 18 febbraio 2019. Ad oltre un anno di distanza dall'entrata in vigore della legge istitutiva del tributo, il Ministro dell'economia e delle finanze non ha ancora emanato il suddetto decreto di attuazione. Un primo rilievo critico al riguardo consiste nella constatazione che in assenza della normativa applicativa che individui le modalità di versamento e di riscossione, è attualmente impossibile determinare se debitori dell'imposta siano gli istituti di pagamento che effettuano il servizio, oppure i clienti dei medesimi istituti di pagamento che dispongono il trasferimento dei (loro) fondi. In ogni caso, sia nell'ipotesi in cui fossero stati designati quali debitori dell'imposta i clienti degli istituti di pagamento, sia nell'ipotesi in cui tenuti alla riscossione ed al successivo versamento all'Erario fossero gli istituti di pagamento medesimi mediante il ricorso alla figura del sostituto d'imposta, si pone immediatamente ed in modo manifesto la questione della compatibilità della norma legislativa italiana istitutiva di tale tributo con il principio della libera circolazione dei capitali, il quale si inserisce a sua volta nel più ampio contesto delle quattro libertà fondamentali<sup>4</sup> del mercato unico riconosciute e sancite dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Il quadro delle quattro libertà fondamentali di circolazione che costituiscono i "pilastri" del mercato interno dell'Unione europea, è delineato dall'art. 26, par. 2, TFUE e fra queste quattro libertà fondamentali garantite dal Trattato rientra anche ed espressamente la libera circolazione dei capitali.

<sup>5</sup> In merito ai dubbi sollevati dall'introduzione dell'art. 25-*novies* del "decreto fiscale" - d.l. n. 119/2018 rispetto alla normativa dell'Unione europea sulla concorrenza, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Agcm) ha formulato numerose ed approfondite osservazioni. L'Agcm ne ha dato conto nel *Bollettino* n. 7 del 18 febbraio 2019 (Attività di segnala-

## 2. La libera circolazione dei capitali nel contesto delle quattro libertà fondamentali del mercato unico

La libera circolazione dei capitali all'interno del mercato unico<sup>6</sup> è una delle quattro libertà economiche (libera circolazione delle persone, dei beni, dei servizi e dei capitali) che sono state espressamente definite dalla Corte di giustizia «norme fondamentali per la Comunità»<sup>7</sup>. Già nel Trattato di Roma istitutivo della CEE era previsto, sia pure *in nuce*, il principio della libera circolazione dei capitali e dei pagamenti. Tuttavia soltanto con l'avvio, a metà degli anni Ottanta e ad opera del Presidente della Commissione europea Jacques Delors, del grande progetto volto al completamento del mercato interno, è stata adottata dal Consiglio la direttiva n. 88/361/Cee che ha attuato il principio della liberalizzazione totale dei movimenti di capitali tra gli Stati membri. È stato successivamente con il Trattato di Maastricht o Trattato sull'Unione europea (TUE)<sup>8</sup>, che a partire dal 1992

zione e consultiva AS1562 - Imposta sui trasferimenti di denaro all'estero verso paesi non Ue, 8 febbraio 2019).

Secondo l'*Authority* della concorrenza, la nuova imposta sulle rimesse di denaro, così come definite dal dlgs n. 11/2010, risulta ingiustificatamente discriminatoria in quanto applicabile alle sole rimesse effettuate dagli istituti di pagamento, i c.d. MTO, ma non ai trasferimenti effettuati dalle altre categorie di operatori che possono offrire un analogo servizio, in particolare le banche italiane ed estere e la società Poste Italiane Spa.

Tale medesima imposta appare dunque suscettibile, sempre secondo l'Agcm, di alterare il corretto confronto competitivo dato che essa si traduce in un elemento di costo gravante solo sugli istituti di pagamento riducendo in tal modo la loro capacità di formulare offerte competitive, a parità di altre condizioni.

Essa aumenterebbe anche i costi di ricerca per i consumatori. Infatti, la nuova imposta (detta "tassa sui migranti regolari") potrebbe ridurre ulteriormente il grado di trasparenza sulle condizioni economiche praticate per il servizio di rimesse di denaro, in un contesto in cui i costi complessivi del servizio già risultano di difficile comparazione poiché dipendono da numerose e mutevoli variabili tra cui commissioni e *spread* sui tassi di cambio. Ciò può determinare un ulteriore aumento dei costi di ricerca per i consumatori, riducendo così gli incentivi per gli operatori a competere efficacemente.

In conclusione, considerata la rilevanza, economica e sociale, delle rimesse di denaro, l'Autorità ha auspicato che l'art. 25 *novies* del d.l. n. 119/2018 possa essere oggetto di opportune modifiche, tese sia ad eliminare gli effetti discriminatori tra operatori attivi nell'offerta di servizi di rimessa di denaro, sia a ripristinare le condizioni per un corretto confronto competitivo fra tutti gli operatori del settore.

<sup>6</sup> Secondo M. MONTI, «Il Mercato Unico Europeo è un'idea semplice di difficilissima realizzazione, che si fonda su quattro libertà di movimento relative alle persone, alle merci, ai servizi, ai capitali» ed ancora: «uso il termine "Mercato Unico" perché il Mercato Unico Europeo nasce su un concetto di apertura verso l'estero, mentre il Mercato Interno evoca ai nostri partner una qualche idea di maggiore chiusura», in *Mercato unico europeo, regolamentazione e concorrenza*, reperibile all'indirizzo <https://www.agcm.it/dotcmsDOC/temi-e-problemi/tpES01S3.PDF>.

<sup>7</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 13 dicembre 1989 in causa n. C-49/89, *Corsica Ferries France*, in *Raccolta*, 1989, p. 4441, EU:C:1989:649, punto 8: «(...) gli articoli del trattato CEE sulla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali sono norme fondamentali per la Comunità ed è vietato qualsiasi ostacolo, anche di minore importanza, a detta libertà».

<sup>8</sup> Trattato sull'Unione europea, in *Gu-Ue* n. C 115 del 9 maggio 2008, p. 1-388.

la suddetta libertà di circolazione è stata prevista direttamente ed espressamente dal Trattato stesso ed è stata estesa anche ai Paesi terzi<sup>9</sup>. La disciplina di diritto primario ha subito altre modifiche<sup>10</sup> con il Trattato di Lisbona, e più precisamente con il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE)<sup>11</sup>, che al suo Titolo IV, capo IV «Capitali e pagamenti» contiene attualmente tutte le norme aventi ad oggetto sia la libera circolazione dei capitali, sia l'abolizione di tutte le restrizioni ai pagamenti correnti, completando in tal modo il processo di liberalizzazione delle operazioni finanziarie all'interno dell'Unione europea finalizzato alla creazione dell'Unione economica e monetaria (UEM). Esiste pertanto un legame inscindibile tra la realizzazione del mercato interno e le quattro libertà fondamentali di circolazione, com'è dimostrato dal fatto che le disposizioni disciplinanti tali medesime libertà, ed in particolare la libertà di circolazione dei capitali, si situano al livello più alto nel sistema delle fonti dell'ordinamento giuridico dell'Unione, vale a dire il Trattato.

<sup>9</sup> R. BARATTA, *Circolazione dei capitali e dei pagamenti*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea, Parte speciale*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 271 ss., G. CAPECCHI, *La libera circolazione dei capitali*, in U. DRAETTA e N. PARISI (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione Europea. Parte Speciale, Il diritto sostanziale*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 105 ss.

<sup>10</sup> Le prime normative comunitarie erano di portata ridotta. Il Trattato di Roma (1957) prevedeva che le restrizioni fossero eliminate limitatamente a quanto necessario ai fini del funzionamento del mercato comune. La "Prima direttiva sui movimenti di capitale" del 1960, modificata nel 1962, ha posto fine alle restrizioni su certi tipi di movimenti di capitale pubblici e privati, quali gli acquisti immobiliari, i crediti a breve o medio termine per operazioni commerciali nonché gli acquisti di valori mobiliari negoziati in borsa. Nel 1972 è stata adottata un'altra direttiva (direttiva n. 72/156/Cee del Consiglio, del 21 marzo 1972, per la regolazione dei flussi finanziari internazionali e la neutralizzazione dei loro effetti indesiderabili sulla liquidità interna, in *Guce* n. L 91 del 18 aprile 1972, p. 13), sui flussi finanziari internazionali.

Per la ripresa del processo di liberalizzazione, iniziato nel 1960, si è dovuto attendere la prima realizzazione del mercato unico (1° gennaio 1993). Le modifiche apportate alla prima direttiva sui movimenti di capitali nel 1985 e 1986 hanno esteso ulteriormente la liberalizzazione ad altri settori quali i crediti a lungo termine per operazioni commerciali e gli acquisti di valori mobiliari non negoziati in borsa.

Nel contesto del completamento del mercato unico, dell'istituzione dell'UME e della prevista introduzione dell'euro, la liberalizzazione dei movimenti di capitale è stata pienamente conseguita con l'adozione da parte del Consiglio della direttiva n. 88/361/Cee del 24 giugno 1988 avente ad oggetto l'attuazione dell'art. 67 del Trattato Ce (*Guce* n. L 178 dell'8 luglio 1988, p. 5), che ha abolito tutte le rimanenti restrizioni relative ai movimenti di capitale tra residenti degli Stati membri a decorrere dal 1° luglio 1990.

<sup>11</sup> Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, versione consolidata, in *Gu-Ue* n. C 115 del 9 maggio 2008, pp. 1-388. Nell'ultima versione, attualmente in vigore, dei Trattati dell'Unione europea (TUE e TFUE) è scomparso il riferimento alle quattro libertà fondamentali nella parte introduttiva riguardante la definizione degli obiettivi dell'Unione, riferimento sostituito da generici accenni alla garanzia della libera circolazione delle persone e all'instaurazione del mercato interno (art. 3 TUE e art. 26, par. 2, TFUE: «Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati»). La specifica disciplina di ciascuna delle quattro libertà fondamentali di circolazione è contenuta nella Parte terza, Titoli II e IV del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

### 3. Il contenuto dell'art. 63 TFUE: il principio di libera circolazione dei capitali e il suo ambito di applicazione

La libera circolazione dei capitali<sup>12</sup> è attualmente disciplinata dagli articoli da 63 a 66 del TFUE. Il nucleo essenziale di tale libertà si trova all'art. 63<sup>13</sup> che vieta tutte le restrizioni ai movimenti di capitali, tanto tra Stati membri, quanto, sia pure con alcune limitazioni, tra Stati membri e Paesi terzi. Per restrizioni vietate si devono intendere in primo luogo, in base alla consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia che verrà più oltre esaminata, le discriminazioni fondate, o sulla nazionalità o la residenza degli operatori, o sul luogo di destinazione o di collocamento dei capitali.

Della libera circolazione di capitali meritano di essere posti in evidenza *in limine* due principali aspetti. Il primo riguarda l'efficacia diretta del divieto di restrizioni di cui all'art. 63 del Trattato, ovvero la non necessità di ulteriori interventi normativi per la sua attuazione, né da parte del legislatore dell'Unione, né da parte dei legislatori degli Stati membri. Il secondo aspetto consiste nella dimensione esterna della libera circolazione dei capitali, vale a dire la dimensione inerente ai rapporti fra Unione europea e Paesi terzi. Quest'ultima caratteristica rappresenta un *unicum* rispetto alle altre tre libertà fondamentali del Trattato UE, caratteristica tanto più degna di nota in quanto il divieto di restrizioni ai movimenti di capitali opera nei rapporti con i Paesi terzi anche in assenza di reciprocità. Per quanto riguarda l'efficacia diretta dell'art. 63 TFUE, essa è stata dichiarata nella sentenza *Sanz de Lera*<sup>14</sup> laddove la Corte ha affermato che il divieto di restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri e tra Stati membri e Paesi terzi, nonostante le facoltà di deroga previste dagli artt. 64 e 65 TFUE, «può essere invocato dinanzi al giudice nazionale e determinare l'inapplicabilità delle norme nazionali in contrasto con esso».

<sup>12</sup> Per un commento agli articoli da 63 a 66 TFUE, v. U. DRAETTA e N. PARISI (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione Europea. Parte speciale. Il diritto sostanziale, cit. supra*, nota 9, e soprattutto il monumentale *Commentary on the EU Treaties*, a cura di M. KELLERBAUER - M. KLAMER e J. TOMKIN, Oxford, Oxford University Press, 2019. Il commento agli artt. 63-66 TFUE è di A. STEIBLYTE e J. TOMKIN.

<sup>13</sup> L'art. 63 TFUE dispone che: «1. Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi. 2. Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni sui pagamenti tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi».

<sup>14</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 14 dicembre 1995 in cause riunite n. C-163/94, n. C-165/94 e n. C-250/94, *Sanz de Lera*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4821, EU:C:1995:451, punto 48 della motivazione e punto 2. del dispositivo, principio confermato dalla successiva sentenza della Corte del 14 marzo 2000 in causa n. C-54/99, *Eglise de Scientologie*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 1335, EU:C:2000:124, punto 14.

L'applicabilità dell'art. 63 TFUE anche ai movimenti di capitali a destinazione di, e in provenienza da, Paesi terzi è stata invece riconosciuta dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in una serie coerente di decisioni e da ultimo nella sentenza *Emerging Markets*<sup>15</sup> con la quale la Corte di giustizia ha risposto ad una richiesta di pronuncia pregiudiziale avente ad oggetto l'interpretazione degli artt. 63 TFUE e 65 TFUE<sup>16</sup>. Tale questione interpretativa è stata sollevata da un tribunale polacco al fine di stabilire se il diritto dell'Unione si oppone ad una normativa tributaria nazionale in virtù della quale i dividendi versati da società stabilite in Polonia a favore di un fondo di investimento situato in uno Stato terzo non possono beneficiare dell'esenzione fiscale prevista per i fondi di investimento nazionali. Detta richiesta di pronuncia pregiudiziale trae origine da una controversia sorta fra la *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, fondo di investimento con sede negli Stati Uniti d'America, ed il direttore dell'amministrazione finanziaria polacca riguardo al diniego, da parte di quest'ultimo, di accertare e rimborsare l'eccedenza dell'imposta forfettaria sulle società applicata nella misura del 15% ai dividendi distribuiti da società di capitali con sede in Polonia al suddetto fondo di investimento. La legge polacca relativa all'imposta sulle società prevedeva infatti l'esenzione da tale imposta per i fondi di investimento alla condizione tuttavia che essi avessero la loro sede in Polonia.

La Corte di giustizia ha ritenuto che una differenza di trattamento fiscale dei dividendi tra fondi di investimento residenti e fondi di investimento non residenti, da un lato, può dissuadere i fondi stabiliti in un Paese terzo dall'assumere partecipazioni in società stabilite in Polonia e, dall'altro, può dissuadere gli investitori residenti in Polonia dall'acquisizione di quote in fondi non residenti. Sulla base di tale premessa, i giudici dell'Unione hanno stabilito che, nel caso di una normativa tributaria di uno Stato membro che assuma quale unico criterio di distinzione di due regimi d'imposizione il luogo di residenza dei fondi di investimento e che, conseguentemente, in funzione di questo solo criterio determini la riscossione o meno di una ritenuta alla fonte sui dividendi versati da società polacche, i fondi di investimento non residenti si trovano in una situazione oggettivamente comparabile a quella dei fondi con sede in Polonia<sup>17</sup>. La Corte ha quindi proseguito ricordando la piena applicabilità della propria giurispru-

<sup>15</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 10 aprile 2014 in causa n. C-190/12, *Emerging Markets*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, aprile 2014, EU:C:2014:249.

<sup>16</sup> La questione interpretativa posta dal giudice polacco aveva ad oggetto anche l'art. 49 TFUE riguardante la libera prestazione dei servizi, che tuttavia non è rilevante ai fini della presente analisi.

<sup>17</sup> Sentenza in causa n. C-190/12, *Emerging Markets*, *loc. cit.*, punto 69.

denza in materia di illegittimità delle restrizioni ai movimenti di capitali, anche ai rapporti fra Stati membri e Paesi terzi «(...) tenuto conto che l'assenza di reciprocità nell'ambito di tali rapporti, invocata dal governo tedesco, non può giustificare una restrizione ai movimenti di capitali tra gli Stati membri e gli Stati terzi medesimi»<sup>18</sup>.

### 3.1 La definizione di «movimenti di capitali» e quella di «pagamenti»

Una volta ricordato che il divieto di restrizioni alla libera circolazione dei capitali è pienamente e direttamente applicabile non solo all'interno dell'Unione, ma anche al complesso delle operazioni finanziarie effettuate fra Stati membri e Paesi terzi, appare necessario in secondo luogo definire le essenziali nozioni di «movimenti di capitali» e di «pagamenti» utilizzate nell'art. 63 TFUE<sup>19</sup>. Gli articoli da 63 a 66 TFUE non contengono infatti alcuna definizione delle nozioni di «movimenti di capitale» e di «pagamenti». Al riguardo, appare certamente utile richiamare una giurisprudenza risalente agli anni Ottanta ma ancora pienamente attuale, secondo la quale «i pagamenti correnti sono trasferimenti di valuta che costituiscono una controprestazione nell'ambito di un negozio sottostante, mentre i movimenti di capitali sono operazioni finanziarie che riguardano essenzialmente la collocazione o l'investimento dell'importo di cui trattasi e non il corrispettivo di una prestazione»<sup>20</sup>.

Per quanto riguarda più in particolare la definizione del concetto di «movimento di capitali», ci si può utilmente richiamare alla costante giurisprudenza della Corte di giustizia laddove essa fa riferimento alla nomenclatura dei «pagamenti» e dei «movimenti di capitali» di cui all'allegato I della direttiva n. 88/361/Cee<sup>21</sup>, nomenclatura che conserva ancora oggi una grandissima utilità ai fini della classificazione di un'operazione finanziaria nell'una o nell'altra categoria dei movimenti di capitale rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 63 TFUE. Meritano di essere ricordate, a que-

<sup>18</sup> Sentenza in causa n. C-190/12, *Emerging Markets*, cit. supra, nota 15, punto 100, che conferma su questo aspetto cruciale della non invocabilità della clausola di reciprocità, le precedenti sentenze del 18 dicembre 2007 in causa n. C-101/05, *A*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 11531, EU:C:2007:804, punto 31 e del 10 febbraio 2011 in causa n. C-436/08 e n. 437/08, *Haribo Lakritzen*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 305, EU:C:2011:61, punti 127 e 128.

<sup>19</sup> F. MARTINES, *Il mercato interno dell'Unione europea. Le quattro libertà. Raccolta commentata di giurisprudenza della Corte di Giustizia europea*, Bologna, Maggioli, 2014.

<sup>20</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 31 gennaio 1984 in causa n. 286/82 e n. 26/83, *Luisi e Carbone*, in *Raccolta*, 1984, p. 377, EU:C:1984:35, punto 21.

<sup>21</sup> Direttiva n. 88/361/Ce del Consiglio del 24 giugno 1988 per l'attuazione dell'art. 67 del Trattato CEE, in *Guce* n. L 178 dell'8 luglio 1988, p. 5-18.

sto riguardo, la precitata sentenza *Sanz de Lera* in causa n. C-163/94 nonché le sentenze *Wagner-Raith*<sup>22</sup> e *X*<sup>23</sup>, che riconoscono espressamente un «valore indicativo di riferimento» alla nomenclatura contenuta nell'allegato I alla direttiva n. 88/361/Cee.

Nella sentenza *Sanz de Lera* la Corte ha esaminato il problema della compatibilità con il Trattato delle normative vigenti in due Stati membri, Francia e Spagna, che sottoponevano l'esportazione di monete, banconote e assegni verso Paesi terzi, ad un'autorizzazione preventiva e che punivano con severe sanzioni il mancato rispetto di questo adempimento. Al fine di valutare se tali normative nazionali fossero in contrasto con il principio della libera circolazione dei capitali, la Corte ha dovuto in primo luogo stabilire se l'esportazione di banconote rientrasse o meno nella definizione di movimento di capitali. Sulla base dell'accurata analisi da essa effettuata nella motivazione della sentenza, la Corte ha affermato che: «Tale constatazione (che l'esportazione di mezzi di pagamento non può essere fatta rientrare fra gli investimenti diretti) è del resto corroborata dalla nomenclatura dei movimenti di capitali, di cui all'allegato I alla direttiva 88/361, che classifica i trasferimenti di mezzi di pagamento nella categoria "Importazione ed esportazione materiali di valori" (categoria XII), mentre le operazioni elencate nell' art. 73 C, n. 1, del Trattato rientrano in altre categorie di detta nomenclatura»<sup>24</sup>. Ne consegue che, essendo l'esportazione di banconote riconducibile ad una delle categorie di operazioni enumerate all'allegato I alla direttiva n. 88/361 avente a specifico oggetto la «Nomenclatura dei movimenti di capitali», essa rientra *ipso iure* nell'ambito di applicazione della norma del Trattato che vieta le restrizioni ai movimenti di capitale. Sulla base di tale constatazione fondata sul riferimento dell'operazione controversa alla categoria XII dell'allegato I della direttiva n. 88/361, la Corte ha quindi concluso, in ordine alla specifica questione interpretativa posta del giudice *a quo*, che una normativa nazionale che subordina, in via generale, l'esportazione di monete, biglietti di banca e assegni al portatore ad un'autorizzazione preventiva, è contraria al principio della libera circolazione dei capitali sancito dal Trattato.

Anche le sentenze *Wagner-Raith* e *X*, rispettivamente al punto 23 e al punto 27, richiamano per la definizione dei movimenti di capitali i principi interpretativi enunciati dalla Corte nella sentenza *Sanz de Lera*. Nella cau-

<sup>22</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 21 maggio 2015 in causa n. C-560/13, *Wagner-Raith*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, maggio 2015, EU:C:2015:347.

<sup>23</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 15 febbraio 2017 in causa n. C-317/15, *X*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, febbraio 2017, EU:C:2017:119.

<sup>24</sup> Sentenza in cause riunite n. C-163/94, n. C-165/94 e n. C-250/94, *Sanz de Lera*, *cit. supra*, nota 14, punto 34.



sa *Wagner-Raith* la Corte di giustizia si è trovata ad interpretare l'art. 63 TFUE in relazione alla legislazione tedesca in materia di tassazione forfettaria dei redditi da capitale derivanti da partecipazioni in fondi d'investimento «esteri» – intesi come: situati in un Paese terzo – quando tali fondi rientrano nella categoria dei c.d. «fondi neri» ai sensi del diritto tedesco. Secondo i giudici dell'Unione la tassazione forfettaria dei redditi dei titolari di quote di un fondo d'investimento estero può essere considerata una restrizione alla libera circolazione dei movimenti di capitali, ai sensi dell'art. 63 TFUE, in quanto: «la riscossione di dividendi di un organismo di investimento collettivo, benché essa non sia menzionata in modo esplicito in tale nomenclatura come «movimento di capitali», può essere ricollegata all'acquisto da parte di residenti di quote, trattate in Borsa o non trattate in Borsa, di organismi esteri e, quindi, è indissolubilmente connessa a un movimento di capitali»<sup>25</sup>. A tale conclusione la Corte è pervenuta facendo ancora una volta applicazione del principio interpretativo enunciato nella sua precedente sentenza *Sanz de Lera*, secondo cui la nomenclatura contenuta nell'allegato I della direttiva 88/361 presenta un forte "valore indicativo": «In mancanza, nel trattato FUE, di una definizione della nozione di «movimenti di capitali», la Corte ha riconosciuto un valore indicativo alla nomenclatura che costituisce l'allegato I della direttiva 88/361, posto che, conformemente a quanto ricordato nell'introduzione di tale allegato, l'elenco che esso contiene non presenta un carattere esaustivo»<sup>26</sup>.

La Corte di giustizia ha avuto in seguito un'altra occasione per precisare la nozione di «movimento di capitali» e precisamente la precitata causa pregiudiziale n. C-317/15, X, che ha tratto origine da una controversia sorta tra l'Amministrazione fiscale olandese e il contribuente X ed avente ad oggetto la compatibilità con il diritto dell'Unione europea della previsione normativa di uno Stato membro – in questo caso i Paesi Bassi – in forza della quale l'Amministrazione fiscale poteva derogare al termine di accertamento ordinario di cinque anni nell'ipotesi in cui si fosse trattato della rettifica di un «elemento imponibile generato all'estero», nella fattispecie in Svizzera. Una delle questioni pregiudiziali poste alla Corte dal giudice olandese riguardava specificamente l'inclusione o meno dell'apertura di un conto titoli da parte di un residente di uno Stato membro presso un istituto bancario ubicato al di fuori dell'Unione, nella nozione di movimenti di capitali provenienti da Paesi terzi o ad essi diretti, che implicano la prestazione di servizi finanziari ai sensi dell'art. 64, par. 1, TFUE,

<sup>25</sup> Sentenza in causa n. C-560/13, *Wagner-Raith*, cit. *supra*, nota 22, punto 25.

<sup>26</sup> *Ivi*, punto 23.

con la conseguente applicazione della facoltà per gli Stati membri di mantenere in vigore le restrizioni in vigore alla data del 31 dicembre 1993.

Con riferimento a tale questione interpretativa, la sentenza in causa n. C-317/15, X, ricorda: «in primo luogo, che, in mancanza, nel Trattato FUE, di una definizione della nozione di "movimenti di capitali", la Corte ha riconosciuto un valore indicativo alla nomenclatura che costituisce l'allegato I della direttiva 88/361, posto che, conformemente a quanto ricordato nell'introduzione dell'allegato in parola, l'elenco che esso contiene non presenta un carattere esaustivo (sentenza del 21 maggio 2015, Wagner-Raith, C-560/13, EU:C:2015:347, punto 23 e giurisprudenza ivi citata). Orbene (...) tale allegato menziona, nella sua rubrica VI, le "[o]perazioni in conti correnti e depositi presso istituti finanziari", che comprendono segnatamente le "[o]perazioni effettuate da residenti presso istituti finanziari stranieri". L'apertura di un conto titoli presso un istituto bancario, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, rientra dunque nella nozione di "movimenti di capitali"»<sup>27</sup>.

In conclusione, conformemente a quanto statuito dalla Corte di giustizia nella sua costante giurisprudenza sopra esaminata, ai fini dell'applicazione degli artt. 63-66 TFUE devono considerarsi «movimenti di capitali» tutte le operazioni finanziarie consistenti in generale in un trasferimento di denaro o valori assimilati, che si distinguono dai «pagamenti» in quanto questi ultimi rappresentano invece le contro-prestazioni in denaro o valori assimilati, poste in essere in esecuzione di un obbligo derivante da rapporto giuridico sottostante quale, ad esempio, una vendita di merci o un contratto di lavoro subordinato. Ai fini della presente analisi appare estremamente importante rilevare fin da ora che nel più volte citato allegato I alla direttiva n. 88/361/Cee figura anche un Titolo IX «Movimenti di capitale a carattere personale», che a sua volta comprende un punto G dal titolo, anch'esso particolarmente rilevante: «Trasferimenti dei risparmi degli immigrati nel paese di residenza anteriore, durante la loro permanenza all'estero».

### **3.2 Prima conclusione in ordine all'applicabilità dell'art. 63 TFUE all'imposta sui trasferimenti**

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, si può pervenire ad una prima conclusione secondo la quale l'art. 63 TFUE è sicuramente applicabile *ratione materiae* ai trasferimenti di denaro assoggettati all'imposta

<sup>27</sup> Sentenza in causa n. C-317/15, X, *cit. supra*, nota 23, punto 27.

dell'1,5% istituita dall'art. 25-*novies* del d.l. n. 119/2018. Infatti tali trasferimenti di denaro, analogamente alle esportazioni di monete, banconote e assegni verso Paesi terzi oggetto della precitata sentenza *Sanz de Lera*, «non corrispondono a pagamenti effettuati a fronte di scambi di merci o prestazioni di servizi. Di conseguenza detti trasferimenti non possono essere considerati pagamenti ai sensi dell'art. 63, par. 2 TFUE»<sup>28</sup>. Ai trasferimenti di denaro di cui all'art. 25-*novies* è pertanto applicabile unicamente l'art. 63, par. 1, del Trattato e più precisamente essi vanno classificati fra i «Movimenti di capitali a carattere personale», categoria di operazioni che, come si è visto, figura con tale denominazione al Titolo IX dell'allegato I alla direttiva n. 88/361. D'altra parte, l'imposta in esame, come espressamente disposto dalla norma istitutiva del prelievo stesso, non si applica alle transazioni di carattere commerciale, che corrispondono interamente ai «pagamenti» di cui all'art. 63, par. 2, TFUE, così come definiti dalla Corte nella più volte citata sentenza *Sanz de Lera*.

#### **4. L'applicazione del principio della libera circolazione dei capitali ai rapporti con i Paesi terzi**

Come sopra rilevato l'art. 63, par. 1, TFUE si applica, secondo il suo tenore letterale, anche ai movimenti di capitali fra uno Stato membro, nella fattispecie l'Italia, e i Paesi non appartenenti all'Unione europea<sup>29</sup>. Merita senz'altro di essere ricordato al riguardo che questa stessa disposizione del Trattato è già stata in concreto applicata dalla Corte di giustizia in varie cause pregiudiziali aventi ad oggetto restrizioni imposte dalle legislazioni di vari Stati membri a determinati movimenti di capitali da e verso Paesi terzi, quali le precitate cause *Sanz de Lera*, riguardante l'esportazione di banconote da uno Stato membro verso la Svizzera e la Turchia, *Emerging Markets*, relativa al trattamento fiscale dei dividendi versati da una società residente ad un fondo di investimento stabilito in un Paese terzo (Stati Uniti) e *X* (causa n. C-317/15), avente ad oggetto un conto titoli detenuto su un conto corrente bancario in Svizzera. A queste tre pronunce della Corte va aggiunta quella emanata nella causa n. C-685/16, *EV*<sup>30</sup>, avente ad oggetto il trattamento fiscale dei dividendi distribuiti da società

<sup>28</sup> Sentenza in cause riunite n. C-163/94, n. C-165/94 e n. C-250/94, *Sanz de Lera*, cit. *supra*, nota 14, punto 17.

<sup>29</sup> A. CORDEWEHNER, *Free movement of capitals between EU Member States and third countries: how far has the door been closed?*, in *EC Tax Review*, 2009, pp. 260-263.

<sup>30</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 20 settembre 2018 in causa n. C-685/16, *EV*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, settembre 2018, EU:C:2018:743.

controllate stabilite in un Paese terzo (nella fattispecie: l’Australia) ad una società controllata stabilita in uno Stato membro (Germania). In quest’ultima sentenza la Corte di giustizia ha dichiarato che il regime tedesco di imposizione delle società, subordinando un abbattimento degli utili derivanti da partecipazioni in società di capitali con sede in un Paese terzo a condizioni più rigorose rispetto all’abbattimento degli utili derivanti da partecipazioni in società di diritto nazionale, è contrario all’art. 63, par. 1, TFUE dal momento che la libertà di circolazione dei capitali, per costante giurisprudenza della Corte stessa, si applica anche ai rapporti con Stati terzi.

#### **4.1 L’applicazione dell’art. 63 TFUE a restrizioni di natura fiscale relative a movimenti di capitale da e verso Paesi terzi**

Come sopra rilevato, l’art. 63, par. 1, TFUE è stato applicato dalla Corte anche a restrizioni di natura fiscale relative a movimenti di capitale da e verso Paesi terzi, elemento che caratterizza più precisamente le sentenze in causa n. C-190/12, *Emerging Markets*, e in causa n. C-685/16, *EV*, qui di seguito esaminate. L’accurata motivazione di queste due pronunce consente di ricostruire i parametri utilizzati dalla Corte per accertare l’esistenza di una restrizione di natura fiscale vietata dall’art. 63, par. 1.

In primo luogo, si deve stabilire l’esistenza di un trattamento fiscale differenziato in funzione della residenza in un Paese terzo del percettore del reddito o del soggetto fonte del reddito. Nella causa *Emerging Markets* i dividendi versati da una società con sede in Polonia ad un fondo d’investimento pure stabilito in Polonia erano esenti da imposta, mentre i dividendi versati da una società residente ad un fondo d’investimento situato negli Stati Uniti d’America erano soggetti ad una ritenuta alla fonte del 19%. Nella causa *EV*, la deducibilità fiscale dei dividendi versati da società controllate stabilite in Paesi terzi, con la conseguente riduzione dell’utile d’esercizio della società controllante con sede in Germania, era sottoposta a condizioni più rigorose rispetto a quelle alle quali erano sottoposti i dividendi versati da società controllate con sede anch’esse in Germania. Dall’esame degli elementi comuni alle due legislazioni nazionali contestate nei processi *a quo* che avevano dato origine alle due cause pregiudiziali suddette, si può dedurre che, se la Corte accerta una differenza di trattamento fiscale unicamente in funzione della residenza in un Paese terzo di uno dei soggetti partecipanti all’operazione (nelle due sentenze precitate: il percettore del reddito o il soggetto fonte del reddito), la norma di legge nazionale che istituisce tale trattamento fiscale differenziato comporta una restrizione al-

la libera circolazione dei capitali fra Stati membri e Paesi terzi «contraria, in linea di principio, all'art. 63 TFUE»<sup>31</sup>.

In secondo luogo, la Corte ha esaminato se questa differenza di trattamento fiscale può sottrarsi alla qualifica di restrizione ai movimenti di capitale sulla base dell'art. 65, par. 1, lett. *a.*, TFUE, che in deroga all'art. 63 autorizza gli Stati membri a prevedere nella loro legislazione tributaria modalità di imposizione differenziate «tra i contribuenti che non si trovano nella medesima situazione per quanto riguarda il loro luogo di residenza o il luogo di collocamento dei loro capitali», fermo restando che, secondo quanto espressamente previsto dal successivo par. 3 dello stesso art. 65 TFUE, tali differenze di trattamento fiscale «non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al libero movimento dei capitali di cui all'art. 63». Per procedere alla valutazione dell'esistenza di una restrizione (vietata) alla libera circolazione dei capitali e non di una differenza (lecita) di trattamento, la Corte ha introdotto un giudizio di "comparabilità oggettiva" fra le due situazioni fiscali. In entrambe le cause precitate la Corte è infatti pervenuta alla conclusione che, in un caso, i fondi d'investimento residenti e quelli non residenti si trovano in una situazione oggettivamente comparabile<sup>32</sup> e, nell'altro, la situazione di una società beneficiaria di dividendi distribuiti da società residenti era del tutto comparabile a quella di una società beneficiaria di dividendi provenienti da partecipazioni in società non residenti<sup>33</sup>.

La Corte di giustizia è tornata a pronunciarsi ancora più di recente sull'applicazione dell'art. 63 TFUE a restrizioni di natura fiscale riguardanti movimenti di capitale da e verso Paesi terzi, nelle cc.dd. "cause danesi"<sup>34</sup> aventi ad oggetto l'interpretazione delle norme relative alle esenzioni fiscali contenute nella direttiva n. 2003/49/Ce<sup>35</sup>. Tale sentenza della Corte di giustizia europea trae origine da una contestazione del Ministero delle imposte danese nei confronti delle società *N Luxembourg 1, X Denmark A/S, C Danmark I e Z Denmark ApS*, in merito all'obbligo, incombente alle società medesime, di applicare un'imposta mediante trattenuta alla fonte sugli interessi corrisposti a società non-residenti che l'Amministrazione fi-

<sup>31</sup> Sentenza in causa n. C-190/12, *Emerging Markets*, cit. supra, nota 15, punto 43, e sentenza in causa n. C-685/16, *EV*, cit. supra, nota 30, punto 64.

<sup>32</sup> Sentenza in causa n. C-190/12, *Emerging Markets*, loc. cit., punto 69.

<sup>33</sup> Sentenza in causa n. C-685/16, *EV*, loc. cit.

<sup>34</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2019 in cause riunite n. C-115/16, n. C-118/16, n. C-119/16 e n. C-299/16, *N Luxembourg 1 e altri c. Skatteministeriet*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, febbraio 2019, EU:C:2019:134.

<sup>35</sup> Direttiva n. 2003/49/Ce del Consiglio del 3 giugno 2003 concernente il regime fiscale comune applicabile ai pagamenti di interessi e di canoni fra società consociate di Stati membri diversi.

nanziaria danese non considerava quali beneficiari effettivi degli interessi stessi, con conseguente esclusione, nei loro confronti, dell'esenzione dalla ritenuta alla fonte prevista dalla precitata direttiva n. 2003/49/Ce "interessi e canoni". Fra le varie questioni pregiudiziali poste dalla giurisdizione danese di rinvio, ai fini della presente analisi rileva quella con la quale detto giudice nazionale ha chiesto alla Corte di giustizia di sapere, nell'ipotesi in cui l'esenzione dalla ritenuta alla fonte per gli interessi versati da una società residente di uno Stato membro ad una società residente in altro Stato membro, prevista dall'art. 1 della direttiva n. 2003/49/Ce, fosse risultata non applicabile, se il regime di tassazione danese sugli interessi corrisposti a società non-residenti fosse incompatibile con l'art. 63 TFUE.

Nella dettagliata motivazione della sua sentenza *N Luxembourg* la Corte rileva in primo luogo che la normativa nazionale oggetto del procedimento principale prevede che la società residente, percettrice d'interessi da un'altra società residente, non sia soggetta all'obbligo di versamento di un acconto d'imposta sulle società nei primi due anni d'imposizione e sia quindi tenuta al versamento dell'imposta sugli interessi medesimi solamente ad una scadenza sensibilmente più lontana rispetto a quella prevista per il versamento della ritenuta alla fonte in caso di pagamento d'interessi da parte di una società residente a una società non-residente. Conseguentemente, mentre gli interessi corrisposti da una società residente a una società non-residente sono assoggettati a imposizione immediata e definitiva, gli interessi versati da una società residente ad altra società residente non sono soggetti al versamento di alcun acconto d'imposta, il che procura alla società residente una evidente e significativa facilitazione di tesoreria. Sulla base di tali considerazioni la Corte è pervenuta alla constatazione che l'esclusione di una facilitazione di tesoreria in una situazione transfrontaliera – facilitazione viceversa concessa in una situazione fiscalmente equivalente ma limitata al territorio nazionale – costituisce una restrizione alla libera circolazione dei capitali. Non avendo il Governo danese addotto alcun motivo imperativo d'interesse generale idoneo a giustificare tale restrizione sulla base dell'art. 65 TFUE, la Corte di giustizia ha concluso che tale norma legislativa danese era in contrasto con l'art. 63 TFUE<sup>36</sup>.

Con motivazioni del tutto analoghe la Corte di giustizia ha dichiarato pure incompatibili con l'art. 63 TFUE in quanto discriminatori altri due aspetti del regime impositivo danese oggetto di contestazione nel procedimento *a quo*. La prima discriminazione censurata dalla Corte è quella avente ad oggetto il tasso degli interessi di mora applicabile in caso di tar-

<sup>36</sup> Sentenza in cause riunite n. C-115/16, n. C-118/16, n. C-119/16 e n. C-299/16, *N Luxembourg*, cit. *supra*, nota 34, punto 167.

divo versamento all'amministrazione della ritenuta alla fonte sugli interessi corrisposti ad una società non-residente, tasso che era più elevato rispetto a quello applicabile in caso di tardivo pagamento dell'imposta sulla società gravante sugli interessi percepiti da una società residente da parte di un'altra società residente<sup>37</sup>. Il secondo aspetto discriminatorio della legislazione tributaria danese che imponeva ad una società residente di operare una ritenuta alla fonte sugli interessi corrisposti ad una società non residente, riguardava la deducibilità da parte della società non-residente, degli oneri finanziari da essa sostenuti e direttamente connessi all'operazione di finanziamento a favore della società residente, deducibilità che era esclusa per le società non-residenti mentre tali medesimi oneri finanziari erano deducibili in caso di corresponsione di interessi da una società residente ad un'altra società residente<sup>38</sup>.

#### **4.2 I motivi imperativi di interesse generale che possono giustificare restrizioni alla libera circolazione dei capitali**

La Corte di giustizia europea ha costantemente ammesso che una restrizione all'esercizio delle libertà fondamentali, nella fattispecie una restrizione alla libertà di circolazione dei capitali, possa essere giustificata solo sulla base di motivi imperativi di interesse pubblico, qualora la norma nazionale restrittiva, nel perseguimento di tale finalità, garantisca il conseguimento dello scopo perseguito e risulti conforme al principio di proporzionalità. Tale ipotesi di esistenza di una disparità di trattamento che, a seguito della constatazione dell'esistenza di una valida causa di giustificazione può non tradursi in una violazione dell'art. 63 TFUE, va tenuta distinta dall'ipotesi, in precedenza esaminata, in cui non sia riscontrabile "a monte" una restrizione alla libera circolazione dei capitali in quanto la differenza di trattamento prevista dalla legislazione tributaria nazionale riguarda situazioni che non risultano oggettivamente comparabili.

Il principio dell'esigenza di cause giustificative fondate su validi motivi di interesse pubblico è stato confermato dalla Corte di giustizia nella sentenza precitata *Emerging Markets* laddove essa ha dichiarato contraria alla libertà di circolazione dei capitali una normativa nazionale discriminatoria relativa alla tassazione dei dividendi "in uscita" a giustificazione della quale il Governo polacco aveva invocato la necessità di assicurare l'ef-

<sup>37</sup> Sentenza in cause riunite n. C-115/16, n. C-118/16, n. C-119/16 e n. C-299/16, *N Luxembourg*, cit. *supra*, nota 34, punto 172.

<sup>38</sup> *Ivi*, punto 179.

ficacia dei controlli fiscali da parte della propria amministrazione finanziaria, nonché l'esigenza di garantire sia la ripartizione della potestà impositiva fra uno Stato membro (Polonia) ed un Paese terzo (Stati Uniti), sia la salvaguardia del gettito fiscale. La Corte di giustizia ha respinto come non fondati tutti i suddetti motivi di interesse pubblico adottati dal Governo polacco in quanto, da un lato, esisteva un accordo bilaterale di cooperazione amministrativa fra Polonia e Stati Uniti d'America e, dall'altro, la Polonia aveva liberamente optato per il non assoggettamento ad imposta dei fondi di investimento residenti beneficiari di dividendi di origine nazionale<sup>39</sup>. È quindi sulla base di tale motivato rigetto delle giustificazioni addotte dal governo polacco che la Corte di giustizia, come sopra rilevato, ha statuito che ad un fondo di investimento stabilito negli Stati Uniti non può essere preclusa la possibilità di beneficiare di un'esenzione di imposta al pari di un fondo di investimento residente nello Stato membro in questione assumendo quale unico criterio di distinzione tra le due situazioni il Paese in cui il fondo di investimento ha la propria sede.

Anche la precitata sentenza in causa n. C-685/16, *EV*, contiene indicazioni estremamente utili per quanto riguarda i motivi imperativi di interesse generale idonei ad evitare una violazione dell'art. 63 TFUE ad opera di una legislazione tributaria nazionale che prevede una disparità di trattamento fra operazioni imponibili puramente interne ad uno Stato membro e operazioni imponibili analoghe poste in essere fra società residenti e società non residenti. La causa di giustificazione addotta dal Governo tedesco per sostenere la compatibilità con l'art. 63 TFUE della norma di legge interna che subordinava a condizioni più rigorose la deduzione dalla base imponibile dell'utile di esercizio, dei dividendi provenienti dalle partecipazioni in società di capitali con sede in Paesi terzi rispetto all'analoga deduzione relativa ai dividendi provenienti da società residenti, era la prevenzione di "costruzioni fiscali abusive" consistenti nella costituzione di società di comodo in Paesi terzi. Al riguardo, la Corte di giustizia, richiamando la propria costante giurisprudenza in materia di inammissibilità di presunzioni generali di frode e/o di abuso, ha ribadito, da un lato, che «la mera circostanza che la società distributrice di dividendi sia situata in uno Stato terzo non può fondare una presunzione generale di frode fiscale» e ha constatato, dall'altro, che il Governo tedesco non era riuscito a fornire in alcun modo «l'identificazione precisa del tipo di abuso che la legislazione tributaria di cui al procedimento principale mira a prevenire»<sup>40</sup>. Dal rigetto di tale causa di giustificazione la Corte ha concluso per l'incompa-

<sup>39</sup> Sentenza in causa n. C-190/12, *Emerging Markets*, cit. *supra*, nota 15, punti 87 e 99.

<sup>40</sup> Sentenza in causa n. C-685/16, *EV*, cit. *supra*, nota 30, punti 96 e 97.



tibilità con l'art. 63 TFUE della legislazione tedesca relativa alla deduzione degli utili derivanti da partecipazioni detenute in società di capitali aventi sede in un Paese terzo.

Su un piano più generale, dalla sentenza in causa n. C-685/16, *EV*, può essere senz'altro dedotto il principio interpretativo in base al quale gli artt. 63 e 65 TFUE non consentono in alcun modo agli Stati membri di introdurre nelle rispettive legislazioni tributarie delle presunzioni legali e/o generali di frode o abuso fondate sulla semplice circostanza che un trasferimento di fondi o di titoli o di altri valori mobiliari ha luogo fra un soggetto d'imposta residente in uno Stato membro ed un soggetto situato in un Paese terzo. In altri termini e sempre secondo l'insegnamento costante della Corte di giustizia, la frode o l'abuso devono essere provati dall'amministrazione fiscale senza alcuna possibilità di inversione dell'onere della prova a danno del contribuente, e devono essere provati "caso per caso", ovvero operazione per operazione e nei confronti di ogni singolo contribuente<sup>41</sup>.

## **5. Conclusione: l'imposta sui trasferimenti costituisce una flagrante violazione dell'art. 63 TFUE**

L'insieme delle considerazioni fin qui svolte consente a questo punto di applicare all'imposta italiana sui trasferimenti di denaro verso Paesi terzi istituita dall'art. 25-novies del d.l. n. 119/18 la metodologia di analisi elaborata dalla Corte di giustizia per valutare la compatibilità con l'art. 63 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, di legislazioni tributarie degli Stati membri che prevedono un trattamento fiscale differenziato di certe categorie di movimenti transnazionali di capitali rispetto alle analoghe categorie di movimenti di capitali puramente interni ad uno stesso Stato membro<sup>42</sup>.

Appare evidente, in primo luogo, che i trasferimenti di fondi assoggettati all'imposta – che per espresso dettato della norma istitutiva sono diversi dai pagamenti per acquisti di merci o servizi – costituiscono dei «Movimenti di

<sup>41</sup> Fra le pronunce più note e più significative di tale giurisprudenza costante v. sentenze della Corte di giustizia del 5 luglio 2012 in causa n. C-318/10, *SIAT*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, luglio 2012, EU:C:2012:415, punto 40 e del 7 settembre 2017 in causa n. C-6/16, *Eqiom*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, settembre 2017, EU:C:2017:641, punto 30.

<sup>42</sup> E. TRAVERSA, *Libera circolazione contraria all'imposta sui money transfer*, in *Il Sole 24 Ore* del 3 aprile 2019; analogamente I. SALA, *L'imposta sui money transfer contrasta sia con l'art. 63 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea sia con l'orientamento della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. trib.*, 5 aprile 2019, supplemento *on line* reperibile all'indirizzo <http://www.rivistadirittotributario.it/2019/04/05/limposta-sui-money-transfer-contrastasi-lart-63-del-trattato-sul-funzionamento-dellunione-europea-sia-lorientamento-della-corte-giustizia/>.

capitale a carattere personale» espressamente menzionati nella nomenclatura di cui all'allegato I, capitolo XI.G. alla direttiva n. 88/361/Cee. Pertanto, in base alla costante giurisprudenza della Corte di giustizia sopra ricordata riguardante l'importante «valore indicativo di riferimento» della suddetta nomenclatura, detti trasferimenti di fondi rientrano senz'altro *ratione materiae* nel campo di applicazione dell'art. 63, par. 1, TFUE.

La coerente serie di pronunce della Corte sopra esaminata avente ad oggetto restrizioni di natura fiscale ai movimenti di capitale fornisce, in secondo luogo, tutti i parametri di giudizio necessari per qualificare un'imposta nazionale che grava unicamente sui trasferimenti di denaro verso Paesi terzi e non sui trasferimenti di denaro puramente interni, come una restrizione alla libera circolazione dei capitali fra l'Italia e i Paesi terzi. Infatti i trasferimenti di fondi verso i Paesi terzi, proprio a causa dell'assoggettamento all'imposta, risultano più onerosi rispetto a quelli effettuati fra due soggetti entrambi residenti in Italia. Determinante al fine di dimostrare l'esistenza della restrizione discriminatoria vietata dall'art. 63 TFUE appare inoltre la circostanza che la situazione di un soggetto residente che trasferisce fondi dall'Italia verso un beneficiario pure residente in Italia e quella di un soggetto residente che trasferisce denaro ad un beneficiario residente in un Paese terzo sono perfettamente comparabili. Come statuito infatti dalla Corte di giustizia in due precedenti cause aventi ad oggetto norme tributarie nazionali del tutto analoghe a quella italiana istitutiva dell'imposta sui trasferimenti: «L'unico criterio di distinzione stabilito dalla normativa tributaria oggetto del procedimento principale si fonda sul luogo di residenza (del beneficiario)»<sup>43</sup>. In ordine alla comparabilità fra le due situazioni va infine rilevato che l'art. 25-*novies* del d.l. n. 119/2018 non contiene alcuna qualificazione, né della persona che dispone il trasferimento gravato dall'imposta, né della persona che ne è il destinatario nel Paese terzo. Il confronto va fatto quindi unicamente fra operazioni bancarie e più precisamente fra quelle esenti da imposta, puramente interne, e quelle assoggettate ad imposta, che sono unicamente i trasferimenti di fondi dall'Italia verso Paesi terzi.

A questo riguardo, va rilevato che tale differenza di trattamento fiscale non è in alcun modo riconducibile alle fattispecie di situazioni non oggettivamente comparabili tassativamente previste all'art. 65, par. 1, lett. a., del Trattato, vale a dire ai due casi in cui una legislazione tributaria nazionale può prevedere un regime (lecito) di imposizione differenziata tra contribuenti, o in quanto questi non si trovano nella medesima situazione dal

<sup>43</sup> Sentenze precitate in causa n. C-192/12, *Emerging Markets*, cit. *supra*, nota 15, punto 62 e in causa n. C-685/16, *EV*, cit. *supra*, nota 30, punti 92-93.

punto di vista del loro luogo di residenza o perché i medesimi contribuenti non si trovano nella medesima situazione quanto al luogo di collocamento del loro capitale. Da tale constatata inapplicabilità della facoltà di deroga prevista all'art. 65, par. 1, lett. a., consegue che l'imposta italiana dell'1,5% sui trasferimenti di denaro unicamente verso Paesi terzi costituisce una manifesta "discriminazione arbitraria" di cui all'art. 65, par. 3, TFUE e pertanto una restrizione vietata dall'art. 63, par. 1, dello stesso TFUE.

L'eventuale obiezione secondo cui l'aliquota dell'imposta discriminatoria sui trasferimenti di denaro verso i Paesi non appartenenti all'Unione europea sarebbe "soltanto" dell'1,5% può essere facilmente confutata ricordando che per giurisprudenza costante le quattro libertà fondamentali di circolazione del Trattato UE non conoscono una regola "*de minimis*" e pertanto qualsiasi restrizione, anche minima, ad una di tali libertà fondamentali costituisce per la Corte di giustizia una violazione grave dell'art. 63 TFUE<sup>44</sup>. Per di più una simile obiezione si prospetta infondata anche nei fatti se si prende in considerazione l'impatto dell'imposta sul dato macroeconomico del complesso dei trasferimenti di fondi dall'Italia verso Paesi terzi, trasferimenti che secondo i più recenti e attendibili dati statistici sono ammontati nel 2018 a 6,2 miliardi di euro<sup>45</sup>. Un prelievo dell'1,5% avrebbe l'effetto di decurtare l'importo complessivo di tali trasferimenti di ben 90 milioni di euro all'anno, che per migliaia di famiglie del Bangladesh, delle Filippine, del Pakistan, dell'India, del Senegal e della Nigeria (i principali Paesi terzi destinatari delle rimesse assoggettate al prelievo) rappresentano una capacità supplementare di acquisto, in moneta locale, notevolissima.

*Last but not least*, per quanto riguarda la tutela giurisdizionale dei debitori dell'imposta sui trasferimenti, un formidabile argomento di difesa contro la pretesa impositiva illegittima dello Stato italiano è costituito dal principio interpretativo enunciato dalla Corte nella sua precitata sentenza *Sanz de Lera*, in forza del quale l'art. 63 TFUE «attribuisce ai privati diritti che essi possono far valere in giudizio» e quindi «può essere invocato dinanzi al giudice nazionale e determinare l'inapplicabilità delle norme nazionali in contrasto con esso»<sup>46</sup>, vale a dire determinare nella fattispecie

<sup>44</sup> *Ex multis*: sentenze della Corte di giustizia del 14 dicembre 2006 in causa n. C-170/05, *Denkavit Internationaal*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 11949, EU:C:2006:783, punto 22, e del 19 luglio 2012 in causa n. C-48/11, *Veronsaijen*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, luglio 2012, EU:C:2012:485, punto 25.

<sup>45</sup> *Il Sole 24 Ore*, 17 aprile 2019, dati elaborati dalla Fondazione Leone Moressa a partire dalle statistiche della Banca d'Italia, che consentono anche di individuare i principali Paesi verso i quali i trasferimenti di fondi sono stati effettuati nello stesso anno 2018.

<sup>46</sup> Sentenza in cause riunite n. C-163/94, n. C-165/94 e n. C-250/94, *Sanz de Lera*, *cit. supra*, nota 14, punti 47 e 48. Per un'analisi dello sviluppo della giurisprudenza in materia di

l'inapplicabilità della stessa norma istitutiva dell'imposta. Questo comporta che il soggetto su cui grava l'imposta, sia esso la persona che dispone il trasferimento di fondi verso il Paese terzo o – più verosimilmente – il *Money Transfer Operator* (MTO) che effettua il trasferimento stesso nella sua veste di sostituto d'imposta, può chiedere al giudice di disapplicare direttamente l'art. 25-*novies* del d.l. n. 119/2018 e di ordinare all'amministrazione la restituzione dell'imposta illegittima. Anzi, sulla base dei precedenti giurisprudenziali sopra richiamati, il carattere discriminatorio dell'imposta risulta talmente manifesto che il MTO sostituto d'imposta potrebbe addirittura adottare il comportamento tenuto in circostanze analoghe dalla società *Telecom Italia* nel processo *a quo* che ha dato luogo alla recente sentenza della Corte resa nella causa pregiudiziale n. C-34/19<sup>47</sup>, vale a dire rifiutare di versare all'amministrazione l'imposta manifestamente incompatibile con il diritto dell'Unione ed impugnare dinanzi al giudice tributario il successivo avviso di accertamento evitando in tal modo l'aggravio di tesoreria derivante dalla situazione di creditore d'imposta<sup>48</sup>.

Viene da chiedersi, in conclusione, quale sia il vero ed inconfessabile obiettivo di questa imposta sui trasferimenti di denaro verso i Paesi non appartenenti all'Unione europea e unicamente su quei trasferimenti. Alla luce del contesto politico nel quale il d.l. n. 119/2018 fu approvato, caratterizzato da una politica migratoria del Governo dell'epoca apertamente ostile non soltanto all'accoglienza di nuovi immigrati, ma anche all'integrazione di quelli già presenti sul territorio nazionale, e sulla base del dato obiettivo della specifica categoria di operazioni finanziarie oggetto di un prelievo così apertamente discriminatorio, si può affermare che la finalità dell'imposta sui trasferimenti è sanzionatoria e persecutoria. Come constatato nell'introduzione al presente studio, tale prelievo ha per effetto quello di penalizzare, e quindi di stigmatizzare agli occhi dell'opinione pubblica, in primo luogo gli immigrati extra-comunitari che con le loro rimesse contribuiscono spesso in misura determinante al sostentamento delle loro famiglie rimaste nei poverissimi Paesi di provenienza. In secondo luogo, vittime dell'imposta discriminatoria e persecutoria sui trasferimenti sono tutti i cittadini italiani, in particolare giovani, che nell'ambito di organizzazioni non governative (ONG) di cooperazione internazionale, si sono trasferiti in Paesi extra-europei per aiutare sul posto le popolazioni locali mediante

difesa del contribuente si rinvia a EN. TRAVERSA - ED. TRAVERSA, *La protezione dei diritti dei contribuenti nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, n. 4, 2016, p. 1365, in particolare, par. 2, punto 1 ss.

<sup>47</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 4 marzo 2020 in causa n. C-34/19, *Telecom Italia SpA*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, marzo 2020, EU:C:2020:148.

<sup>48</sup> *Ivi*, punti 20 e 21.

la realizzazione di progetti di sviluppo nei tradizionali settori medico, educativo ed economico. Anche questi giovani italiani operanti nei Paesi in via di sviluppo necessitano spesso di rimesse delle loro famiglie di origine residenti in Italia per provvedere al proprio sostentamento e non gravare interamente sul bilancio delle ONG che organizzano i progetti di sviluppo.

Un'imposta così apertamente discriminatoria e persecutoria, oltre che contraria al diritto ed ai valori fondamentali dell'Unione europea, non esiste in nessun altro Stato membro dell'Unione stessa. Nella storia d'Italia esiste invece un precedente di una simile e macroscopica ingiustizia fiscale ed è la famosa "tassa sul macinato" introdotta dal Governo Menabrea nel 1868. La differenza è che quella era un'odiosa "tassa sui poveri" mentre l'imposta sui trasferimenti di denaro verso i Paesi extra-UE si configura come una non meno odiosa "tassa su chi aiuta i poveri"<sup>49</sup>. Appare dunque necessario che il Parlamento italiano cancelli al più presto questa macchia indegna dalla legislazione tributaria della Repubblica.

**Enrico Traversa\*\* e Ilaria Sticchi\*\*\***

#### SINTESI

Il legislatore italiano ha istituito alla fine del 2018 e con decorrenza 1° gennaio 2019, un'imposta dell'1,5% sui trasferimenti di denaro verso Paesi non appartenenti all'Unione europea, che pur non essendo stata ancora resa operativa in mancanza del decreto ministeriale di attuazione, potrebbe essere riscossa in qualsiasi momento dato che la norma istitutiva non è mai stata abrogata. L'articolo esamina in primo luogo quali sono le operazioni finanziarie assoggettate alla nuova imposta e i debitori dell'imposta stessa. Gli Autori effettuano poi, sulla base di un'accurata ricostruzione della giurisprudenza rilevante della Corte di giustizia, un'approfondita analisi del contenuto dell'art. 63 TFUE che sancisce il principio della libertà di circolazione dei capitali. I risultati di tale analisi sono esposti in tre fasi successive: *a.* i trasferimenti di fondi costituiscono dei «movimenti di capitale» ai sensi dell'allegato alla direttiva n. 88/361/Cee e quindi dell'art. 63 TFUE; *b.* l'art. 63 TFUE si applica anche ai rapporti fra Stati membri e

<sup>49</sup> R. ALFANO - E. TRAVERSA, *La tutela del contribuyente en la jurisprudencia de la Corte de Justicia en materia de las sanciones tributarias excesivas y las sanciones tributarias discriminatorias*, par. 7, comunicazione presentata per: XXXI Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, Guatemala 15-20 novembre 2020.

\*\* Già Consigliere giuridico principale/Direttore della Sezione *Giustizia e affari interni* del Servizio giuridico della Commissione europea; Professore a contratto di Diritto dell'Unione europea nel Dipartimento di Scienze politiche e Relazioni internazionali / Università di Bologna

\*\*\* Avvocato tributarista - Bruxelles

Paesi terzi; c. l'art. 63 TFUE si applica anche a restrizioni di natura fiscale ai movimenti di capitale. L'articolo termina con una valutazione della legittimità dell'imposta sui trasferimenti alla luce dei principi interpretativi dell'art. 63 TFUE enunciati nelle sentenze della Corte di giustizia. La conclusione è che in mancanza di un qualsiasi motivo di interesse pubblico che la possa giustificare, l'imposta sui trasferimenti costituisce "al di là di ogni ragionevole dubbio" una flagrante violazione della libertà fondamentale di circolazione dei capitali sancita dall'art. 63 TFUE e per di più un'odiosa "tassa su chi aiuta i poveri" dopo il precedente della "tassa sui poveri" rappresentato dalla tassa sul macinato introdotta dal Governo Menabrea nel 1868.

#### ABSTRACT

*The Italian Parliament introduced at the end of 2018 with effect from the 1st of January 2019 a tax of 1,5% on money transfers to countries non-members of the European Union. Such tax has not been collected until today since the Italian Minister of Finances has not yet adopted the related implementing decree but the collection of the tax could start at any time as the relevant provision of law that introduced it has never been repealed. The article examines firstly which are financial transactions subject to the tax and by whom the tax is due. Subsequently the two Authors analyse in detail on the basis of a thorough reconstruction of the relevant case-law of EU Court of justice the content of Article 63 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFUE) which establishes the principle of free movement of capital. The results of such accurate analysis are explained in three stages: a. money transfers are to be included among the «movements of capital» listed in the annex to Directive n. 88/361/EEC and consequently fall within the scope of application of Article 63 TFEU; b. Article 63 TFEU is applicable also to relations between EU Member States and Third Countries; c. Article 63 TFEU applies also to tax-law related restrictions on capital movements. The article ends by assessing the compatibility of the Italian tax on money-transfers with Articles 63 TFEU as interpreted by EU Court of justice. The Authors' conclusion is that in the absence of any ground of public interest capable of justifying it, the Italian tax on money transfers constitutes «beyond any reasonable doubt» a breach of the fundamental freedom of circulation of capital enshrined in Article 63 TFEU. It represents moreover a deeply unfair «tax on people helping the poors» after the «tax on the poors» as was named the Italian «grist-tax» introduced by Prime Minister Menabrea in 1868.*

# GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

---

## I. SENTENZE E COMMENTI

### **MANDATO DI ARRESTO EUROPEO: LA CORTE DI GIUSTIZIA UE PRECISA IL SENSO E LA PORTATA DELLA NOZIONE DI «AUTORITÀ GIUDIZIARIA EMITTENTE»\***

#### I

#### **Corte di giustizia**

#### **Sentenza del 12 dicembre 2019 in cause riunite n. C-566/19 PPU e n. C-626/19 PPU\*\***

Procedimenti a carico di JR (causa n. C-566/19 PPU) e di YC (causa n. C-626/19 PPU)

**Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Procedimento pregiudiziale d'urgenza - Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale – Decisione quadro n. 2002/584/GAI, art. 6, par. 1 - Esercizio dell'azione penale - Emissione del mandato di arresto europeo - Autorità giu-**

\* In argomento v. *infra*, p. 29 ss., il commento di ANTONIO CAIOLA.

\*\* In *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, dicembre 2019, EU:C:2019:1077. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

**diziaria emittente: nozione - Criteri di interpretazione - Indipendenza dell'organo - Proporzionalità della decisione.**

*L'art. 6, par. 1, della decisione quadro n. 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, come modificata dalla decisione quadro n. 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, deve essere interpretato nel senso che rientrano nella nozione di «autorità giudiziaria emittente», ai sensi di tale disposizione, i magistrati della procura di uno Stato membro, incaricati dell'azione pubblica e collocati sotto la direzione e il controllo dei loro superiori gerarchici, qualora il loro status conferisca loro una garanzia di indipendenza, in particolare rispetto al potere esecutivo, nell'ambito dell'emissione del mandato d'arresto europeo.*

*La decisione quadro n. 2002/584, come modificata dalla decisione quadro n. 2009/299, deve essere interpretata nel senso che i requisiti inerenti a una tutela giurisdizionale effettiva di cui deve beneficiare una persona nei confronti della quale è emesso un mandato d'arresto europeo ai fini dell'esercizio di un'azione penale sono soddisfatti qualora, secondo la normativa dello Stato membro emittente, le condizioni per l'emissione di tale mandato e in particolare la sua proporzionalità siano oggetto di un sindacato giurisdizionale in detto Stato membro.*

## II

### **Corte di giustizia**

#### **Sentenza del 12 dicembre 2019 in causa n. C-625/19 PPU\*\*\***

Procedimento a carico di XD

**Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Procedimento pregiudiziale d'urgenza - Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale – Decisione quadro n. 2002/584/GAI, art. 6, par. 1 - Esercizio dell'azione penale - Emissione del mandato di arresto europeo - Autorità giudiziaria emittente: nozione - Criteri di interpretazione - Indipendenza dell'organo - Proporzionalità della decisione.**

*La decisione quadro n. 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna*

\*\*\* In *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, dicembre 2019, EU:C:2019:1078. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).



*tra Stati membri, come modificata dalla decisione quadro n. 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, deve essere interpretata nel senso che i requisiti inerenti a una tutela giurisdizionale effettiva di cui deve beneficiare una persona nei confronti della quale è emesso un mandato d'arresto europeo ai fini dell'esercizio di un'azione penale sono soddisfatti qualora, secondo la normativa dello Stato membro emittente, le condizioni per l'emissione di tale mandato e in particolare la sua proporzionalità siano oggetto di un sindacato giurisdizionale in detto Stato membro.*

### III

#### **Corte di giustizia**

#### **Sentenza del 12 dicembre 2019 in causa C-627/19 PPU\*\*\*\***

Procedimento a carico di ZB

**Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Procedimento pregiudiziale d'urgenza - Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale - Decisione quadro n. 2002/584/GAI, art. 6, par. 1 - Esercizio dell'azione penale - Emissione del mandato di arresto europeo - Autorità giudiziaria emittente: nozione - Criteri di interpretazione - Indipendenza dell'organo - Proporzionalità della decisione.**

*La decisione quadro n. 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, come modificata dalla decisione quadro n. 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, deve essere interpretata nel senso che non osta a una normativa di uno Stato membro la quale, mentre attribuisce la competenza a emettere un mandato d'arresto europeo ai fini dell'esecuzione di una pena a un'autorità che, pur partecipando all'amministrazione della giustizia di tale Stato membro, non è essa stessa un organo giurisdizionale, non prevede l'esistenza di un ricorso giurisdizionale distinto contro la decisione della suddetta autorità di emettere un tale mandato d'arresto europeo.*

\*\*\*\* In *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, dicembre 2019, EU:C:2019:1079. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).



**MANDATO D'ARRESTO EUROPEO:  
INDIPENDENZA E IMPARZIALITÀ DELL'AUTORITÀ  
GIUDIZIARIA EMITTENTE\***

**Sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea (Prima Sezione)  
del 12 dicembre 2019 in cause riunite n. C-566/19 PPU e n. C-626/19  
PPU, in causa n. C-625/19 PPU e in causa n. C-627/19 PPU**

**Sommario:** **I.** *Le questioni sollevate dalle giurisdizioni nazionali* - **II.** *La giurisprudenza pregressa della Corte di giustizia* - **III.** *Sul carattere di indipendenza dei pubblici ministeri nazionali* - **1.** *L'analisi dell'Avvocato Generale* - **2.** *La posizione della Corte* - **IV.** *Conclusioni.*

**I. Le questioni sollevate dalle giurisdizioni nazionali**

Il 12 dicembre 2019 la Corte di giustizia dell'Unione europea, arricchendo la propria giurisprudenza sul mandato d'arresto europeo, ha pronunciato tre sentenze che precisano come deve essere interpretata la nozione di «autorità giudiziaria emittente» nel quadro dell'applicazione del mandato d'arresto europeo. Le sentenze in esame riguardano quattro cause aventi ad oggetto domande di pronuncia pregiudiziale urgente (PPU) proposte alla giurisdizione dell'Unione dalla Corte d'appello (*Cour d'appel*) di Lussemburgo e dal Tribunale di Amsterdam (*rechtbank Amsterdam*)<sup>1</sup>.

\* Il presente commento costituisce unicamente il parere personale dell'Autore e non riflette necessariamente quello del Parlamento europeo né quello del suo Servizio Giuridico, del quale l'Autore è Membro.

<sup>1</sup> Le sentenze della Corte di giustizia del 12 dicembre 2019 trovano la loro origine in diverse domande di pronuncia pregiudiziale ex art. 267 del Trattato sul funzionamento del-

Le dette giurisdizioni nazionali nutrivano dubbi in ordine alla nozione precisa di «autorità giudiziaria emittente», ai sensi della decisione quadro n. 2002/584/GAI relativa al mandato di arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri<sup>2</sup>, come interpretata dalla Corte di giustizia, per quanto riguarda i pubblici ministeri francese (cause riunite n. C-566/19 PPU, *Parquet général du Grand-duché de Luxembourg c. JR*, e n. C-626/19 PPU, *Openbaar Ministerie c. YC*<sup>3</sup>), svedese (causa n. C-625/19 PPU, *Openbaar Ministerie c. XD*<sup>4</sup>) e belga (causa n. C-627/19 PPU, *Openbaar Ministerie contro ZB*<sup>5</sup>). Nei procedimenti nazionali riguardanti le prime tre cause, i mandati d'arresto europeo erano stati emessi ai fini dell'esercizio di azioni penali contro tre individui; nell'ultimo caso, si trattava di un mandato d'arresto europeo avente ad oggetto l'esecuzione di una pena privativa di libertà, inflitta con sentenza definitiva.

Come è noto, conformemente all'art. 1 della decisione quadro n. 2002/584/GAI, il mandato d'arresto europeo è una decisione giudiziaria emessa da uno Stato membro in vista dell'arresto e della consegna da parte di un altro Stato membro di una persona ricercata ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena oppure di una misura di sicurezza privative della libertà. Come previsto al par. 2 dell'articolo 1 della decisione quadro, gli Stati membri dell'Unione danno esecuzione ad ogni mandato d'arresto europeo in base al principio del riconoscimento reciproco e conformemente alle disposizioni della stessa decisione quadro.

Secondo l'art. 6 della decisione quadro relativa al mandato d'arresto europeo deve intendersi par autorità giudiziaria emittente «l'autorità giudiziaria dello Stato membro emittente che, in base alla legge di detto Stato, è competente a emettere un mandato d'arresto europeo» (par. 1); inoltre, ciascuno «Stato membro comunica al Segretariato generale del Consiglio qual è l'autorità competente in base al proprio diritto interno» (par. 3). Trattasi, dunque, di norme brevi e, potremmo anche sostenere, non sufficientemente dettagliate, che demandano in buona sostanza la definizione di «autorità giudiziaria emittente» al diritto nazionale.

Nondimeno, la Corte di giustizia ha avuto modo di sottolineare che «il senso e la portata di tale nozione non possono essere lasciati alla discrezio-

l'Unione europea (TFUE) che sono state trattate secondo il procedimento pregiudiziale d'urgenza in virtù dell'art. 23 *bis* dello Statuto della Corte di giustizia e dell'art. 107 del regolamento di procedura della Corte.

<sup>2</sup> Decisione quadro del Consiglio del 26 febbraio 2009, in *Gu-Ue* n. L 81 del 27 marzo 2009, p. 24.

<sup>3</sup> EU:C:2019:1077.

<sup>4</sup> EU:C:2019:1078.

<sup>5</sup> EU:C:2019:1079.

nalità dei singoli Stati membri»<sup>6</sup>, poiché ciò comporterebbe un margine di decisione troppo ampio e variabile che finirebbe per nuocere a un'interpretazione chiara e univoca dell'espressione utilizzata nella decisione quadro.

Al contrario, un'applicazione utile e non controversa di detta nozione richiede che sia necessario stabilire, nell'ordinamento giuridico dell'Unione, «un'interpretazione autonoma e uniforme che, conformemente a giurisprudenza costante della Corte, dev'essere ricercata tenendo conto, al contempo, dei termini dell'articolo 6, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584, del contesto in cui esso si inserisce e della finalità perseguita da tale decisione quadro»<sup>7</sup>. Queste parole della Corte riflettono una posizione classica del giudice dell'Unione in materia di interpretazione giuridica. Come per altre materie, l'attività giurisprudenziale della giurisdizione europea, basandosi sui criteri di interpretazione che tengono in considerazione il testo, il contesto e la finalità delle norme giuridiche in causa, segna in modo decisivo il significato, l'ambito e i limiti delle norme adottate dal legislatore dell'Unione<sup>8</sup>.

## II. La giurisprudenza pregressa della Corte di giustizia

Per comprendere pienamente l'importanza delle sentenze in esame, è altresì opportuno ricordare che la Corte di giustizia aveva avuto l'opportunità di precisare, già nel mese di maggio 2019, a seguito di domande di pronuncia pregiudiziale proposte dalla Corte suprema (*Supreme Court*) d'Irlanda, i criteri applicabili per definire eventualmente i pubblici ministeri di alcuni Stati membri quali «autorità giudiziarie emittenti» ai sensi dell'art. 6, par. 1, della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, concludendo peraltro in modo diverso, per quanto riguarda il merito delle cause, nelle due decisioni.

Difatti, nel contesto delle tre cause pregiudiziali che si sono concluse con le due sentenze del 27 maggio 2019<sup>9</sup>, la Corte aveva operato una chia-

<sup>6</sup> V., in tal senso, la sentenza della Corte di giustizia (Quarta Sezione) del 10 novembre 2016 in causa n. C-452/16 PPU, *Poltorak*, EU:C:2016:858, punti 30 e 31, nonché la sentenza della stessa Corte (Quarta Sezione) del 10 novembre 2016 in causa n. C-477/16, *Kovalkovas*, EU:C:2016:861, punti 31 e 32.

<sup>7</sup> *Ibidem*, punto 32 della sentenza *Poltorak* e punto 33 della sentenza *Kovalkovas*.

<sup>8</sup> Per un commento critico a questa giurisprudenza, A. ROSANÒ, *If You Are a Judicial Authority and You Know It, Raise Your Hands - Case Note on C-452/16 PPU, Poltorak, C-453/16 PPU, Özçelik, C-477/16 PPU, Kovalkovas*, in *European Criminal Law Review*, 1/2017, vol. 7, p. 89.

<sup>9</sup> V. la sentenza della Corte (Grande Sezione) in cause riunite n. C-508/18 e n. C-82/19 PPU, *Minister for Justice and Equality c. OG e PI*, EU:C:2018:456, nonché la sentenza della

ra distinzione fra le procure tedesche e il procuratore lituano: le prime, secondo il giudice dell'Unione, non potevano essere ricomprese nella nozione di «autorità giudiziaria emittente» ai sensi della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, poiché risultavano esposte al rischio di essere soggette, direttamente o indirettamente, a ordini o a istruzioni individuali da parte del potere esecutivo nell'ambito dell'adozione di una decisione relativa all'emissione di un mandato d'arresto europeo; al secondo, invece, il giudice dell'Unione aveva riconosciuto uno *status*, malgrado la sua separazione dal potere giudiziario, che gli conferisce una garanzia d'indipendenza rispetto al potere esecutivo nel quadro dell'emissione di un mandato d'arresto europeo<sup>10</sup>.

La Corte di giustizia aveva, inoltre, precisato che l'«autorità giudiziaria emittente» deve essere in grado di esercitare la sua funzione «in maniera obiettiva, tenendo conto di tutti gli elementi a carico e a discarico, e senza essere esposta al rischio che il suo potere decisionale sia soggetto a ordini o istruzioni esterni, in particolare proveniente dal potere esecutivo, di modo che non vi sia alcun dubbio sul fatto che la decisione di emettere il mandato d'arresto europeo spetta a tale autorità e non, in definitiva, al predetto potere»<sup>11</sup>. Di conseguenza, secondo la Corte, l'autorità giudiziaria in causa deve poter assicurare all'autorità giudiziaria dell'esecuzione (di un altro Stato membro) che essa agisce in modo indipendente nell'esercizio delle sue funzioni inerenti all'emissione di un mandato d'arresto europeo.

Per quanto riguarda, in particolare, le procure tedesche, la Corte di giustizia, basandosi sulle informazioni messe a sua disposizione e raccolte grazie anche alle informazioni ricevute dalle autorità nazionali, aveva considerato che esse sono esposte al rischio di essere soggette, direttamente o indirettamente, a ordini o a istruzioni individuali da parte del potere esecutivo, quale un Ministro della giustizia del *Land* interessato, nell'ambito di una decisione relativa all'emissione di un mandato d'arresto europeo. In altri termini, la giurisdizione dell'Unione aveva constatato l'esistenza di un'influenza del potere esecutivo che può aver per effetto di incidere in modo significativo sull'attività delle procure fino al punto da metterne in discussione la sostanziale indipendenza nei confronti del potere esecutivo.

stessa Corte (Grande Sezione) in causa n. C-509/18, *Minister for Justice and Equality c. PF* EU:C:2018:457.

<sup>10</sup> Cfr. V. MICHEL, "Autorité judiciaire d'émission", *Commentaires, Espace de liberté, de sécurité et de justice*, in *Europe*, N° 7, Juillet 2019, p. 14, e F. CALLEAU e A. WEYEMBERGH, *Arrêt «OG et PI»: la notion d'autorité judiciaire d'émission et l'exigence d'indépendance à la lumière de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen*, *Commentaires*, in *Journal de droit européen*, 2019, p. 363.

<sup>11</sup> Punto 51 della sentenza *Minister for Justice and Equality c. PF* e punto 73 della sentenza *Minister for Justice and Equality c. OG e PI*.

### III. Sul carattere di indipendenza dei pubblici ministeri nazionali

#### I. L'analisi dell'Avvocato Generale

L'Avvocato Generale Campos Sánchez-Bordona, nelle proprie conclusioni nelle cause in esame<sup>12</sup>, presentate il 26 novembre 2019, ha precisato chiaramente che l'autorità giudiziaria che emette un mandato d'arresto europeo deve essere pienamente indipendente e non soggetta a vincoli gerarchici, né a ordini o istruzioni. Nella causa n. C-627/19 PPU, l'Avvocato Generale ha concluso che il mandato d'arresto europeo emesso dal pubblico ministero di uno Stato membro ai fini di una pena privativa della libertà irrogata con sentenza definitiva deve poter essere oggetto di un ricorso giurisdizionale analogo a quello applicabile ai mandati emessi ai fini dell'esercizio di un'azione penale, non pronunciandosi sull'indipendenza del pubblico ministero belga, poiché non discussa nella causa. Allo stesso modo, l'Avvocato Generale, nella causa n. C-627/19 PPU, non si è espresso sull'indipendenza del pubblico ministero svedese, poiché ha considerato che essa non era stata oggetto di discussione nella causa. L'Avvocato Generale si è limitato a richiamare e a sottolineare i diritti all'impugnazione della persona ricercata in forza di un mandato d'arresto europeo emesso dal pubblico ministero che partecipa all'amministrazione della giustizia e al quale è garantito uno *status* di indipendenza.

Tuttavia, relativamente al pubblico ministero francese, l'Avvocato Generale ha evidenziato due problemi. Il primo riguardava la circostanza che sebbene dal 2014 la procura francese non sia più assoggettata ad eventuali istruzioni individuali provenienti dal potere esecutivo, essa rimane la destinataria di eventuali istruzioni generali. Il secondo concerneva il fatto che la struttura gerarchica della procura implica la subordinazione ai superiori gerarchici. Secondo la posizione presa dall'Avvocato Generale, l'indipendenza dell'autorità giudiziaria che emette un mandato d'arresto europeo presuppone che l'organo interessato eserciti le sue funzioni in piena autonomia. Ciò comporta che detto organo non sia soggetto ad alcun vincolo gerarchico o di subordinazione nei confronti di alcuno e che non riceva ordini o istruzioni da alcuna fonte, con la conseguenza che esso sarà tutelato dagli interventi o dalle pressioni esterne che possono comprometterne l'indipendenza di giudizio e influenzarne le decisioni<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> L'analisi dell'Avvocato Generale è stata particolarmente argomentata e approfondita nelle sue conclusioni nelle cause riunite n. C-566/19 PPU e n. C-626/19 PPU, alle quali le altre conclusioni, nelle cause n. C-625/19 PPU e n. C-627/19 PPU, fanno riferimento per taluni importanti aspetti.

<sup>13</sup> Si veda il punto 37 delle conclusioni nelle cause riunite n. C-566/19 PPU e n. C-626/19 PPU.

L'Avvocato Generale ha considerato infatti «inconcepibile che un giudice (indipendente) debba conformarsi a istruzioni provenienti dal potere esecutivo, per quanto generali possano essere, quando è chiamato a pronunciarsi su una cosa tanto preziosa come la libertà dei suoi concittadini»<sup>14</sup>, poiché il «giudice è soggetto solo alla legge, non già agli orientamenti di politica criminale impartiti da un governo»<sup>15</sup>. Invece, tali orientamenti «possono legittimamente vincolare i procuratori degli Stati membri che scelgano di ammettere istruzioni di tal genere»<sup>16</sup>. L'esistenza di detti orientamenti e la limitazione della capacità di agire in modo autonomo, secondo la valutazione dell'Avvocato Generale, impedisce il riconoscimento dello *status* di autorità giudiziaria emittente ai membri del pubblico ministero che siano in qualche modo indotti ad attenersi alle istruzioni generali del potere esecutivo.

Adeguato e convincente sembra il ragionamento dell'Avvocato Generale anche laddove egli ha espresso con chiarezza la differenza esistente fra le nozioni di imparzialità e indipendenza. Partendo dalla questione sollevata dal giudice di rinvio lussemburghese, l'argomentazione dell'Avvocato Generale si è sviluppata giustapponendo le due nozioni che sono rilevanti nei procedimenti pregiudiziali. Difatti, la Corte d'appello lussemburghese aveva dubitato che il pubblico ministero francese potesse essere considerato quale «autorità giudiziaria emittente» non solo in base allo *status* di detta istituzione, ma anche in ragione del fatto che i procuratori francesi, essendo tenuti a controllare il rispetto delle condizioni necessarie per l'emissione di un mandato d'arresto europeo e ad esaminare la proporzionalità di quest'ultima alla luce delle circostanze del fascicolo penale, sono al tempo stesso l'autorità incaricata dell'esercizio dell'azione penale nel medesimo procedimento.

Orbene, secondo l'Avvocato Generale, «queste obiezioni del giudice del rinvio riguardano più l'imparzialità del pubblico ministero che la sua indipendenza»<sup>17</sup>. Il pubblico ministero potrebbe essere comunque obbligato ad agire in piena obiettività nella fase delle indagini di un procedimento penale e la sua posizione potrebbe avvicinarsi a quella di un giudice istruttore, negli ordinamenti giuridici che prevedono una tale figura, fra le cui competenze rientra l'emissione di un mandato d'arresto europeo.

<sup>14</sup> Punto 38 delle conclusioni dell'Avvocato Generale nelle cause riunite n. C-566/19 PPU e n. C-625/19 PPU.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> Punto 39 delle conclusioni dell'Avvocato Generale nelle cause riunite n. C-566/19 PPU e n. C-625/19 PPU.

<sup>17</sup> *Ivi*, punto 50.



L'Avvocato Generale ha stabilito una distinzione fra la natura di parte nel procedimento penale, che il pubblico ministero formalmente riveste, e la sua azione, non necessariamente indipendente e libera da qualsiasi influenza del potere esecutivo. Se la prima non è incompatibile con il riconoscimento al pubblico ministero «di uno status di imparzialità, come norma (non solo deontologica, ma anche giuridica) di comportamento nel processo»<sup>18</sup>, la seconda, evidentemente, non ne garantisce l'indipendenza. Secondo l'Avvocato Generale, in ogni caso, la struttura istituzionale della procura francese non garantisce che la sua azione possa definirsi effettivamente libera da qualsiasi influenza del potere esecutivo nell'emissione di un mandato d'arresto europeo.

## 2. La posizione della Corte

La posizione assunta dalla Corte di giustizia è parzialmente diversa da quella dell'Avvocato Generale e diverso è, di conseguenza, anche l'esito della sua analisi. La Corte considera che i pubblici ministeri francese, svedese e belga rispondono ai requisiti per emettere un mandato d'arresto europeo. In modo più specifico per quanto riguarda il caso francese, i giudici dell'Unione, basandosi sulle informazioni fornite essenzialmente dal Governo francese, intervenuto nel procedimento dinanzi alla Corte, hanno sostenuto che gli elementi raccolti hanno permesso di «dimostrare che, in Francia, i magistrati della procura dispongono del potere di valutare in modo indipendente, segnatamente rispetto al potere esecutivo, la necessità e la proporzionalità dell'emissione di un mandato d'arresto europeo ed esercitano tale potere in modo oggettivo, tenendo conto di tutti gli elementi a carico e a scarico»<sup>19</sup>.

Secondo l'apprezzamento della Corte, se è pur vero «che i magistrati della procura sono tenuti a conformarsi alle istruzioni provenienti dai propri superiori gerarchici»<sup>20</sup>, dalla sua giurisprudenza risulta che il requisito di indipendenza, che esclude che il potere decisionale dei magistrati della procura possa essere oggetto di istruzioni esterne al potere giudiziario e provenienti in particolare dal potere esecutivo, «non vieta le istruzioni interne che possono essere impartite ai magistrati della procura dai loro superiori gerarchici, essi stessi magistrati della procura, sulla base del rapporto di subordinazione che disciplina il funzionamento del pubblico ministero»<sup>21</sup>. Di conseguenza, la Corte ha superato l'obiezione presentata

<sup>18</sup> Punto 54 delle conclusioni dell'Avvocato Generale nelle cause riunite n. C-566/19 PPU e n. C-625/19 PPU.

<sup>19</sup> Punto 55 della sentenza nelle cause riunite n. C-566/19 PPU e n. C-625/19 PPU.

<sup>20</sup> *Ivi*, punto 56.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

dall'Avvocato Generale, optando per una distinzione fra istruzioni esterne (inammissibili) e interne (compatibili, almeno in una certa misura).

Inoltre, la Corte ha ritenuto che l'indipendenza del pubblico ministero francese non sia rimessa in discussione dal fatto che quest'ultimo è incaricato dell'esercizio dell'azione pubblica, poiché la nozione di «autorità giudiziaria emittente» non riguarda soltanto i giudici o gli organi giurisdizionali di uno Stato membro. Tale nozione si applica, come da giurisprudenza pregressa, anche al procuratore generale di uno Stato membro competente ad esercitare l'azione penale, a condizione che il suo *status* gli riconosca una garanzia di indipendenza dal potere esecutivo nell'ambito dell'emissione di un mandato d'arresto europeo. Questo è il punto fondamentale del ragionamento svolto dalla Corte che, se non altro, ha fatto prova di una certa limpidezza nella sua argomentazione.

Alla luce di questi elementi, il giudice dell'Unione europea ha interpretato l'art. 6, par. 1, della decisione quadro relativa al mandato d'arresto europeo nel senso che nella nozione di «autorità giudiziaria emittente» rientrano i magistrati della procura di uno Stato membro, come quello francese, incaricati dell'azione pubblica e collocati sotto la direzione e il controllo dei loro superiori gerarchici, qualora il loro *status* conferisca loro una garanzia sufficiente di indipendenza, segnatamente nei riguardi del potere esecutivo, nell'ambito dell'emissione di un mandato d'arresto europeo<sup>22</sup>.

La posizione assunta dalla Corte, sulla scorta della sua giurisprudenza, pare essere più legata agli aspetti e alle garanzie formali dell'indipendenza (che sono senz'altro importanti) che a considerazioni relative all'esistenza di una sostanziale ed effettiva indipendenza. D'altronde, l'analisi della giurisdizione dell'Unione non può prescindere dagli elementi forniti dalle differenti fattispecie sottoposte al suo esame. Indispensabile, quindi, pur nel rispetto dei criteri generali stabiliti dalla giurisprudenza, che l'esame sia fatto caso per caso, alla luce di tutte le informazioni e di tutte le prove di cui si dispone.

Infine, la Corte ha anche precisato che la decisione quadro sul mandato d'arresto europeo deve essere interpretata nel senso che i requisiti inerenti a una tutela giurisdizionale effettiva di cui deve poter beneficiare una persona nei confronti della quale è emesso un mandato d'arresto europeo sono soddisfatti qualora, secondo la normativa vigente nello Stato membro emittente, le condizioni per l'emissione di tale mandato e segnatamente la sua proporzionalità siano oggetto di un sindacato giurisdizionale previsto dall'ordinamento giuridico di detto Stato membro. Se un sistema di norme procedurali a garanzia delle corrette condizioni di emissione di un manda-

<sup>22</sup> Cfr. il punto 58 della sentenza nelle cause riunite n. C-566/19 PPU e n. C-625/19 PPU.

to d'arresto europeo esiste, l'esigenza dell'esistenza di una tutela giurisdizionale effettiva risulta rispettata.

#### **IV. Conclusioni**

Le risposte della Corte di giustizia hanno senza dubbio il merito di chiarire ulteriormente una nozione essenziale nell'ambito della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo. Le sentenze del 12 dicembre 2019 riprendono essenzialmente la pregressa giurisprudenza della Corte e sono, in una certa misura, conformi e coerenti con questa.

Tuttavia, l'analisi svolta dall'Avvocato Generale, anche se non è stata pienamente seguita dalla Corte, ci sembra accurata e convincente, in particolare per quanto riguarda la situazione del pubblico ministero francese. Egli ha cercato, riuscendovi, di approfondire una tematica interessante e meritevole di ulteriore analisi, quale la differenza fra imparzialità e indipendenza dei magistrati delle procure. Forse le sue pertinenti considerazioni avrebbero meritato un'attenzione più accurata da parte della Corte. Quest'ultima è sembrata più attenta a fondare la propria decisione sulle garanzie presentate dal Governo francese, che ha presentato osservazioni nelle cause in esame, come del resto hanno fatto anche diversi altri Governi degli Stati membri dell'Unione.

In aggiunta, possiamo rilevare che l'Avvocato Generale è parso più sensibile della Corte all'accertamento di una piena indipendenza del pubblico ministero nell'azione relativa all'emissione di un mandato d'arresto europeo, anche rispetto ai propri vincoli di subordinazione gerarchica interna. Anche in questa materia, la Corte ha preferito un'analisi più rapida e incentrata sulla garanzia della sola indipendenza dall'influenza, che potremmo definire più diretta ed evidente, del potere esecutivo. La posizione assunta dal giudice dell'Unione è, comunque, certamente comprensibile, poiché l'indipendenza dei magistrati della procura dal potere esecutivo costituiva senza dubbio, nell'ambito delle domande di pronuncia pregiudiziale esaminate, il requisito essenziale richiesto all'autorità giudiziaria emittente ai sensi della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo. In ultima analisi, la visione della Corte sembra improntata a una valutazione che pur incisiva, potremmo definire insieme realista e pragmatica, ma non particolarmente minuziosa nell'esame della questione relativa all'indipendenza effettiva dell'autorità giudiziaria di emissione del mandato d'arresto europeo.

**Antonio Caiola\***

\* Capo Unità al Servizio Giuridico / Parlamento europeo

## SINTESI

Nelle sentenze del 12 dicembre 2019 la Corte di giustizia dell'Unione europea, rispondendo a diverse questioni pregiudiziali d'urgenza, ha analizzato, fra l'altro, il carattere di indipendenza di talune procure e di taluni pubblici ministeri nazionali. Nel contesto di queste cause, l'Avvocato Generale aveva avuto l'opportunità di esaminare la differenza esistente fra le nozioni di indipendenza e di imparzialità delle autorità giudiziarie di emissione, ai sensi della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo. La Corte di giustizia, arricchendo la sua giurisprudenza in materia di mandato d'arresto europeo, ha chiarito il significato della garanzia di indipendenza dell'autorità giudiziaria di emissione, prendendo in esame le discipline esistenti nei diversi ordinamenti giuridici nazionali degli Stati membri in questione. In particolare, la Corte ha considerato che i pubblici ministeri francese, svedese e belga rispondono ai requisiti per emettere un mandato d'arresto europeo. La giurisdizione dell'Unione ha altresì ritenuto che l'eventuale esistenza di un vincolo gerarchico nell'organizzazione interna di una procura nazionale non esclude di per sé il rispetto del requisito di indipendenza dell'autorità giudiziaria d'emissione in causa, prescritto dalle norme pertinenti della decisione quadro, così come esse sono state interpretate dalla Corte.

## ABSTRACT

*In its judgments delivered on 12 December 2019, the Court of Justice of the European Union, answering to several references for urgent preliminary ruling, analysed, inter alia, the independence of certain national public prosecutor's offices. In the context of these cases, the Advocate General had the opportunity to examine the difference between the notions of independence and impartiality of the issuing judicial authorities, according to the Framework Decision on the European arrest warrant. The Court of Justice, developing its case law on the European arrest warrant, clarified the meaning of the guarantee of independence of the issuing judicial authority, taking into account the existing rules provided for in the national legal orders of the concerned Member States. In particular, the Court considered that the French, the Swedish and the Belgian public prosecutor's offices met the requirements for issuing a European arrest warrant. The Court of Justice also ruled that the existence of a hierarchical link in the internal organisation of a national public prosecutor's office does not per se exclude compliance with the respect of the requirement of independence of the concerned issuing judicial authority, as established in the relevant provisions of the Framework Decision, as interpreted by the Court.*

## II. MASSIMARIO ANNOTATO\*

### **LA CORTE DI GIUSTIZIA PRECISA I CRITERI PER STABILIRE LA GIURISDIZIONE NELLE IPOTESI DI VIOLAZIONE DELLA NORMATIVA COMUNITARIA SUI MARCHI (CONTRAFFAZIONE)**

#### **Corte di giustizia**

**Sentenza del 5 settembre 2019 in causa n. C-172/18**

AMS Neve Ltd, Barnett Waddingham Trustees, Mark Crabtree c. Heritage Audio SL, Pedro Rodríguez Arribas

**Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Marchio dell'Unione europea - Art. 97, par. 5, del Regolamento (Ce) n. 207/2009 - Competenza giurisdizionale - Azione per contraffazione - Competenza dei giudici dello Stato membro sul cui territorio «l'atto di contraffazione è stato commesso» - Pubblicità e offerte di vendita pubblicate su un sito internet e su piattaforme di reti sociali - Carattere alternativo del foro indicato all'art. 95, par. 5, del Regolamento n. 207/2009.**

*L'art. 97, par. 5, del Regolamento (Ce) n. 207/2009 del Consiglio del 26 febbraio 2009 sul marchio [dell'Unione europea] deve essere interpretato nel senso che il titolare di un marchio dell'Unione europea che si ritiene lesa dall'uso senza il suo consenso, da parte di un terzo, di un segno identico a tale marchio nella pubblicità e nelle offerte di vendita pubblicate per via elettronica per prodotti identici o simili a quelli per cui tale marchio è stato registrato, può introdurre un'azione per contraffazione*

\* A cura di ENRICA ADOBATI.

*contro tale terzo dinanzi a un tribunale dei marchi dell'Unione europea dello Stato membro sul cui territorio si trovano consumatori o professionisti cui si rivolgono tali pubblicità o dette offerte di vendita, nonostante il fatto che il suddetto terzo abbia adottato le decisioni e le misure finalizzate a tale pubblicazione elettronica in un altro Stato membro*<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> La sentenza, sopra massimata, ha offerto alla Corte di giustizia l'occasione di precisare i criteri di giurisdizione applicabili nell'ambito delle azioni volte a contrastare la contraffazione dei marchi.

La Corte di giustizia è stata, infatti, chiamata a precisare se l'autore di una dichiarata contraffazione, consistente nella pubblicità e nell'offerta in vendita di prodotti contraddistinti da un segno identico ad un marchio dell'Unione europea attraverso un sito *e-commerce*, possa essere convenuto dinanzi ai tribunali dello Stato membro sul cui territorio si trovano professionisti e consumatori ai quali si rivolge tale sito internet.

La controversia ha visto contrapposti, da un lato, la società AMS Neve Ltd, che produce e commercializza apparecchiature audio, e la Barnett Waddingham Trustees, la fiduciaria inglese del regime pensionistico dei dirigenti dell'AMS (di seguito denominate: le ricorrenti), e, dall'altro, la Heritage Audio SL, una società spagnola che commercializza anch'essa apparecchiature audio, per un'azione per contraffazione scaturita dalla presunta violazione di diritti conferiti, in particolare, da un marchio dell'Unione europea.

In seguito alla presentazione di un ricorso dinanzi al Tribunale inglese della proprietà intellettuale e dell'impresa per contraffazione di un marchio dell'Unione europea di cui le ricorrenti vantavano la titolarità, il giudice inglese adito dichiarava la propria incompetenza sostenendo che le questioni di contraffazione, rientravano, conformemente all'art. 97, par. 1, del Regolamento n. 207/2009, nella competenza dei tribunali dello Stato membro sul cui territorio il convenuto ha il suo domicilio, nel caso di specie il Regno di Spagna. L'art. 97, par. 5, statuisce, altresì, che le azioni per contraffazione possono essere presentate anche dinanzi ai tribunali dello Stato membro sul cui territorio l'atto di contraffazione è stato commesso.

La Court of Appeal England & Wales (Civil Division), adita dalle ricorrenti, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale per chiarire se il titolare di un marchio dell'Unione europea, ritenendosi leso nei suoi diritti, possa introdurre un'azione contro l'autore della violazione dinanzi a un tribunale dei marchi dell'Unione europea dello Stato membro sul cui territorio si trovano consumatori e professionisti destinatari della pubblicità e delle offerte di vendita, sebbene il soggetto abbia adottato in un altro Stato membro le decisioni e le misure finalizzate alla messa in rete delle comunicazioni.

La Corte di giustizia, *in primis*, ha preso atto dell'applicabilità del Regolamento n. 207/2009 e della facoltà di scelta riconosciuta al soggetto leso in ordine all'introduzione dell'azione per contraffazione: dinanzi al tribunale dei marchi dell'Unione europea del domicilio del convenuto (comprenderà gli atti di contraffazione commessi su tutto il territorio dell'Unione) oppure dinanzi a quello del territorio nel quale l'atto di contraffazione è stato commesso o minaccia di essere commesso (in questo caso l'azione è limitata agli atti di contraffazione commessi o che rischiano di esserlo sul territorio di un solo Stato membro, ossia quello del tribunale adito). Secondo la Corte di giustizia, il criterio di competenza giurisdizionale fa riferimento a un comportamento attivo dell'autore dell'asserita contraffazione (cfr. sentenza del 5 giugno 2014 in causa n. C-360/12, *Coty Germany*, EU:C:2014:1318).

La Corte ha precisato che, quando gli atti contestati al convenuto consistono in pubblicità e in offerte di vendita pubblicate per via elettronica per prodotti che violano la normativa comunitaria, è necessario considerare che tali comportamenti siano stati commessi sul territorio dove si trovano i consumatori e/o i professionisti destinatari delle pubblicità e delle offerte di vendita, nonostante che il convenuto sia stabilito in un altro Stato membro, che il *server* della rete elettronica da lui utilizzato si trovi in un altro territorio, o ancora che i prodotti si trovino in un altro territorio.

I ricorrenti nel procedimento principale, tramite l'azione proposta dinanzi al giudice inglese, hanno come obiettivo le pubblicità e le offerte di vendita pubblicate dai convenuti su un sito internet e su piattaforme di reti sociali solo nei limiti in cui tali pubblicità e offerte sono state destinate a consumatori e/o professionisti nel Regno Unito.

La Corte riconosce, infine, il criterio di giurisdizione di cui all'art. 97, par. 5, del Regolamento n. 207/2009 e i ricorrenti hanno, pertanto, la facoltà d'introdurre la loro azione per contraffazione dinanzi al giudice inglese per far constatare un pregiudizio al marchio dell'Unione europea nel Regno Unito (cfr. sentenze 12 luglio 2011 in causa n. C-324/09, *L'Oréal e a.*, EU:C:2011:474, annotata in questa *Rivista*, 2011, p. 510; del 19 aprile 2012 in causa n. C-523/10, *Wintersteiger*, EU:C:2012:220; del 23 marzo 2010 in cause riunite da n. C-236/08 a n. C-238/08, *Google e Google France*, EU:C:2010:159, e del 17 ottobre 2017 in causa n. C-194/16, *Bolagsupplysningen e Ilsjan*, EU:C:2017:766).

## **LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA SUL CARATTERE DISTINTIVO DI UN MARCHIO**

### **Corte di giustizia**

### **Sentenza del 12 settembre 2019 in causa n. C-541/18**

AS c. Deutsches Patent- und Markenamt

**Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Marchi - Direttiva n. 2008/95/Ce - Art. 3, par. 1, lett. b. - Carattere distintivo - Nullità dei marchi privi del carattere distintivo - Criteri di valutazione - Segno cancelletto (*hashtag*) - Consuetudini del settore economico interessato - Indicazione dell'origine commerciale del prodotto.**

*L'art. 3, par. 1, lett. b., della direttiva n. 2008/95/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2008, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa, dev'essere interpretato nel senso che il carattere distintivo di un segno di cui si chiede la registrazione come marchio dev'essere esaminato prendendo in considerazione tutti i fatti e le circostanze pertinenti, compreso il complesso delle probabili modalità di uso del marchio richiesto. Queste ultime corrispondono, in assenza di altri indizi, alle modalità d'uso che, alla luce delle consuetudini del settore economico interessato, sono idonee ad essere rilevanti nella pratica<sup>1</sup>.*

<sup>1</sup> La questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 3, par. 1, lett. b., della direttiva n. 2008/95/Ce (in *Gu-Ue* n. L 299 del 2008, p. 25) – ai sensi del quale sono esclusi dalla registrazione o, se registrati, possono essere dichiarati nulli i marchi di impresa privi di carattere distintivo – è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la AS e l'Ufficio tede-

sco dei brevetti e dei marchi (di seguito denominato: Ufficio) per la domanda di registrazione come marchio del segno cancelletto #darfersas?.

Il Bundesgerichtshof, adito in ultima istanza, ha deciso di sospendere il procedimento e di far chiarire alla Corte se un segno possieda carattere distintivo qualora sussistano nella pratica possibilità comprensibili e plausibili di usarlo come indicazione di origine per prodotti o servizi, ancorché non si tratti della forma più probabile di uso del segno.

La Corte di giustizia, in *primis*, ha osservato come qualsiasi segno oggetto di una domanda di registrazione come marchio individuale deve, per poter essere registrato, essere idoneo a distinguere i prodotti o i servizi di un'impresa da quelli di altre imprese e che non può essere escluso *a priori* che un segno cancelletto (*hashtag*), come quello oggetto del procedimento principale, sia idoneo ad identificare i prodotti o i servizi per i quali è chiesta la registrazione. Infatti, un segno del genere è presentato al pubblico in relazione a prodotti o servizi ed è idoneo a svolgere la funzione essenziale di un marchio, che è quella di indicare l'origine commerciale dei prodotti o dei servizi considerati (sul carattere intrinseco e sull'acquisizione del carattere distintivo attraverso l'uso cfr., in particolare, sentenze del 19 giugno 2014 in cause riunite n. C-217/13 e n. C-218/13, *Oberbank e a.*, EU:C:2014:2012, nonché del 16 settembre 2015 in causa n. C-215/14, *Société des Produits Nestlé*, EU:C:2015:604; sulla percezione che ne ha il pubblico di riferimento, cfr. sentenze dell'8 aprile 2003 in cause riunite da n. C-53/01 a n. C-55/01, *Linde e a.*, EU:C:2003:206; del 12 febbraio 2004 in causa n. C-363/99, *Koninklijke KPN Nederland*, EU:C:2004:86; del 10 luglio 2014 in causa n. C-421/13, *Apple*, EU:C:2014:2070 e del 6 luglio 2017 in causa n. C-139/16, *Moreno Marin*, EU:C:2017:518).

La Corte, inoltre, ha precisato che il richiedente un marchio non deve conoscere con esattezza, alla data del deposito della propria domanda di registrazione o dell'esame della stessa, l'uso che farà del marchio richiesto in caso di sua registrazione disponendo di un termine di cinque anni per dare inizio ad un uso effettivo conforme alla funzione essenziale del marchio (sentenza del 15 gennaio 2009 in causa n. C-495/07, *Silberquelle*, EU:C:2009:10).

La Corte ha precisato che le autorità competenti incaricate di accertare il carattere distintivo del segno del quale sia chiesta la registrazione come marchio possono basarsi sulle valutazioni risultanti dalle consuetudini del settore economico interessato. Ne consegue che il giudice nazionale competente dovrà valutare se il consumatore medio, vedendo il segno #darfersas? sul capo di abbigliamento, percepirà il segno stesso quale indicazione dell'origine commerciale del prodotto e non come un semplice elemento decorativo o messaggio di comunicazione sociale.

## **LA NORMATIVA NAZIONALE TEDESCA CHE VIETA A GOOGLE NEWS DI METTERE IN RETE CONTENUTI EDITORIALI (SNIPPET) COSTITUISCE UNA REGOLA TECNICA CHE DEVE ESSERE NOTIFICATA ALLA COMMISSIONE**

### **Corte di giustizia**

#### **Sentenza del 12 settembre 2019 in causa n. C-299/17**

VG Media Gesellschaft zur Verwertung der Urheber - und Leistungsschutzrechte von Medienunternehmen mbH c. Google LLC, succeduta alla Google Inc

**Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Politica industriale - Ravvicinamento delle legislazioni - Art. 1, punto 11, della direttiva n.**



**98/34/Ce - Procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione - Gestori commerciali di motori di ricerca che mettono a disposizione degli utenti prodotti editoriali - Nozione di «regola tecnica» - Obbligo della notifica alla Commissione.**

*L'art. 1, punto 11, della direttiva n. 98/34/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 giugno 1998 che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione, come modificata dalla direttiva n. 98/48/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 luglio 1998 deve essere interpretato nel senso che una disposizione nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che vieta ai soli gestori commerciali di motori di ricerca e ai prestatori commerciali di servizi che analogamente sviluppano contenuti editoriali di mettere a disposizione del pubblico prodotti editoriali o loro parti (eccetto singole parole e brevissimi estratti di testo), costituisce una «regola tecnica» ai sensi di tale disposizione, il cui progetto deve essere oggetto di previa comunicazione alla Commissione europea ai sensi dell'art. 8, par. 1, 1° comma della direttiva n. 98/34/Ce, come modificata dalla direttiva n. 98/48/Ce<sup>1</sup>.*

<sup>1</sup> La questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale Regionale di Berlino sull'interpretazione della direttiva n. 98/34/Ce (in *Guce* n. L 204 del 1998, p. 37) è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposte, da un lato, la VG Media (una società di gestione collettiva, riconosciuta in Germania, che difende i diritti d'autore e i diritti connessi di reti televisive e di stazioni radiofoniche private, nonché i diritti su offerte editoriali digitali) e, dall'altro lato, la Google LLC, società che gestisce numerosi motori di ricerca su internet (www.google.de e www.google.com), tra i quali, in particolare, il motore di ricerca dallo stesso nome nonché un sito di informazione automatica denominato «Google News», per la presunta violazione da parte di Google di diritti connessi al diritto d'autore. In particolare, la VG Media ha contestato l'utilizzo da parte di Google di estratti di testo, immagini e immagini animate (c.d. «*snippet*»), provenienti dalle offerte dei propri membri, senza pagamento di un corrispettivo, per la visualizzazione di risultati di ricerca e di sintesi di notizie.

Il giudice tedesco investito della questione ha, così, sospeso il procedimento e ha chiesto alla Corte di giustizia di chiarire se, quando uno Stato membro introduce nella propria normativa sul diritto d'autore nuove disposizioni secondo le quali agli operatori commerciali di un motore di ricerca su internet non sia permesso, senza un'adeguata autorizzazione, fornire estratti di taluni testi, immagini e video forniti dagli editori di giornali, tale normativa richieda la notifica alla Commissione europea trattandosi di una regola tecnica ai sensi della direttiva n. 98/34/Ce. La normativa tedesca di cui trattasi non è stata notificata in tal modo alla Commissione.

Il giudice del rinvio, partendo dalla nozione di «regola tecnica», ha precisato che, ai sensi dell'art. 1, p. 2, della direttiva il «servizio» è definito come «qualsiasi servizio della società dell'informazione, vale a dire qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi». La Corte ha poi individuato come l'obiettivo della normativa tedesca sia quello di porre in essere una tutela nei confronti di violazioni sistematiche delle opere degli editori *online*, poste in essere da prestatori di servizi della società dell'informazione e come il divieto di

rendere accessibili al pubblico prodotti editoriali previsto da tale normativa si rivolga non solo ai prestatori di servizi *online*, ma, altresì, ai prestatori di servizi *offline*.

Ne consegue, e così conclude la Corte di giustizia, che nella misura in cui una regola, in discussione nel procedimento principale, riguarda specificamente i servizi della società dell'informazione, il progetto di regola tecnica deve essere oggetto di previa notifica alla Commissione ai sensi dell'art. 8, par. 1, della direttiva n. 98/34/Ce (cfr. sentenze del 20 dicembre 2017 in causa n. C-255/16, *Falbert e a.*, EU:C:2017:983 e dell'8 novembre 2007 in causa n. C-20/05, *Schwibbert*, EU:C:2007:652; sull'inapplicabilità di una regola tecnica nazionale che non è stata notificata e che deve essere invocata in una controversia tra singoli, cfr. sentenza del 27 ottobre 2016 in causa n. C-613/14, *James Elliott Construction*, EU:C:2016:821).

## **UN POST DIFFAMATORIO SU FACEBOOK PUÒ ESSERE RIMOSSO ANCHE A LIVELLO MONDIALE**

**Corte di giustizia**

**Sentenza del 3 ottobre 2019 in causa n. C-18/18**

Eva Glawischnig Piesczek c. Facebook Ireland Limited

**Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Società dell'informazione - Commercio elettronico - Libera circolazione dei servizi - Direttiva n. 2000/31/Ce - Responsabilità dei prestatori intermedi - Art. 14, par. 1 e 3 - Prestatore di servizi di *hosting* - Commenti diffamatori consultabili da tutti gli utenti - Possibilità di esigere dal prestatore di porre fine ad una violazione o di impedire una violazione - Art. 18, par. 1 - Limiti personale, sostanziale e territoriale alla portata di un'ingiunzione - Art. 15, par. 1 - Insussistenza di un obbligo generale di sorveglianza e di ricerca di attività illecite - Estensione del provvedimento inibitorio a livello mondiale.**

*La direttiva n. 2000/31/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («direttiva sul commercio elettronico»), in particolare il suo art. 15, par. 1, deve essere interpretata nel senso che essa non osta a che un giudice di uno Stato membro possa:*

*– ordinare a un prestatore di servizi di hosting di rimuovere le informazioni da esso memorizzate e il cui contenuto sia identico a quello di*

*un'informazione precedentemente dichiarata illecita o di bloccare l'accesso alle medesime, qualunque sia l'autore della richiesta di memorizzazione di siffatte informazioni;*

*– ordinare a un prestatore di servizi di hosting di rimuovere le informazioni da esso memorizzate e il cui contenuto sia equivalente a quello di un'informazione precedentemente dichiarata illecita o di bloccare l'accesso alle medesime, purché la sorveglianza e la ricerca delle informazioni oggetto di tale ingiunzione siano limitate a informazioni che veicolano un messaggio il cui contenuto rimane sostanzialmente invariato rispetto a quello che ha dato luogo all'accertamento d'illeceità e che contiene gli elementi specificati nell'ingiunzione e le differenze nella formulazione di tale contenuto equivalente rispetto a quella che caratterizza l'informazione precedentemente dichiarata illecita non siano tali da costringere il prestatore di servizi di hosting ad effettuare una valutazione autonoma di tale contenuto; e*

*– ordinare a un prestatore di servizi di hosting di rimuovere le informazioni oggetto dell'ingiunzione o di bloccare l'accesso alle medesime a livello mondiale, nell'ambito del diritto internazionale pertinente<sup>1</sup>.*

<sup>1</sup> Un *provider* che gestisce una piattaforma di rete sociale può essere obbligato ad eliminare determinati contenuti messi in rete dagli utenti di tale piattaforma? Per trovare una risposta a questo interrogativo il giudice del rinvio, l'Oberster Gerichtshof (Corte suprema austriaca) ha invitato la Corte a specificare gli obblighi che possono essere imposti ad un *host provider*, senza che ciò porti ad imporre un obbligo generale in materia di sorveglianza, vietato ai sensi dell'art. 15, par. 1, della direttiva n. 2000/31/Ce sul commercio elettronico (in *Guce* n. L 178 del 2000, p. 1). Tale questione pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, la signora Eva Glawischnig Piesczek, deputata della Camera dei rappresentanti del Parlamento austriaco nonché presidente del gruppo parlamentare de «i Verdi» e, dall'altro lato, la Facebook Ireland Limited, che gestisce una piattaforma mondiale di *social media* con sede in Irlanda, per la pubblicazione, sulla pagina di un utente ospitata sul sito del *social network* Facebook, di un messaggio contenente dichiarazioni lesive dell'onore della ricorrente. In seguito alla pubblicazione di un commento su un articolo della rivista di informazione austriaca *online oe24.at* condiviso da un utente di internet, la ricorrente chiedeva alla Facebook Ireland di rimuovere tale commento.

La Corte Suprema austriaca, chiamata a risolvere la vertenza, ha deciso di sospendere il procedimento e di chiedere alla Corte di giustizia se a un prestatore di servizi di *hosting* può essere ordinato di rimuovere le informazioni da esso memorizzate e il cui contenuto sia identico e/o equivalente a quello di un'informazione precedentemente dichiarata illecita e di cui Facebook non sia a conoscenza o di bloccare l'accesso alle medesime, e se sia possibile estendere il provvedimento inibitorio a livello mondiale.

A parere della Corte, poiché con i *social network* si assiste ad una trasmissione rapida delle informazioni che vengono memorizzate dal prestatore di servizi di *hosting* tra i suoi vari utenti e poiché sussiste un rischio reale che un'informazione qualificata come illecita venga successivamente duplicata e condivisa da un altro utente, è legittimo bloccare l'accesso alle informazioni memorizzate, il cui contenuto sia identico a quello precedentemente dichiarato illecito, o rimuovere tali informazioni, qualunque sia l'autore della richiesta di memorizzazione delle medesime. Ed inoltre, l'ingiunzione deve potersi estendere alle informazioni il cui contenuto sia equivalente, purché le differenze nella formulazione di tale contenuto rispetto a quello dichiarato illecito non costringano il prestatore di servizi di *hosting*

interessato ad effettuare una valutazione autonoma dei contenuti.

La Corte di giustizia ha concluso precisando che la direttiva n. 2000/31/Ce non impedisce a tali provvedimenti ingiuntivi restrittivi di produrre effetti a livello mondiale.

Si osserva, infine, come le osservazioni dell'Avvocato Generale Szpunar presentate in data 4 giugno 2019 abbiano evidenziato i rischi di "censure sistematiche" presenti nel mandato conferito ai *social network* di rimuovere i contenuti senza precise istruzioni da parte di un'autorità pubblica (cfr. conclusioni, punto 74).

## **LIMITI DEL CARATTERE DISTINTIVO DI UN MARCHIO DEBOLE NEL SETTORE DEI PRODOTTI ALIMENTARI**

**Corte di giustizia**

**Sentenza del 5 marzo 2020 in causa n. C-766/18 P**

Foundation for the Protection of the Traditional Cheese of Cyprus named Halloumi c. Ufficio dell'Unione europea per la proprietà intellettuale (EUIPO)

**Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Impugnazione - Marchio dell'Unione europea - Art. 8, par. 1, lett. b., del Regolamento (Ce) n. 207/2009 - Marchio collettivo HALLOUMI (Cipro) - Opposizione - Rischio di confusione tra i consumatori - Criteri di valutazione - Applicabilità in caso di marchio anteriore collettivo - Interdipendenza tra la somiglianza dei marchi in conflitto e quella dei prodotti o servizi designati da tali marchi - Sussistenza del rischio di confusione - Annullamento della sentenza del Tribunale per errore di diritto.**

*(...) la circostanza che il carattere distintivo di un marchio anteriore sia debole non esclude l'esistenza di un rischio di confusione. Per determinare l'esistenza o no di un tale rischio, era necessario, alla luce del criterio di interdipendenza stabilito da tale giurisprudenza, esaminare se il debole grado di somiglianza dei marchi in conflitto è compensato dal grado di somiglianza più elevato, o addirittura dall'identità, dei prodotti designati da tali marchi. Orbene, la valutazione del Tribunale non contiene alcun esame concreto a tale proposito<sup>1</sup>.*

*La sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 25 settembre 2018, Foundation for the Protection of the Traditional Cheese of Cyprus named*

*Halloumi/EUIPO - M.J. Dairies (BBQLOUMI) (T 328/17, non pubblicata, EU:T:2018:594), è annullata<sup>2</sup>.*

*La causa è rinviata dinanzi al Tribunale dell'Unione europea<sup>3</sup>.*

<sup>1-3</sup> Dall'anno 2014 è in corso la procedura per l'istituzione di una denominazione d'origine protetta, che riserverebbe ai produttori ciprioti l'uso della denominazione Halloumi per formaggi, ma la Commissione non l'ha ancora conclusa (cfr. pubblicazione di una domanda di modifica ai sensi dell'art. 50, par. 2, lett. a., del Regolamento (Ue) n. 1151/2012 sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari, in *Guce* n. C 246 del 28 luglio 2015, p. 9). Allo stesso tempo, Cipro e altri enti stanno tentando di impedire ad alcune imprese di usare, sulla base della normativa in materia di marchi, la denominazione Halloumi (cfr. sentenze del Tribunale del 13 giugno 2012 in causa n. T-534/10, *Organismos Kypriakis Galaktokomikis Viomichanias c. UAMI - Garmo (HELLIM)*, EU:T:2012:292; del 7 ottobre 2015 in cause riunite n. T 292/14 e n. T-293/14, *Cipro c. UAMI (XAAAOYMI e HALLOUMI)*, EU:T:2015:752; del 13 luglio 2018 in causa n. T-825/16, *Cipro c. EUIPO - Papouis Dairies (Pallas Halloumi)*, EU:T:2018:482).

Finora, gli sforzi profusi dalla Foundation nel presente procedimento sono rimasti infruttuosi poiché l'EUIPO e il Tribunale ritengono che la denominazione HALLOUMI abbia solo un carattere distintivo minimo, in quanto descriverebbe il formaggio menzionato.

La Fondazione per la protezione del formaggio tradizionale cipriota denominato Halloumi otteneva la titolarità della denominazione HALLOUMI come marchio collettivo UE per il formaggio e, volendo impedire ad un'impresa bulgara di acquisire un marchio figurativo per un formaggio contenente la parola BBQLOUMI, si opponeva, così, alla registrazione. L'ufficio dell'EUIPO incaricato di esaminare le domande di registrazione, respingeva l'opposizione non ritendendo sussistente un rischio di confusione. La decisione di rigetto veniva impugnata dinanzi al Tribunale dell'UE che concludeva per la mancanza di rischio di confusione in quanto il termine HALLOUMI avrebbe un debole carattere distintivo designando semplicemente un tipo di formaggio. Con la sua impugnazione, la Fondazione ha chiesto, pertanto, l'annullamento della sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 25 settembre 2018 in causa n. T-328/17, *Foundation for the Protection of the Traditional Cheese of Cyprus named Halloumi c. EUIPO - M.J. Dairies (BBQLOUMI)*, non pubblicata, EU:T:2018:594).

*In primis*, la Corte ha dichiarato che il rischio di confusione si intende come il rischio che il pubblico possa credere che i prodotti o i servizi contraddistinti dal marchio anteriore e quelli designati dal marchio richiesto provengano dalla stessa impresa o, eventualmente, da imprese economicamente legate tra loro (cfr. sentenze del 12 giugno 2007 in causa n. C 334/05 P, *UAMI c. Shaker*, EU:C:2007:333; dell'8 maggio 2014 in causa n. C 591/12 P, *Bimbo c. UAMI*, EU:C:2014:305 e del 12 giugno 2019 in causa n. C 705/17, *Hansson*, EU:C:2019:481).

Nel caso di specie, dove il marchio anteriore è un marchio collettivo la cui funzione essenziale è quella di distinguere i prodotti o i servizi dei membri dell'associazione titolare da quelli di altre imprese (cfr. sentenze del 20 settembre 2017 in cause riunite da n. C-673/15 P a n. C-676/15 P, *The Tea Board c. EUIPO*, EU:C:2017:702 e del 12 dicembre 2019 in causa n. C-143/19 P, *Der Grüne Punkt c. EUIPO*, EU:C:2019:1076), il rischio di confusione è che il pubblico possa credere che i prodotti o servizi coperti dal marchio anteriore e quelli coperti dal marchio richiesto provengano tutti dai membri dell'associazione titolare del marchio anteriore o, se del caso, da imprese economicamente legate a tali membri o a tale associazione.

La Corte ha precisato che il requisito del carattere distintivo si applica anche ai marchi collettivi dell'UE e che quando un'associazione chiede la registrazione come marchio collettivo di un segno che può indicare una provenienza geografica, spetta ad essa, quindi, assicurarsi che il segno sia provvisto di elementi che permettano al consumatore di distinguere i prodotti o i servizi dei suoi membri da quelli di altre imprese. Il marchio HALLOUMI dovrebbe svolgere la propria funzione essenziale, ossia quella di distinguere i prodotti o i servizi dei membri dell'associazione che ne è titolare da quelli di altre imprese, e il carattere distintivo di tale marchio è un elemento rilevante ai fini della valutazione del-

l'esistenza di un rischio di confusione, ai sensi dell'art. 8, par. 1, lett. *b.*, del Regolamento n. 207/2009, tra tale marchio e il marchio richiesto BBQLOUMI (cfr. in questo senso la seguente giurisprudenza: sentenze dell'8 novembre 2016 in causa n. C-43/15 P, *BSH c. EUIPO*, EU:C:2016:837 e del 12 giugno 2019 in causa n. C-705/17, *Hansson*, EU:C:2019:481).

A parere della Corte, dunque, il Tribunale non ha commesso un errore di diritto avendo effettuato la valutazione del grado di carattere distintivo del marchio anteriore HALLOUMI e avendo incluso tale elemento nella sua valutazione dell'esistenza di un rischio di confusione. Valutazione che si sarebbe dovuta effettuare in maniera globale (cfr. sentenze del 12 giugno 2007 in causa n. C-334/05 P, *UAMI c. Shaker*, EU:C:2007:333; del 2 settembre 2010 in causa n. C-254/09 P, *Calvin Klein Trademark Trust c. UAMI*, EU:C:2010:488 e dell'8 maggio 2014 in causa n. C-591/12 P, *Bimbo c. UAMI*, EU:C:2014:305). Il Tribunale avrebbe dovuto esaminare se la debole somiglianza tra il marchio HALLOUMI e il marchio BBQLOUMI dal punto di vista visivo, fonetico e concettuale poteva essere compensata, in particolare, dall'identità dei prodotti designati da ciascuno di tali marchi, ossia i formaggi.

La Corte di giustizia, investita dell'impugnazione, ha basato la propria sentenza di annullamento della decisione del Tribunale, 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, così, rimessa al Tribunale che dovrà tornare a pronunciarsi sul rischio di confusione per i consumatori tra i formaggi designati BBQLOUMI di un produttore bulgaro e i prodotti del marchio collettivo HALLOUMI dei caseifici ciprioti.

## **DECADENZA DI UN MARCHIO PER MANCANZA DI USO EFFETTIVO**

### **Corte di giustizia**

**Sentenza del 26 marzo 2020 in causa n. C-622/18**

AR c. Cooper International Spirits LLC, St Dalfour SAS

**Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa - Art. 5, par. 1, lett. *b.*, della direttiva n. 2008/95/Ce - Art. 10, par. 1, primo comma - Art. 12, par. 1 - Decadenza di un marchio per mancanza di uso effettivo - Diritto di far valere una violazione dei diritti esclusivi derivante dall'uso, da parte di un terzo, di un segno identico o simile durante il periodo anteriore alla data di decorrenza della decadenza.**

*L'art. 5, par. 1, lett. b., l'art. 10, par. 1, primo comma, e l'art. 12, par. 1, primo comma, della direttiva n. 2008/95/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2008 sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa, in combinato disposto*

*con il considerando 6 di quest'ultima, devono essere interpretati nel senso che lasciano agli Stati membri la facoltà di consentire che il titolare di un marchio d'impresa decaduto dai suoi diritti alla scadenza del termine di cinque anni a decorrere dalla sua registrazione per non aver fatto di tale marchio un uso effettivo nello Stato membro interessato per i prodotti o i servizi per i quali esso era stato registrato, conservi il diritto di chiedere il risarcimento del danno subito a causa dell'uso, da parte di un terzo, prima della data di decadenza, di un segno simile per prodotti o servizi identici o simili che si prestano a confusione con il suo marchio<sup>1</sup>.*

<sup>1</sup> Con la sentenza sopra massimata la Corte di giustizia ha statuito che il titolare di un marchio, che non lo abbia mai sfruttato e sia stato dichiarato decaduto dai propri diritti su di esso per mancanza di uso effettivo alla scadenza del termine di cinque anni successivo alla pubblicazione della registrazione, può esercitare un'azione per contraffazione e chiedere il risarcimento del danno che avrebbe subito a seguito dell'utilizzazione da parte di un terzo, anteriormente alla data di decorrenza della decadenza, di un segno simile per prodotti o servizi identici o simili che si prestino a confusione con il suo marchio.

La questione pregiudiziale sollevata dalla Cour de cassation (Francia) sull'interpretazione della direttiva n. 2008/95/Ce (in *Guce* n. L 299 del 2008, p. 25) è scaturita da una controversia che ha visto contrapposte, da un lato la AR, società che commercializza bevande alcoliche e liquori e, dall'altro lato, le società Cooper International Spirits LLC, Établissements Gabriel Boudier SA e St Dalfour SAS per presunti atti di contraffazione del marchio francese registrato «SAINT GERMAIN» commessi anteriormente alla decadenza di quest'ultimo.

La ricorrente, dopo aver registrato nel 2006 il marchio semifigurativo SAINT GERMAIN presso l'Istituto nazionale francese della proprietà industriale veniva a conoscenza nel corso dell'anno 2012 del fatto che la Cooper International Spirits distribuiva, con la denominazione «St-Germain», un liquore prodotto dalla St Dalfour e dalla Établissements Gabriel Boudier. Nel corso dell'anno 2012 la ricorrente citava, così, in giudizio le tre società dinanzi al Tribunale di primo grado di Parigi per la contraffazione di marchio e nel medesimo periodo il Tribunale di primo grado di Nanterre dichiarava decaduti i diritti del ricorrente nel procedimento principale sul marchio SAINT GERMAIN. La Corte di cassazione, adita dalla ricorrente, ha deciso, così, di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia. La ricorrente ha argomentato la propria tesi sostenendo che né il diritto dell'Unione né il codice della proprietà intellettuale prevedono che durante i cinque anni successivi alla registrazione di un marchio il titolare di quest'ultimo debba dimostrare lo sfruttamento di tale marchio per usufruire della protezione del diritto dei marchi. Per contro, le convenute hanno ritenuto essenziale lo sfruttamento.

La Corte ha precisato come la normativa francese produca gli effetti della decadenza di un marchio per mancato uso a decorrere dalla scadenza di un termine di cinque anni successivi alla sua registrazione e conservi la possibilità, per il titolare del marchio in questione, di far valere, dopo la scadenza del termine, violazioni del marchio esclusivo conferito da tale marchio compiute durante tale termine, anche se il titolare è decaduto dai suoi diritti su quest'ultimo (cfr. sentenza del 21 dicembre 2016 in causa n. C-654/15, *Länsförsäkringar*, EU:C:2016:998).

**LA CORTE DI GIUSTIZIA HA PRECISATO LE IPOTESI  
DI COMPENSAZIONE AI PASSEGGERI PER RITARDO  
PROLUNGATO DEL VOLO**

I

**Corte di giustizia**

**Sentenza del 26 marzo 2020 in causa n. C-215/18**

Libuše Králová c. Primera Air Scandinavia A/S

**Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Art. 5, punto 1 del Regolamento (Ce) n. 44/2001 - Competenza giurisdizionale ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale - Competenza territoriale in materia contrattuale - Artt. 6 e 7 del Regolamento (Ce) n. 261/2004 - Diritto a compensazione pecuniaria in caso di ritardo prolungato di un volo - Contratto di trasporto che prevede prestazioni combinate di trasporto e di alloggio concluso fra il passeggero e un'agenzia di viaggi - Ricorso per il riconoscimento di una compensazione pecuniaria diretto contro il vettore aereo che non è parte di tale contratto - Direttiva n. 90/314/Cee - Contratto di viaggio «tutto compreso» concluso tra il passeggero e l'agenzia di viaggi - Nozione di «vettore aereo operativo» - Inesistenza del rapporto contrattuale tra passeggero e vettore - Competenza del giudice del luogo di partenza del volo.**

*Il Regolamento (Ce) n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 febbraio 2004, che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il Regolamento (Cee) n. 295/91, deve essere interpretato nel senso che un passeggero di un volo ritardato di tre o più ore può proporre un ricorso per il riconoscimento di una compensazione pecuniaria ai sensi degli artt. 6 e 7 di tale Regolamento nei confronti del vettore aereo operativo, anche se tale passeggero e tale vettore aereo non hanno stipulato tra loro alcun contratto e il volo di cui trattasi fa parte di un viaggio «tutto compreso» che rientra nell'ambito di applicazione della direttiva n. 90/314/Cee del Consiglio del 13 giugno 1990, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti «tutto compreso»<sup>1</sup>.*

*L'art. 5, punto 1, del Regolamento (Ce) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il ricono-*



*scimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, deve essere interpretato nel senso che un ricorso per il riconoscimento di una compensazione pecuniaria, proposto in forza del Regolamento n. 261/2004 da un passeggero nei confronti del vettore aereo operativo rientra nella nozione di «materia contrattuale», ai sensi di tale disposizione, anche se tra dette parti non è stato concluso alcun contratto e il volo operato da tale vettore aereo era previsto da un contratto di viaggio «tutto compreso», inclusivo anche di alloggio, stipulato con un terzo<sup>2</sup>.*

*Gli articoli da 15 a 17 del Regolamento n. 44/2001 devono essere interpretati nel senso che un ricorso per il riconoscimento di una compensazione pecuniaria proposto da un passeggero nei confronti del vettore aereo operativo, con il quale tale passeggero non ha concluso alcun contratto, non rientra nell'ambito di applicazione dei citati articoli relativi alla competenza speciale in materia di contratti conclusi dai consumatori<sup>3</sup>.*

## II

### **Corte di giustizia**

#### **Sentenza del 12 marzo 2020 in causa n. C-832/18**

A e altri c. Finnair Oyj

**Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Trasporto aereo - Artt. 5 e 7 del Regolamento (Ce) n. 261/2004 - Diritto a compensazione pecuniaria in caso di ritardo o di cancellazione del volo - Diritto a compensazione pecuniaria doppia in caso di ritardo o cancellazione riguardante non soltanto la prenotazione originaria, ma anche la prenotazione successiva - Esonero dall'obbligo di compensazione pecuniaria - Nozione di «circostanze eccezionali» - Pezzo c.d. «on condition» - Guasti tecnici inerenti alla manutenzione di un aeromobile - Limitazione dei diritti dei passeggeri - Diritto alla compensazione pecuniaria anche per il volo alternativo successivo.**

*Il Regolamento (Ce) n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 febbraio 2004, che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il Regolamento (Cee) n. 295/91, e segnatamente il suo art. 7, par. 1, deve essere interpretato nel senso che un passeggero aereo, che ha beneficiato di una compensazione pecuniaria a causa della cancellazione di un volo ed ha*

*accettato il volo alternativo che gli è stato proposto, può pretendere che gli sia riconosciuta una compensazione pecuniaria per il ritardo del volo alternativo, qualora tale ritardo si sia protratto per un numero di ore tale da dar diritto a una compensazione pecuniaria e il vettore aereo del volo alternativo sia lo stesso del volo cancellato<sup>4</sup>.*

*L'art. 5, par. 3, del Regolamento n. 261/2004 deve essere interpretato nel senso che un vettore aereo non può invocare, per essere esonerato dal suo obbligo di compensazione pecuniaria, «circostanze eccezionali», ai sensi di tale disposizione, con riferimento al guasto di un pezzo cosiddetto «on condition», vale a dire un pezzo che viene sostituito soltanto in caso di guasto del pezzo precedente, allorché il vettore aereo tiene sempre un pezzo di ricambio a magazzino, tranne nell'ipotesi – che deve essere verificata dal giudice del rinvio – in cui un simile guasto costituisca un evento che, per la sua natura o per la sua origine, non è inerente al normale esercizio dell'attività del vettore aereo in questione e sfugge all'effettivo controllo di quest'ultimo, avuto riguardo tuttavia al fatto che, nei limiti in cui tale guasto sia – in linea di principio – intrinsecamente legato al sistema di funzionamento dell'apparecchio, esso non deve essere considerato un evento di questo tipo<sup>5</sup>.*

<sup>1-5</sup> Nella causa *Králová* (C-215/18) la Corte di giustizia torna a pronunciarsi sull'interpretazione del Regolamento (Ce) n. 261/2004 (in *Gu-Ue* n. L 46 del 2004, p. 1), nell'ambito di un'azione per il riconoscimento di una compensazione pecuniaria promossa da una passeggera dinanzi al Tribunale del distretto di Praga ai sensi del Regolamento (Ce) n. 44/2001 (in *Guce* n. L 12 del 2001, p. 1) nei confronti della compagnia aerea danese, la Primera Air Scandinavia A/S, a causa del ritardo prolungato di un volo effettuato da quest'ultima e venduto alla ricorrente da un'agenzia di viaggi ceca unitamente ad una prenotazione alberghiera. La controversia offre alla Corte anche l'occasione di precisare se trovino applicazione le norme sulla competenza in materia contrattuale previste all'art. 5, punto 1, del Regolamento (Ce) n. 44/2001 in quanto la ricorrente non aveva concluso un contratto con la compagnia aerea e il volo rientrava in un pacchetto acquistato presso un terzo soggetto (l'agenzia viaggi). L'art. 5, punto 1, del Regolamento n. 44/2001 prevede che «La persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro: a) in materia contrattuale, davanti al giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita; b) ai fini dell'applicazione della presente disposizione e salvo diversa convenzione, il luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio è: – nel caso della compravendita di beni, il luogo, situato in uno Stato membro, in cui i beni sono stati o avrebbero dovuto essere consegnati in base al contratto, – nel caso della prestazione di servizi, il luogo, situato in uno Stato membro, in cui i servizi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati in base al contratto; c) la lettera a) si applica nei casi in cui non è applicabile la lettera b)».

Il giudice del rinvio si è interrogato, *in primis*, sulla propria competenza territoriale in quanto le disposizioni speciali in materia contrattuale consentono l'introduzione di un ricorso dinanzi al giudice del luogo in cui l'obbligazione deve essere eseguita che, nel caso di specie, è il giudice del luogo di partenza del volo (ai sensi della sentenza del 9 luglio 2009 in causa n. C 204/08, *Rehder*, EU:C:2009:439, annotata in questa *Rivista*, 2009, p. 545). Tale ragionamento dovrebbe valere in caso di esistenza di un contratto tra il soggetto/passeggero e il vettore aereo.

La Corte ha precisato, innanzitutto, la nozione di «vettore aereo» nel senso di ricom-

prendere in tale nozione il vettore che opera, o intende operare, un volo nell'ambito di un contratto con un passeggero o per conto di un'altra persona, fisica o giuridica, che abbia concluso un contratto con tale passeggero e anche il soggetto che agisca per conto della persona che ha stipulato un contratto con il passeggero (cfr. in tal senso, sentenza del 7 marzo 2018 in cause riunite n. C-274/16, n. C-447/16 e n. C-448/16, *flightright e a.*, EU:C:2018:160, annotata in questa *Rivista*, 2018, p. 102). Ne consegue, pertanto, che il passeggero di un volo ritardato può invocare l'applicazione del Regolamento n. 261/2004 contro il vettore aereo operativo, anche se tra il passeggero e il vettore aereo operativo non esiste alcun contratto.

La Corte ha chiarito, infine, che qualora un volo abbia subito un ritardo prolungato, un passeggero che ha acquistato il volo presso un'agenzia di viaggi nell'ambito di un servizio «tutto compreso», ai sensi della direttiva n. 90/314/Cee (in *Guce* n. L 158 del 1990, p. 59), può avvalersi dei diritti derivanti dal Regolamento n. 261/2004 nei confronti del vettore aereo operativo in quanto gli obblighi del vettore nei confronti dell'agenzia trovano il loro fondamento nel contratto di viaggio che il passeggero ha concluso con l'agenzia viaggi.

Nella causa n. C-832/18 la questione pregiudiziale proposta dalla Corte d'appello di Helsinki, Finlandia, è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, otto passeggeri e, dall'altro lato, la compagnia aerea Finnair Oyj, in merito a una domanda di compensazione pecuniaria conseguente al ritardo di un volo alternativo proposto da quest'ultima agli stessi passeggeri. Ai passeggeri, infatti, veniva proposto da Finnair un volo alternativo e anche tale volo raggiungeva la destinazione finale con oltre tre ore di ritardo. Le ricorrenti, dunque, agivano in giudizio per ottenere il risarcimento per entrambi i voli. La Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi sulla possibilità per i passeggeri di ottenere due compensazioni, ha precisato che il Regolamento comunitario non contiene nessuna limitazione dei diritti dei passeggeri che si avvalgono di un volo alternativo – come nel caso di specie –, ivi compresa un'eventuale limitazione del loro diritto a compensazione pecuniaria.

La Corte di giustizia, dopo aver richiamato la propria giurisprudenza in merito alla titolarità del diritto alla compensazione pecuniaria (cfr., in tal senso, le sentenze del 19 novembre 2009 in causa n. C-402/07 e n. C-432/07, *Sturgeon e a.*, EU:C:2009:716, annotata in questa *Rivista* 2009, p. 785 e del 23 ottobre 2012 in causa n. C-581/10 e n. C-629/10, *Nelson e a.*, EU:C:2012:657, annotata in questa *Rivista*, 2012, p. 711) ha precisato che, nel caso di specie, in conformità all'obiettivo del Regolamento di porre rimedio alle difficoltà affrontate, le ricorrenti hanno diritto a beneficiare per entrambi i voli della compensazione pecuniaria avendo subito un disagio in due momenti successivi.

## **NELL'AMBITO DELL'E-COMMERCE LA CORTE DI GIUSTIZIA HA DICHIARATO CHE AMAZON NON PUÒ ESSERE CONSIDERATA RESPONSABILE PER IL FATTO DI TENERE NEI PROPRI MAGAZZINI PRODOTTI CHE VIOLANO LA NORMATIVA SUI MARCHI**

**Corte di giustizia**

**Sentenza del 2 aprile 2020 in causa n. C 567/18**

Coty Germany GmbH c. Amazon Services Europe Sàrl, Amazon Europe  
Core Sàrl, Amazon FC Graben GmbH, Amazon EU Sàrl

**Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Marchio dell'Unione europea - Regolamento (Ce) n. 207/2009 - Regolamento (Ue) n. 2017/1001 - Diritti conferiti dal marchio - Uso del marchio - Stoccaggio di prodotti - Offerta e messa in commercio - Magazzinaggio in vista della spedizione di prodotti, venduti su un sito per il commercio *on line* - Violazione della normativa sui marchi - Responsabilità dei gestori di piattaforme *on line* - Non uso del marchio nell'ambito della comunicazione commerciale.**

*L'art. 9, par. 2, lett. b., del Regolamento (Ce) n. 207/2009 del Consiglio del 26 febbraio 2009, sul marchio [dell'Unione europea], e l'art. 9, par. 3, lett. b., del Regolamento (Ue) n. 2017/1001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2017 sul marchio dell'Unione europea, devono essere interpretati nel senso che una persona che conservi per conto di un terzo prodotti che violano un diritto di marchio, senza essere a conoscenza di tale violazione, si deve ritenere che non stocchi tali prodotti ai fini della loro offerta o della loro immissione in commercio ai sensi delle succitate disposizioni, qualora non persegua essa stessa dette finalità<sup>1</sup>.*

<sup>1</sup> La controversia sottoposta alla Corte di giustizia dal Bundesgerichtshof (Corte federale di giustizia tedesca) sull'interpretazione della normativa comunitaria sul marchio dell'Unione europea – Regolamento (Ce) n. 207/2009 del 26 febbraio 2009, in *Guce* n. L 78 del 2009, p. 1 e Regolamento (Ue) n. 2017/1001 del 14 giugno 2017, in *Guce* n. L 154 del 2017, p. 1 – ha visto contrapposti, da un lato, la società tedesca Coty Germany, che distribuisce profumi ed è titolare di una licenza a livello comunitario sul marchio Davidoff e, dall'altro lato, le imprese del gruppo Amazon (Amazon Services Europe Sàrl, Amazon Europe Core Sàrl, Amazon FC Graben GmbH e Amazon EU Sàrl) per aver violato il loro marchio, immagazzinando e spedendo flaconi di profumo «Davidoff Hot Water» che venditori terzi hanno messo in vendita sul *marketplace* Amazon. Nel caso di specie, i flaconi in questione non erano stati immessi sul mercato da Amazon, e neppure offerti alla vendita, ma semplicemente custoditi in deposito.

Nella sentenza *Coty Germany* (cfr. sentenza del 6 dicembre 2017 in causa n. C-230/16, EU:C:2017:941), la Corte aveva affrontato uno dei problemi sollevati dalle «piattaforme terze per la vendita su internet dei beni [di lusso]» nel contesto di un sistema di distribuzione selettiva. In tale pronuncia, la Corte aveva statuito che un fornitore di prodotti di lusso può vietare ai suoi distributori autorizzati di vendere i prodotti su una piattaforma internet terza come Amazon, al fine di preservare la propria immagine.

Il Bundesgerichtshof, adito in ultima istanza dalla Coty Germany, si è rivolto alla Corte di giustizia per far chiarire se un soggetto (Amazon) che detiene per conto di un terzo prodotti che violano la normativa sui marchi, senza essere a conoscenza di tale violazione, sia responsabile per il fatto di conservare in deposito tali prodotti, ai fini della loro offerta o immissione in commercio ai sensi delle disposizioni comunitarie, qualora non persegua egli stesso tali finalità. La Corte ha precisato che il marchio dell'Unione europea conferisce al suo titolare il diritto esclusivo di vietare a qualsiasi terzo di usare nel commercio un segno identico a tale marchio per prodotti o servizi identici a quelli per cui esso è stato registrato. E nell'elenco non tassativo dei tipi di uso che possono essere vietati dal titolare di un marchio si trova anche l'offerta dei prodotti, la loro immissione in commercio oppure il loro stoccaggio a tali fini (cfr. art. 9, par. 3, lett. b., del Regolamento n. 2017/10019). V., in tal senso, sentenze del 3 marzo 2016, *Daimler*, in causa n. C-179/15, EU:C:2016:134 e del 25 luglio 2018, *Mitsubishi Shoji Kaisha e Mitsubishi Caterpillar Forklift Europe*, in causa n.

C-129/17, EU:C:2018:594. Le disposizioni comunitarie hanno lo scopo di dare al titolare di un marchio uno strumento legale che gli consenta di vietare, e quindi di far cessare, ogni uso del suo marchio fatto da un terzo senza il suo consenso. Nel caso di specie, dalla decisione di rinvio risulta, da un lato, che le resistenti Amazon nel procedimento principale si sono limitate al magazzinaggio dei prodotti e non era loro intenzione vendere o distribuire i prodotti della Coty Germany.

La Corte ha precisato, altresì, che il solo fatto di creare le condizioni logistiche necessarie per l'uso di un marchio e di essere remunerati per tale servizio non significa che chi rende tale servizio usi egli stesso il marchio (cfr. sentenze del 23 marzo 2010, *Google France e Google*, da n. C-236/08 a n. C-238/08, EU:C:2010:159 e del 15 dicembre 2011, *Frisdranken Industrie Winters*, in causa n. C-119/10, EU:C:2011:837). Ne consegue, a parere della Corte di giustizia che le resistenti non fanno, di per sé, uso del marchio nell'ambito della loro comunicazione commerciale e non sono, pertanto, responsabili di contraffazione. È interessante, infine, rammentare che la Coty ha chiesto alla Corte di verificare se all'attività del gestore di uno spazio di mercato *on line* in circostanze come quelle oggetto del procedimento principale potesse applicarsi l'art. 14, par. 1, della direttiva n. 2000/31/Ce sul commercio elettronico oppure se il gestore potesse essere considerato un «autore della violazione» ai sensi dell'art. 11, prima frase, della direttiva n. 2004/48/Ce. Sul punto, la Corte non ha fornito una risposta non costituendo le questioni oggetto della decisione di rinvio del giudice tedesco.

## **LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA LA DIRETTIVA N. 93/13/CEE E STATUISCE CHE LA DISCIPLINA A TUTELA DEI CONSUMATORI SI APPLICA ANCHE AL CONDOMINIO – EFFETTI IMPREVEDIBILI DI QUESTA SENTENZA**

**Corte di giustizia**

**Sentenza del 2 aprile 2020 in causa n. C-329/19**

Condominio di Milano (via Meda) c. Eurothermo SpA

**Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Tutela dei consumatori - Direttiva n. 93/13/Cee - Clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori - Contratto di somministrazione dell'energia elettrica tra consumatore e condominio - Art. 1, par. 1 e art. 2, lett. b. - Nozione di «consumatore» - Condominio - Destinatari della direttiva - Applicabilità.**

*L'art. 1, par. 1, e l'art. 2, lett. b., della direttiva n. 93/13/Cee del Consiglio del 5 aprile 1993 concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, devono essere interpretati nel senso che non ostano a una giurisprudenza nazionale che interpreti la normativa di recepimento della medesima direttiva nel diritto interno in modo che le norme a tutela dei consumatori che essa contiene siano applicabili anche*

*a un contratto concluso con un professionista da un soggetto giuridico quale il condominio nell'ordinamento italiano, anche se un simile soggetto giuridico non rientra nell'ambito di applicazione della suddetta direttiva*<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> La questione pregiudiziale sull'interpretazione della direttiva n. 93/13/Cee (in *Guce* n. L 95 del 1993, p. 29) è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, un condominio di Milano (di seguito denominato: «Condominio»), e, dall'altro lato, la Eurothermo SpA, per il pagamento di interessi di mora richiesti da quest'ultima al primo a titolo di esecuzione di un contratto di fornitura di energia termica.

Nel corso dell'anno 2010 il condominio Meda, situato a Milano, stipulava con la Eurothermo un contratto di fornitura di energia termica che conteneva una clausola ai sensi della quale, in caso di ritardato pagamento, il debitore doveva corrispondere interessi di mora al tasso del 9,25% e ciò dal momento della scadenza del termine di pagamento al saldo.

In seguito al precetto intimato dalla Eurothermo al condominio Meda, quest'ultimo proponeva opposizione dinanzi al Tribunale di Milano, sostenendo di essere un consumatore, ai sensi della direttiva n. 93/13/Cee, e che la clausola, sopra citata, aveva carattere abusivo.

Il Tribunale di Milano, ritenendo la clausola abusiva e potendola annullare d'ufficio, interrogandosi sull'equiparazione del condominio al consumatore per poter applicare la direttiva oggetto di interpretazione, si è rivolto alla Corte di giustizia affinché questa chiarisse se la normativa comunitaria fosse applicabile anche a un contratto concluso con un professionista da un soggetto giuridico quale il condominio nell'ordinamento italiano (cfr. la sentenza del 22 novembre 2001 in cause riunite n. C-541/99 e C-542/99, *Cape e Idealservice MN RE*, EU:C:2001:625 (per un commento alla sentenza cfr., in questa *Rivista*, 2002, E. ADOBATI, *Per la direttiva n. 93/13/Cee le persone giuridiche non sono «consumatori»*, p. 65 s. nonché E. GRAZIUSO, *Un'ulteriore pronuncia della Corte di giustizia sulla nozione di consumatore*, p. 67 ss.), in forza della quale la nozione di «consumatore» deve essere fondata sulla natura di persona fisica del soggetto giuridico interessato). Inoltre, il giudice del rinvio ha sottolineato come – secondo la giurisprudenza della Corte suprema di cassazione italiana – da un lato, i condomini, pur non essendo persone giuridiche, si vedono riconoscere la qualità di «soggetto giuridico autonomo» e, dall'altro lato, le norme a tutela dei consumatori si applicano ai contratti stipulati tra un professionista e l'amministratore di un condominio.

La Corte di giustizia ha precisato che non essendo la materia regolamentata a livello comunitario, gli Stati membri restano liberi di disciplinare il regime giuridico del condominio nei rispettivi ordinamenti nazionali, e di qualificarlo o meno come persona giuridica.

La Corte di giustizia ha sottolineato, altresì, come dalla domanda di pronuncia pregiudiziale risulta che la Corte suprema di cassazione ha sviluppato un orientamento giurisprudenziale volto a tutelare maggiormente il consumatore estendendo l'ambito di applicazione della tutela prevista dalla direttiva n. 93/13/Cee a un soggetto giuridico, quale il condominio, che non è una persona fisica (sull'obiettivo di tutela dei consumatori perseguito dalla direttiva, cfr. sentenza del 7 agosto 2018 in cause riunite n. C-96/16 e n. C-94/17, *Banco Santander e Escobedo Cortés*, EU:C:2018:643).

Ne consegue, a parere della Corte di giustizia, che, anche se il condominio nel diritto italiano non rientra nella nozione di «consumatore» ai sensi dell'art. 2, lett. b., della direttiva n. 93/13/Cee, gli Stati membri possono applicare le disposizioni della direttiva a settori che esulano dall'ambito di applicazione della stessa come, nel caso di specie, a contratti di somministrazione dell'energia conclusi tra professionisti e il condominio appunto, che, di per sé, non sarebbero direttamente destinatari della direttiva medesima (cfr., per analogia, sentenza del 12 luglio 2012 in causa n. C-602/10, *SC Volksbank România*, EU:C:2012:443, annota in questa *Rivista*, 2012, p. 525), a condizione che una siffatta interpretazione da parte dei giudici nazionali garantisca un livello di tutela più elevato per i consumatori e non pregiudichi le disposizioni dei Trattati.

Dopo questa sentenza, forse, potrebbero esserci implicazioni a livello nazionale in quanto considerare il condominio un consumatore significa applicare anche nei confronti del primo il Codice del Consumo (D.lgs. n. 206 del 6 settembre 2005) con tutte le maggiori tutele ivi previste.

# GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

---

## LA LEGGE REGIONALE DELLA LOMBARDIA N. 27/07 IN MATERIA DI ALLOGGI DI EDILIZIA RESIDENZIALE PUBBLICA INDEBITAMENTE APPLICATA AGLI ALLOGGI EUROPEI DEL CENTRO COMUNE DI RICERCA DI ISPRA

**Corte di appello di Milano, III sezione civile**  
**Sentenza del 19 dicembre 2018-27 febbraio 2019 n. 5741\***

Azienda Lombarda per l'Edilizia Residenziale di Varese - Como - Monza  
Brianza - Busto Arsizio già Aler Varese c. Arturo Bellintani e altri

**Mancato rinnovo Convenzione europea Alloggi ISPRA -Ridetermina-  
zione canoni - Norme regionali Alloggi ERP - Applicazione.**

*In tema di determinazione dei canoni concernenti gli alloggi europei del personale del Centro Comune di Ricerca nucleare di ISPRA, si applica la normativa prevista dalla legge regionale n. 27/07 della Regione Lombardia, in materia di alloggi di Edilizia Residenziale Pubblica, in luogo della normativa europea, in assenza di rinnovo della Convenzione tra l'ALER e la Commissione europea. Pertanto, le clausole contrattuali che trovavano in detta Convenzione il loro fondamento, devono ritenersi sostituite dalla legge regionale n. 27/07 della Regione Lombardia, cui è delegata la materia.*

\* In argomento v. *infra*, p. 59 ss., il commento di *MARIA TERESA STILE*.

Le questioni affrontate nella sentenza sono qui di seguito sintetizzate. È opportuno premettere, in punto di fatto, che con Accordo stipulato in data 22 luglio 1959, ratificato con L. 1 agosto 1960 n. 906, lo Stato italiano si impegnò a fornire alloggi al personale del Centro Comune di Ricerca di Ispra (di seguito anche solo «Centro»), prima infrastruttura di ricerca dell'ENEA (all'epoca CNRN). Le modalità di assegnazione e di gestione di tali alloggi dovevano

essere stabilite con apposita Convenzione da stipulare tra INCIS, ente inizialmente incaricato della gestione, ed il CNEN. In base all'art. 2 della Convenzione stipulata nel 1966 in forza di tale rinvio, gli immobili, amministrati e gestiti da INCIS, vennero concessi in locazione a funzionari e ricercatori operanti presso il Centro. Nel 1972 la gestione venne attribuita allo IACP e, successivamente, alla Regione Lombardia, la quale ebbe a conferire, da ultimo, la gestione degli alloggi ad ALER.

La presente controversia trae origine dal mancato rinnovo nel 2008, da parte di ALER, della Convenzione sulla gestione degli alloggi, rifiuto di cui i conduttori, attori in primo grado, hanno dedotto l'illegittimità, in base al disposto dell'art. 6 dell'Accordo 1959 nonché in forza all'art. 2 della Legge 1268/61 che aveva dato esecuzione a tale accordo, chiedendo di accertare che ALER era tenuta a provvedere all'assegnazione e alla gestione degli alloggi di cui è causa, concordando con la Commissione europea i criteri da seguire sulla base di un'apposita convenzione, in esecuzione del già citato Accordo del 1959.

Nella richiamata pronuncia, la Corte ha precisato che, una volta scaduta la Convenzione tra ALER e Commissione europea, le clausole contrattuali che trovavano in detta Convenzione il loro fondamento, dovevano ritenersi sostituite dalla legge regionale n. 27/07 della Regione Lombardia, cui è delegata la materia. La legge richiamata, ha, infatti, stabilito «in ordine alla determinazione del canone nuove norme interpretative condizionanti l'autonomia contrattuale delle parti, sicché la contrarietà a queste del regolamento contrattuale non consente più all'invocata clausola di operare, in quanto, ai sensi dell'art. 1339 cod. civ. il contratto, per quanto concerne la sua efficacia normativa successiva all'entrata in vigore della norma nuova, deve ritenersi assoggettata all'efficacia della clausola imperativa da detta norma imposta, la quale sostituisce per la residua durata del contratto la clausola difforme». Non potendosi dubitare dell'imperatività delle norme di cui alla legge regionale richiamata, emanata in forza di delega costituzionale, la conseguenza è, pertanto, la sanzione della nullità della clausola contrattuale in contrasto con la norma imperativa. Ne consegue il venir meno di ogni discrezionalità dell'ente gestore nella determinazione del canone, canone determinato sulla base di stringenti criteri (corrispondenza degli aumenti ai costi stimati, esenzione degli utenti appartenenti alle fasce più basse di reddito, base di calcolo rapportata all'equo canone, destinazione di eventuali superi nel gettito alle spese di manutenzione straordinaria), criteri che ben si spiegano alla luce della pubblicità del servizio connesso alla gestione della edilizia residenziale pubblica. Di tali criteri ALER ha fatto corretta applicazione nel caso in esame come riconoscono gli appellanti, i quali non lamentano in alcun modo l'inesattezza dei calcoli eseguiti da ALER ma contestano, invece, la loro applicabilità in luogo della diversa disciplina derivante dal valore di mercato. Per quanto riguarda l'ammontare dei canoni, d'altro canto, la disciplina rinvenibile nell'Accordo e successive convenzioni non consente di affermare, come affermano gli appellanti, che i canoni dovevano determinarsi in base al libero convenzionamento delle parti, essendo la relativa determinazione rinviata alla determinazione di legge dello Stato italiano (come si legge nella convenzione del 1996 tra INCIS ed il CNEN).



## **UNA SENTENZA DELLA CORTE DI APPELLO DI MILANO APRE «ARBITRARIAMENTE» LA STRADA AL PRINCIPIO DELLA PREVALENZA DEL DIRITTO REGIONALE RISPETTO A QUELLO EUROPEO**

**Nota a Corte d'appello di Milano, sez. III civile, n. 5741 pubblicata il 27 febbraio 2019**

La sentenza in epigrafe<sup>1</sup> trae origine dalla controversia relativa al mancato rinnovo nel corso dell'anno 2008, da parte dell'ALER - Azienda Lombarda Edilizia Residenziale Varese - della Convenzione sulla gestione degli alloggi in uso al personale del Centro Comune di Ricerche Nucleari di Ispra.

La vicenda muove dall'*Accordo* concluso, in data 22 luglio 1959, tra lo Stato italiano e la Comunità europea dell'energia atomica<sup>2</sup>, rappresentata dalla Commissione delle Comunità europee (in seguito denominata «Commissione»), ratificato dall'Italia con legge n. 906 del 1° agosto 1960<sup>3</sup>, avente ad oggetto la «Approvazione ed esecuzione dell'Accordo fra il Governo italiano e la Commissione europea dell'energia atomica (Euratom)

<sup>1</sup> Corte d'appello di Milano, sez. III civ., sentenza n. 5741/2018, pubblicata il 27 febbraio 2019, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it). Per un commento alla sentenza si rinvia più ampiamente a M. T. STILE, *La Corte d'Appello di Milano e l'inopinato primato del diritto «regionale»*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, n. 1/2020, p. 185 ss.

<sup>2</sup> La Comunità europea dell'energia atomica (CEEA o Euratom) è un'organizzazione internazionale istituita, contemporaneamente alla CEE, con i Trattati di Roma del 25 marzo 1957, allo scopo di coordinare i programmi di ricerca degli Stati membri relativi all'energia nucleare ed assicurare un uso pacifico della stessa. La durata dell'Euratom è illimitata, a differenza di quella della Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA), che era stabilita in cinquant'anni (e che è scaduta, infatti, il 23 luglio 2002). Sebbene i membri appartenenti all'Euratom siano gli stessi dell'Unione europea, l'Euratom non si è mai fusa con l'UE nelle varie ratifiche dei trattati europei e mantiene tuttora una personalità giuridica separata, nonostante condivide con essa anche l'organo governativo (Commissione europea).

<sup>3</sup> In *Guri* n. 212 del 31 agosto 1960.

per l'istituzione di un Centro comune di ricerche nucleari di competenza generale, concluso in Roma il 22 luglio 1959».

La legge di ratifica, all'art. 6, prevedeva che il Governo italiano dovesse impegnarsi a fornire, a seconda delle necessità, gli alloggi occorrenti al personale del Centro di Ispra ed alle loro famiglie, precisando che «il tipo e l'ubicazione di tali alloggi saranno stabiliti di comune accordo fra il CNEN (Comitato Nazionale per l'Energia Nucleare) e la Commissione: essi saranno offerti in fitto agli interessati alle normali condizioni di mercato». L'Italia, per dare attuazione all'*Accordo* predetto, ha adottato la legge n. 1288 del 14 novembre 1961<sup>4</sup>, avente ad oggetto la «Costruzione di case da assegnare al personale del Centro comune di ricerche nucleari in Ispra», che all'art. 2 stabiliva le «modalità di assegnazione e di gestione degli alloggi» previste in un'apposita Convenzione<sup>5</sup> stipulata tra l'INCIS (Istituto Nazionale per le case degli impiegati dello Stato) e il CNEN (Comitato Nazionale per l'Energia Nucleare).

La Prima Convenzione veniva sottoscritta nell'anno 1966 tra l'INCIS e il CNEN e prevedeva, all'art. 8<sup>6</sup>, i criteri applicabili per la determinazione dei canoni di locazione facendo riferimento all'art. 13 del dpr n. 655 del 23 maggio 1964<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> In *Guri* n. 313 del 18 dicembre 1961.

<sup>5</sup> Convenzione tra l'INCIS ed il CNEN per l'amministrazione e la gestione degli alloggi costruiti con i finanziamenti previsti dalla legge 14 novembre 1961 n. 1288, da concedere in locazione al personale del Centro Comune di Ricerche Nucleari in Ispra, stipulata in data 4 aprile 1966.

<sup>6</sup> L'art. 8 della Convenzione disponeva infatti che: «i canoni di locazione degli alloggi sono determinati in conformità al disposto dell'art. 13 della legge 23 maggio 1964 n. 655 (...)».

<sup>7</sup> L'art. 13 del dpr n. 655/1964 prevedeva che: «Il computo delle pigioni relative agli alloggi degli IACP, dell'INCIS e degli Enti pubblici, non ammessi a riscatto ai sensi della vigente legislazione, è effettuato tenendo conto:

a) del tasso medio d'ammortamento del capitale investito, al netto del contributo o del concorso dello Stato, nonché delle spese di manutenzione ordinaria, delle imposte, sovrainposte e tasse generali e locali, delle spese generali, delle spese di assicurazione contro gli incendi e per responsabilità civile;

b) di una quota per servizi comprendente le spese relative alle parti comuni per pulizia, consumo di energia elettrica, per illuminazione e consumo di acqua; le eventuali spese per il portierato nonché gli oneri dipendenti dai regolamenti locali;

c) di una quota per manutenzione straordinaria.

Le quote di cui alle precedenti lett. a) e b) verranno determinate in base ai piani finanziari da predisporre da parte degli Enti costruttori e da approvarsi dal Ministero dei lavori pubblici; la quota di cui alla lett. c) verrà determinata, relativamente alle spese effettivamente sostenute, in base a consuntivi da approvarsi dal Ministero dei lavori pubblici.

Prima dell'accertamento finale dei costi di costruzione e della relativa approvazione da parte del Ministero dei lavori pubblici dei predetti piani finanziari, la misura dei canoni di locazione sarà determinata provvisoriamente salvo conguaglio.

Negli stabili provvisti di impianto di ascensore e di impianto centralizzato di riscaldamento è da computarsi nelle pigioni la rispettiva quota delle spese di esercizio ove alla gestione di essi provvedano gli Istituti predetti.

La spesa per fornitura dell'acqua ai singoli alloggi è recuperata in relazione ai consumi ed alla disponibilità per ciascun alloggio.

L'Istituto Autonomo delle Case Popolari (IACP) – subentrato successivamente all'INCIS ai sensi del dpr n. 1036 del 30 dicembre 1972<sup>8</sup>, recante «Norme per la riorganizzazione delle amministrazioni e degli enti pubblici operanti nel settore della edilizia residenziale pubblica» – provvedeva a stipulare con la Commissione europea una nuova Convenzione nel 1996 che ha trovato applicazione fino alla fine degli anni Novanta dopo essere stata rinnovata nel 1995<sup>9</sup>.

L'ALER – Azienda Lombarda per l'Edilizia Residenziale – ai sensi della legge n. 13/1996<sup>10</sup>, subentrata allo IACP nella gestione degli alloggi, proseguendo nell'indirizzo seguito da detto Istituto, stipulava con la Commissione europea nel 1999 una nuova Convenzione<sup>11</sup>, avente, ai sensi dell'art. 17, una durata di quattro anni con scadenza al 31 dicembre 2003, con rinnovo tacito continuo ogni quattro anni, in mancanza di disdetta entro sei mesi prima di ogni scadenza.

Ai sensi dell'art. 15 della Convenzione, veniva istituita la «Commissione Paritetica», ovvero un organo composto da rappresentanti dell'ALER e dello Stabilimento di Ispra del Centro Comune di Ricerca avente, tra gli altri, il compito di vigilare sulla corretta applicazione della Convenzione e sul controllo della gestione dei servizi comuni.

Nello specifico, la Commissione Paritetica aveva il compito di verificare la programmazione approvata dal Consiglio di Amministrazione dell'ALER ed inerente ai lavori di manutenzione straordinaria, di cui all'alle-

L'assegnatario è tenuto a versare un deposito, a titolo di garanzia, pari a due mensilità di fitto.

Per l'adeguamento e la perequazione, in aumento o in diminuzione, a termini del D. Lgs. 5 ottobre 1945, n. 677, modificato con D. Lgs. 4 marzo 1948, n. 145, e ratificato con legge 18 dicembre 1952, n. 3136, l'iniziativa può essere assunta oltre che da tutti gli altri Enti di cui all'art. 1 anche dalle Commissioni provinciali previste dall'art. 10 delle presenti norme, le quali debbono comunque essere sempre sentite».

<sup>8</sup> In *Guri* n. 58 del 3 marzo 1973.

<sup>9</sup> Convenzione fra la Commissione delle Comunità europee e lo IACP di Varese, per l'amministrazione e la gestione degli alloggi previsti dall'art. 6 dell'*Accordo* del 22 luglio 1959 fra il Governo italiano e la Comunità europea dell'energia atomica del 14 dicembre 1995.

<sup>10</sup> L.R. Lombardia n. 13 del 10 giugno 1996, recante «Norme per il riordino degli enti di edilizia residenziale pubblica ed istituzione delle aziende lombarde per l'edilizia residenziale (ALER)», in *B.U. Lombardia* del 15 giugno 1996 n. 24, *I suppl. ord.* In particolare, ai sensi degli art. 4 e 5, le ALER sono enti pubblici di natura economica, dotati di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e organizzativa, patrimoniale e contabile e di proprio statuto approvato dal consiglio regionale. Le ALER hanno il compito di soddisfare il fabbisogno di edilizia residenziale pubblica, nel quadro della programmazione regionale, provinciale e comunale, anche mediante la realizzazione di attività imprenditoriali, purché prevalentemente finalizzate a tale funzione sociale.

<sup>11</sup> Convenzione fra la Commissione delle Comunità europee e l'ALER di Varese, per l'amministrazione e la gestione degli alloggi previsti dall'art. 6 dell'*Accordo* del 22 luglio 1959 fra il Governo italiano e la Comunità europea dell'energia atomica del 1999.

gato E<sup>12</sup> della Convenzione, al fine di attestare la congruità tra la realizzazione dei lavori ed i preventivati aumenti dei canoni d'affitto degli alloggi almeno venti giorni prima delle scadenze contrattuali fissate.

L'art. 3 della Convenzione prevede che: «A seguito del parere positivo della Commissione Paritetica, sui lavori di manutenzione straordinaria, si determina l'aumento del canone di locazione ai sensi dei punti 2) e 3) dell'art. 8 della presente Convenzione».

La Convenzione è rimasta in vigore fino al 31 dicembre 2007, ma non è stata più rinnovata dall'ALER nonostante ripetuti solleciti da parte dei funzionari assegnatari degli alloggi del Centro di Ispra.

A partire dal 2008, pertanto, la gestione degli alloggi di cui si discute non è più sottoposta ad alcuna Convenzione e l'ALER pretendeva di applicare le sole regole previste dalla normativa italiana per l'edilizia residenziale pubblica (unità abitative c.d. ERP) ed in particolare, attualmente, la legge regionale della Lombardia n. 27/2007<sup>13</sup>.

In particolare, l'ALER rifiutava di accogliere le domande dei funzionari assegnatari degli alloggi del Centro di Ispra volte ad ottenere la rinegoziazione di una nuova Convenzione con la Commissione europea sulla gestione degli alloggi relativi al Centro di Ispra, che aveva trovato una sostanziale, ininterrotta applicazione dal 1966 al 2007, per il tramite, prima, dell'INCIS, successivamente dello IACP e, infine, della stessa ALER.

Perdurando, pertanto, il rifiuto dell'ALER a concludere la Convenzione i funzionari di Ispra introducevano un giudizio contro l'ALER innanzi al Tribunale di Varese, chiedendo l'applicazione dell'*Accordo* del 1959 ai fini del rinnovo della Convenzione stessa.

Gli attori, in primo grado, avevano specificamente richiesto di accertare e dichiarare che l'ALER è tenuta a provvedere alla stipula contrattuale e alla gestione totalmente separata degli alloggi di cui è causa, concordando con la Commissione europea i criteri da seguire sulla base dell'apposita richiamata Convenzione in esecuzione dell'*Accordo* del 1959 e della legge n. 1288 del 1961 nonché accertare e dichiarare che i canoni di locazione, fissati dall'ALER per gli alloggi occupati dai medesimi, erano superiori ai canoni di locazione praticati alle condizioni di mercato nelle stesse aree,

<sup>12</sup> Allegato E della Convenzione «I rappresentanti degli inquilini, funzionari della Commissione, in accordo con i rappresentanti del CCR e dell'ALER hanno convenuto di accettare gli aumenti al canone di locazione richiesti dall'ALER e concordati in sede transattiva. Tali aumenti con decorrenza dal 1998 e termine luglio 2000 vengono collegati ad interventi di manutenzione straordinaria già effettuata o da effettuarsi sugli stabili dei quartieri Montello, Sangallo Ispra (Via Esperia e Via XX Aprile) con finanziamenti provenienti da fondi dell'aumento dei canoni di locazione (...)».

<sup>13</sup> L.R. Lombardia n. 27 del 12 novembre 2007, in *B.U. Lombardia* del 12 novembre 2007 n. 46, *suppl. ord.* del 13 novembre 2007 n. 1.

con conseguente condanna dell'ALER a rimborsare gli importi eccedenti indebitamente percepiti.

A sostegno della dedotta illegittimità della condotta dell'ALER, gli attori in primo grado sostenevano la violazione del principio del primato della norma comunitaria (oggi UE) sul diritto interno.

L'adito Tribunale di Varese, in primo grado, con la sentenza n. 808/2016<sup>14</sup>, ha condiviso il principio di primazia del diritto dell'Unione sul diritto nazionale, affermando che «porre tali alloggi nell'ambito della edilizia residenziale pubblica si potrebbe considerare, in astratto, in contrasto con tali accordi» – ed ancora «la disciplina degli alloggi attribuiti agli attori secondo gli Accordi del 1959 non dovrebbe essere equiparata alle disposizioni di ERP».

Nello specifico il giudice di primo grado accoglieva la domanda attorea negando l'equiparazione degli alloggi in uso ai funzionari del Centro di Ispra a quelli di edilizia residenziale pubblica, escludendo, al contempo, la conseguente applicabilità della disciplina prevista per gli alloggi ERP a quelli del giudizio *a quo*.

La conclusione, alla quale è pervenuto il giudice di primo grado, dunque, appare chiara, laddove, ritenendo il rifiuto dell'ALER di rinnovare la Convenzione con la Commissione europea, relativamente all'attività di assegnazione e di gestione degli alloggi di cui si discute, giuridicamente del tutto illegittimo.

L'ALER interponeva, pertanto, appello avverso la detta sentenza del Tribunale di Varese innanzi alla Corte di appello di Milano, che, con la pronuncia della Sez. III Civile n. 5741, pubblicata il 27 febbraio 2019, accoglieva l'impugnativa.

Il Collegio, in particolare, con la sentenza in commento (punto 7), precisava che: «Una volta scaduta la Convenzione stipulata tra ALER e Commissione Europea, le clausole contrattuali che trovano in detta Convenzione il loro fondamento, dovevano ritenersi sostituite dalla legge regionale n. 27/07 della Regione Lombardia, cui è delegata la materia».

La sentenza della Corte di appello di Milano ritiene, quindi, che, rifiutandosi l'ALER di sottoscrivere la Convenzione con la Commissione europea, le clausole della Convenzione stessa debbano ritenersi sostituite dalla legge regionale n. 27/2007, e ciò senza considerare la gerarchia delle fonti normative e la non derogabilità della normativa europea da parte di una norma regionale<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Tribunale civile di Varese, sentenza n. 808 dell'11 luglio 2016.

<sup>15</sup> Ne reca esempio, sia pur a titolo meramente esemplificativo, e in un contesto di più ampia portata, il testo di una recente legge regionale del Veneto, L.R. n. 34 dell'8 ottobre

La Corte d'appello arriva a ribaltare i principi sopra richiamati e, senza nulla precisare in ordine alla gerarchia delle fonti, considera nulle le clausole contrattuali tra le parti che siano in contrasto con la norma regionale<sup>16</sup>.

Dalle argomentazioni della sentenza appare evidente che il Collegio abbia omesso di considerare la portata e gli effetti sia dell'originario *Accordo* del 1959, ratificato dall'Italia con la citata legge n. 906 del 1960, che quelli relativi alla legge n. 1288 del 1961, di attuazione dell'*Accordo* stesso nonché la natura giuridica peculiare degli alloggi previsti in dette norme.

Come già evidenziato, l'art. 2 della legge n. 1288/1961 prevedeva che le modalità di assegnazione e di gestione degli alloggi in uso ai funzionari del Centro di Ispra dovessero essere stabilite in un'apposita Convenzione che è stata effettivamente stipulata e che ha avuto ininterrotta applicazione – come precisato – dal 1966 al 2007.

Va osservato che il Collegio milanese ha omesso di considerare come l'ALER non abbia ottemperato all'obbligo di rinnovare la Convenzione sulla gestione dei detti alloggi con la Commissione europea, pretendendo di applicare agli stessi, a seguito della scadenza della precedente Convenzione<sup>17</sup>, la normativa prevista per i diversi alloggi di Edilizia Residenziale Pubblica - ERP.

Le due tipologie di alloggi e le loro finalità sono profondamente differenti, laddove gli alloggi in uso ai funzionari del Centro di Ispra sono alloggi "*di servizio*" assegnati in relazione alle particolari funzioni attribuite a tale categoria di pubblici dipendenti<sup>18</sup>, mentre gli alloggi di Edilizia Re-

2018, in *B.U. Veneto* del 12 ottobre 2018 n. 102, contenente *Norme per la tutela, lo sviluppo e la promozione dell'artigianato Veneto*, che, nelle *Finalità*, ai sensi dell'art. 1, stabilisce come «La Regione, nel rispetto del diritto dell'UE, degli artt. 45, 2 c. e 117, 4 c. Cost., nonché degli artt. 6, 8 e 10 dello Statuto, promuove lo sviluppo, la valorizzazione e la tutela nelle sue diverse espressioni territoriali(...)», in ossequio, dunque, proprio alla gerarchia delle fonti e in ottemperanza al diritto UE. Ed ancora, in dottrina, per una puntuale ricostruzione sull'incidenza degli atti UE sulle fonti delle autonomie territoriali, v., in particolare, A. CARDONE, *Le incidenze del diritto dell'Unione europea sul sistema delle fonti delle autonomie territoriali*, in *Diritti regionali*, fasc. n. 1/2018, p. 399 ss., ove l'A., in una prospettiva dinamica, si interroga sul rapporto tra gli ordinamenti territoriali della Repubblica e l'ordinamento dell'Unione europea attraverso la considerazione degli effetti che le fonti del diritto eurounitario producono sulle fonti delle autonomie territoriali.

<sup>16</sup> In materia di diritto regionale, si rinvia ampiamente a T. MARTINES - A. MORELLI - A. RUGGERI - C. SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, Milano, Giuffrè, 2018; ed altresì, a A. MORELLI - L. TRUCCO (a cura di), *Diritti e autonomie territoriali*, Torino, Giappichelli, 2014.

<sup>17</sup> In argomento, va osservato che l'art. 7 della Convenzione del 1999 prevede specificamente che: «Il rapporto contrattuale relativo agli alloggi anche per ciò che riguarda i canoni di affitto e la loro rendicontazione, è regolamentato in via esclusiva dalle norme di cui alla presente Convenzione».

<sup>18</sup> Cfr., in particolare, art. 10: «Convenzione fra la Commissione delle Comunità Europee e l'ALER di Varese, per l'amministrazione e la gestione degli alloggi previsti dall'art. 6 dell'Accordo del 22 luglio 1959 fra il Governo Italiano e la Comunità Europea dell'Energia Atomica» del 1999, ai sensi del quale «Gli alloggi destinati ai soggetti aventi un rapporto con la Commissione

sidenziale Pubblica rispondono alla funzione sociale inerente al soddisfacimento delle esigenze abitative locali e sono assegnati, a domanda, in relazione al possesso, in capo al richiedente, di particolari requisiti personali ed economici.

Infatti a seguito della soppressione dell'INCIS, ovvero l'Ente gestore degli alloggi di cui si controverte, i beni immobili di proprietà dell'Ente medesimo sono stati devoluti allo IACP territorialmente competente, senza che gli stessi abbiano mutato la loro precipua natura giuridica.

Ai sensi dell'art. 14 del già citato dpr n. 1036 del 30 dicembre 1972 «I beni immobili di proprietà degli enti soppressi, ad eccezione di quelli in cui essi hanno le loro sedi, sono devoluti, alla data del 31 dicembre 1973, all'Istituto autonomo provinciale per le case popolari della provincia nel cui territorio si trovano. Dal momento della devoluzione gli Istituti autonomi provinciali per le case popolari subentrano nella titolarità di tutte le situazioni attive o passive e nei rapporti processuali inerenti agli immobili di cui hanno acquistato la proprietà».

Orbene, dal tenore letterale del menzionato dpr n. 1036 del 30 dicembre 1972, anche a seguito della riorganizzazione delle amministrazioni e degli enti pubblici operanti nel settore dell'edilizia residenziale pubblica, non vi è stata alcuna norma equiparativa tra gli alloggi da assegnare al personale del Centro comune di ricerche nucleari di Ispra e quelli di ERP - edilizia residenziale pubblica.

Sul punto va evidenziato che la legge regionale della Lombardia n. 1/2000<sup>19</sup>, recante il «Riordino del sistema delle autonomie in Lombardia. Attuazione del decreto legislativo n. 112 del 1998», all'art. 3, «Territorio, ambiente ed infrastrutture», al comma 41 prevede che: «sono mantenute in capo alla Regione le seguenti funzioni (...) m) la determinazione dei criteri generali per l'assegnazione e la gestione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica».

La Regione Lombardia con il Regolamento Regionale n. 1/2004<sup>20</sup>, recante «Criteri generali per l'assegnazione e la gestione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica», all'art. 1<sup>21</sup> disciplina «oggetto e ambito di ap-

delle Comunità Europee e con la Scuola europea di Varese, sono concessi in locazione ad uso di abitazione per tutta la durata del rapporto dell'inquilino con la Commissione delle Comunità Europee o con la Scuola europea di Varese». Inoltre a riprova del rapporto tra lo svolgimento dell'attività lavorativa per l'Euratom e l'assegnazione di un'unità abitativa, il successivo art. 11 prevede che la locazione si risolve automaticamente nel caso di cessazione del predetto rapporto di lavoro.

<sup>19</sup> L.R. Lombardia n. 1 del 5 gennaio 2000, in *B.U. Lombardia* del 10 gennaio 2000 n. 2, *I suppl. ord.*

<sup>20</sup> Regolamento Regionale n. 1 del 10 febbraio 2004, in *B.U. Lombardia* del 9 febbraio 2004 n. 7, *I suppl. ord.*

<sup>21</sup> Il Regolamento Regionale n. 1/2004, *loc. cit.*, all'art. 1 prevede che: «1. Il presente regolamento disciplina i criteri generali per l'assegnazione e la gestione degli alloggi di edilizia

plicazione» del Regolamento medesimo ed al comma 4, nello specifico, prevede che «sono esclusi dall'applicazione del presente regolamento, gli alloggi: (...) d) di servizio oggetto di concessione amministrativa in ragione dell'esercizio di particolari funzioni attribuite a pubblici dipendenti».

Va inoltre rilevato che la legge regionale della Lombardia n. 27/2007<sup>22</sup>, recante «Criteri generali per la determinazione dei canoni per l'Edilizia Residenziale Pubblica e norme sulla valorizzazione e razionalizzazione del patrimonio di edilizia residenziale pubblica», all'art. 2 prevede che siano escluse dall'ambito di applicazione della citata legge le unità abitative di cui al comma 4 dell'art. 1 del Regolamento Regionale n. 1/2004.

La successiva legge regionale della Lombardia n. 27/2009<sup>23</sup>, avente ad oggetto il «Testo unico delle leggi regionali in materia di edilizia residen-

denziale pubblica (di seguito ERP) ai sensi del comma 41, lettera m), dell'articolo 3 della legge regionale 5 gennaio 2000, n. 1 [Riordino del sistema delle autonomie in Lombardia. Attuazione del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 112 (Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59)].

1 bis. L'edilizia residenziale pubblica è da considerarsi servizio di interesse economico generale e si rivolge alle famiglie in disagio familiare, abitativo ed economico, per il periodo di permanenza del disagio stesso.

2. Sono considerati alloggi di ERP, ai fini dell'applicazione del presente regolamento, gli alloggi realizzati o recuperati da enti pubblici a totale carico o con il concorso o il contributo dello Stato o della Regione, nonché quelli acquisiti a qualunque titolo, realizzati o recuperati dagli enti locali o da enti pubblici, per le finalità sociali proprie dell'ERP, relative ai soggetti aventi i requisiti per l'assegnazione e la permanenza di cui ai successivi articoli e all'allegato 1.

3. Ai fini del presente regolamento gli alloggi di ERP si distinguono in:

a) alloggi realizzati, recuperati o acquisiti, i cui canoni concorrono alla copertura di oneri di realizzazione, recupero o acquisizione, nonché di costi di gestione;

b) alloggi realizzati, recuperati o acquisiti, il cui assegnatario corrisponde un canone che copre oneri di realizzazione, recupero o acquisizione, nonché costi di gestione.

4. Sono esclusi dall'applicazione del presente regolamento, gli alloggi:

a) realizzati dalle cooperative edilizie per i propri soci;

b) realizzati o recuperati con programmi di edilizia agevolata o convenzionata, purché non realizzati da enti pubblici e già utilizzati per le finalità dell'ERP;

c) di proprietà di enti pubblici previdenziali, purché non realizzati o recuperati a totale carico o con il concorso o contributo dello Stato o della Regione;

d) di servizio oggetto di concessione amministrativa in ragione dell'esercizio di particolari funzioni attribuite a pubblici dipendenti.

5. L'assegnazione e la gestione degli alloggi di cui alla legge 4 marzo 1952, n. 137, articoli 17 e 18, alla legge 15 febbraio 1980, n. 25, alla legge 25 marzo 1982, n. 94, alla legge 5 aprile 1985, n. 118 e alla legge 23 dicembre 1986, n. 899, sono disciplinate dalle disposizioni previste dalle leggi medesime. Il comune, assicurate le speciali finalità delle leggi n. 25/80, n. 94/82, n. 118/85 e n. 899/86, può procedere all'assegnazione e, su richiesta dell'inquilino, alla gestione dei relativi alloggi con le disposizioni di cui al presente regolamento.

5 bis. Il bando per l'assegnazione, la graduatoria e la gestione degli alloggi di cui al comma 3, lettera b), per i quali si applica il canone moderato dell'articolo 32, possono essere disciplinati dalla convenzione stipulata tra il comune e i soggetti attuatori degli interventi, nel rispetto delle competenze proprie del comune in materia di assegnazione e di quanto previsto agli articoli 2, 3, 4, 8, 10 e all'allegato 1».

<sup>22</sup> L.R. Lombardia n. 27 dell'8 novembre 2007, in *B.U. Lombardia* del 12 novembre 2007 n. 46, *suppl. ord.* 13 novembre 2007, n. 1.

<sup>23</sup> L.R. Lombardia n. 27 del 4 dicembre 2009, in *B.U. Lombardia* del 7 dicembre 2009 n. 49, *suppl. ord.* 9 dicembre 2009, n. 2.



ziale pubblica», all'art. 2 conferma ancora l'esclusione degli alloggi di servizio assegnati a pubblici dipendenti, in ragione dell'esercizio di particolari funzioni, dall'ambito applicativo del T.U.

La legge regionale n. 27/2007 invocata dall'ALER è, infatti, per sua stessa definizione limitata alla regolamentazione degli alloggi ERP essendo espressamente escluso che agli alloggi assegnati ai funzionari di Ispra, in relazione alle particolari funzioni attribuite a tali dipendenti pubblici possano applicarsi le norme sulla determinazione del canone<sup>24</sup> degli alloggi di Edilizia Residenziale Pubblica.

Pertanto, non potendosi applicare, per analogia, alle unità abitative del Centro di Ispra le norme sugli alloggi di Edilizia Residenziale Pubblica risultava più che evidente che l'ALER dovesse obbligatoriamente provvedere alla stipula della Convenzione, normativamente prevista, per le case da assegnare al personale del Centro Comune di Ricerche Nucleari in Ispra.

Nello specifico, tale obbligo è certamente sussistente e si ricava dall'esplicita *ratio legis* delle leggi del 1960 e del 1961, attuative del menzionato *Accordo* tra Italia e Commissione europea.

L'ALER, subentrata in tutte le situazioni attive e passive inerenti agli immobili dello IACP di cui ha acquistato la proprietà, era obbligata a rinnovare la Convenzione con la Commissione europea, già siglata fino al 2007, al fine della rinegoziazione delle modalità di gestione degli alloggi.

Del resto, l'espressione letterale «da stipularsi» utilizzata dal comma 2 dell'art. 2 della legge n. 1288/1961, non prevede alcun margine di discrezionalità da parte dell'INCIS, oggi ALER, nella stipula della Convenzione avente il fine di stabilire, come sottolineato, le modalità di assegnazione e gestione degli alloggi.

Orbene, una volta scaduta la Convenzione con la Commissione europea, le clausole contrattuali, che trovavano in detta Convenzione il loro fondamento, dovevano ritenersi applicabili nelle more di un rinnovo che non poteva non qualificarsi come obbligatorio.

In particolare, come chiarito dal giudice di primo grado, la domanda di rideterminazione dei canoni non poteva trovare accoglimento in quanto gli Accordi tra il Governo italiano e la Commissione europea dovevano ritenersi ancora utilizzabili ed efficaci in forza dei contratti di locazione ove era indicato che il canone di locazione era determinato alle «normali condizioni di mercato».

La Corte d'appello, invece, operando un'inammissibile equiparazione tra gli alloggi del personale del Centro Comune di Ricerche Nucleari di

<sup>24</sup> Sulla determinazione del canone cfr. art. 7 della Convenzione Commissione/ALER del 1999, *cit. supra*, nota 11.

Ispra e quelli di ERP - Edilizia Residenziale Pubblica, ha ritenuto, a seguito dello scadere della Convenzione, applicabile ai primi la legge regionale n. 27/2007, sostituendo alle clausole della Convenzione di derivazione europea le norme regionali, regolanti, come chiarito, ben altra tipologia di alloggi.

Pertanto il reiterato rifiuto a sottoscrivere il rinnovo degli Accordi/Convenzioni, di per sé illegittimo, non poteva consentire la automatica applicabilità della legge regionale della Lombardia.

Appare chiaro che la regolamentazione dei rapporti, contenuta nel citato *Accordo* stipulato tra la Comunità europea e lo Stato italiano, ha portata ed efficacia equivalenti a quelle di una norma europea sovraordinata e prevale rispetto a qualunque normativa interna del nostro Stato<sup>25</sup>.

Tale prevalenza, tra l'altro, è stata espressamente riconosciuta da due sentenze emesse nel 1988 dal Tribunale di Varese<sup>26</sup>, passate in giudicato e richiamate dalla difesa dei funzionari del Centro di Ispra.

Per quanto riguarda, infatti, l'obbligo dello Stato italiano (tramite gli organi che lo rappresentano) di dare attuazione all'*Accordo* del 1959, nel rispetto delle disposizioni in esso contenute, il Tribunale di Varese, con le citate sentenze del 1988, ha espressamente riconosciuto la prevalenza della normativa contenuta nell'*Accordo*, rispetto a quella dello Stato italiano, sia precedente che successiva.

<sup>25</sup> Sul principio del primato del diritto comunitario, oggi UE, sul diritto nazionale contrastante, v. *amplius*, F. CAPELLI, *Una sentenza decisiva sui rapporti tra norma CEE e leggi nazionali*, in questa *Rivista*, 1984, p. 204 ss.; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, Cedam, 2012; A. CELOTTO, *La primauté nel Trattato di Lisbona*, in A. LUCARELLI - A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona*, Napoli, ESI, 2009; S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3/2012, p. 533 ss.; A. RUGGERI, *Tradizioni costituzionali comuni e controlli-imiti, tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, p. 102 ss.; ID., *Sistema integrato di fonti e sistema integrato di interpretazioni nella prospettiva di un'Europa unita*, in *Dir. Un. Eur.*, n. 2010, p. 871 ss.; ed ancora, ID., *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema"*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 2013; A. M. NICO, *Tutela dei diritti fondamentali: primauté, diritto più favorevole e controlli-imiti*, in *Studi in onore di Aldo Loiodice*, Bari, Cacucci, 2012; A. VON BOGDANDY - S. SCHILL, *Overcoming Absolute Supremacy: respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, *CMLR*, (48) 5/2011, p. 1417 ss.; per una ricostruzione sistematica della evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana che ha portato ad affermare il meccanismo della non applicazione da parte del giudice ordinario della norma interna contrastante con il diritto europeo si veda *ex plurimis*, M. CARTABIA - M. GENNUSA, *Le fonti europee e il diritto italiano*, Torino, Giappichelli, 2011; A. MORRONE, *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza*, VI ed., Wolters Kluwer, 2016, p. 1 ss., ed in particolare, p. 4 ss.; I. PERNICE, *Costa v. ENEL and Simmenthal: Primacy of European Law*, in M. P. MADURO - L. AZOULAI (a cura di), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart Publishing, 2010, p. 48.

<sup>26</sup> Tribunale di Varese, sentenze n. 447 del 15 aprile 1988 e n. 607 del 27 giugno 1988.

La sentenza n. 447/1988<sup>27</sup> precisa infatti che «Una volta ricondotta la normativa che ci occupa nell'alveo del diritto comunitario ed accertata la sua diretta efficacia nell'ordinamento dello Stato membro – che l'ha poi recepita con legge statale – va affermata la preminenza della norma comunitaria su quella nazionale»<sup>28</sup>.

Afferma inoltre il Tribunale di Varese, nella successiva sentenza n. 607/1988<sup>29</sup>, che «In definitiva, l'Accordo internazionale del luglio 1959 stabilì l'obbligo per lo Stato italiano di mettere a disposizione gli alloggi per il personale Euratom e le successive disposizioni esecutive furono concordate dalla stessa Commissione internazionale [europea] stipulante e dal Comitato nazionale preordinato all'attività in materia nucleare».

Da tutto quanto detto risulta chiaro che, secondo la sentenza del Tribunale di Varese, lo Stato italiano era ed è obbligato a dare esecuzione all'Accordo del 1959, avente valore di normativa prevalente, concordando con la Commissione europea le modalità per l'assegnazione e la gestione degli alloggi di cui si discute.

Orbene l'orientamento del Tribunale di Varese che aveva chiarito la sussistenza dell'obbligo dello Stato italiano, ovvero degli enti pubblici regionali (ALER), di assicurare l'assegnazione e la gestione degli alloggi di cui si discute, attraverso una Convenzione coinvolgente la Commissione europea, consolidatosi nel tempo<sup>30</sup> è stato, con la sentenza in commento, sovvertito con un incomprensibile *revirement* che, si spera rappresenti solo un arresto giurisprudenziale isolato cui la Suprema Corte di cassazione, nella sua funzione nomofilattica, possa porre rimedio.

**Maria Teresa Stile\***

<sup>27</sup> Tribunale di Varese, sentenza n. 447/1988, *cit. supra*, nota 26, in motivazione.

<sup>28</sup> Sul valore assoluto del principio, v. A. ARENA, *Sul carattere "assoluto" del primato del diritto dell'Unione europea*, in *Studi integr. eur.*, 2018, p. 317 ss. Per una più ampia visione, invece, sulla supremazia del diritto UE e sulla teoria dei controlimiti in caso di risvolti sul diritto penale, v. R. MASTROIANNI, *Supremazia del diritto dell'Unione e "controlimiti" costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco*, in *Diritto penale contemporaneo*, 7 novembre 2016, p. 1 ss., reperibile *on line* sul sito internet <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/> ed ancora, in argomento, si rinvia alle interessanti riflessioni di O. CHESSA, *Meglio tardi che mai. La dogmatica dei controlimiti e il caso Taricco*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti - Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, Jovene, 2017, p. 301 ss.

<sup>29</sup> Tribunale di Varese, sentenza n. 607/1988, *cit. supra*, nota 26, in motivazione.

<sup>30</sup> Tribunale di Varese, sentenze n. 447/1988 e n. 607/1988, *cit. supra*, nota 26.

\* Ricercatore in Istituzioni di diritto pubblico; docente di Diritto dell'Unione europea / Università Telematica Pegaso

**SINTESI**

Con un'inaspettata inversione di tendenza, rispetto al principio della prevalenza del diritto dell'Unione europea sul diritto nazionale contrastante, una recente pronuncia della Corte d'appello di Milano, sovvertendo l'orientamento precedentemente consolidatosi in materia, apre inopinatamente la strada al primato del diritto regionale rispetto a quello UE.

**ABSTRACT**

*With an unexpected turnaround, dismissing the priority of the European Union law over the national law, a recent judgment of Milan's Court of Appeal, subverting consolidated opposite tendency on the subject, surprisingly opens way to the primacy of regional law over the EU law.*

# **ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE**

---

## **SULL'OPPORTUNITÀ DI IMPLEMENTARE IL CONTROLLO DEL RISPETTO DEL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ RAFFORZANDO L'INTERAZIONE CON I PARLAMENTI NAZIONALI NEL PROCESSO DECISIONALE DELL'UNIONE PER UN'EUROPA PIÙ VICINA AI CITTADINI**

### **Protocollo (n. 2) sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità\***

Le Alte Parti Contraenti,

desiderose di garantire che le decisioni siano prese il più possibile vicino ai cittadini dell'Unione;

determinate a fissare le condizioni dell'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità sanciti nell'art. 5 del trattato sull'Unione europea e ad istituire un sistema di controllo dell'applicazione di detti principi,

hanno convenuto le disposizioni seguenti, che sono allegate al trattato sull'Unione europea e al trattato sul funzionamento dell'Unione europea:

#### *Articolo 1*

Ciascuna istituzione vigila in modo continuo sul rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità definiti nell'art. 5 del trattato sull'Unione europea.

#### *Articolo 2*

Prima di proporre un atto legislativo, la Commissione effettua ampie consultazioni. Tali consultazioni devono tener conto, se del caso, della dimensione re-

\* In *Gu-Ue* n. C 202 del 7 giugno 2016, p. 206 ss. In argomento v. *infra*, p. 79, il commento di ANNA PITRONE.

gionale e locale delle azioni previste. Nei casi di straordinaria urgenza, la Commissione non procede a dette consultazioni. Essa motiva la decisione nella proposta.

### *Articolo 3*

Ai fini del presente protocollo, per "progetto di atto legislativo" si intende la proposta della Commissione, l'iniziativa di un gruppo di Stati membri, l'iniziativa del Parlamento europeo, la richiesta della Corte di giustizia, la raccomandazione della Banca centrale europea e la richiesta della Banca europea per gli investimenti, intese all'adozione di un atto legislativo.

### *Articolo 4*

La Commissione trasmette i progetti di atti legislativi e i progetti modificati ai parlamenti nazionali nello stesso momento in cui li trasmette al legislatore dell'Unione.

Il Parlamento europeo trasmette i suoi progetti di atti legislativi e i progetti modificati ai parlamenti nazionali.

Il Consiglio trasmette i progetti di atti legislativi presentati da un gruppo di Stati membri, dalla Corte di giustizia, dalla Banca centrale europea o dalla Banca europea per gli investimenti, e i progetti modificati, ai parlamenti nazionali.

Non appena adottate, le risoluzioni legislative del Parlamento europeo e le posizioni del Consiglio sono da loro trasmesse ai parlamenti nazionali.

### *Articolo 5*

I progetti di atti legislativi sono motivati con riguardo ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Ogni progetto di atto legislativo dovrebbe essere accompagnato da una scheda contenente elementi circostanziati che consentano di valutare il rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Tale scheda dovrebbe fornire elementi che consentano di valutarne l'impatto finanziario e le conseguenze, quando si tratta di una direttiva, sulla regolamentazione che sarà attuata dagli Stati membri, ivi compresa, se del caso, la legislazione regionale. Le ragioni che hanno portato a concludere che un obiettivo dell'Unione può essere conseguito meglio a livello di quest'ultima sono confortate da indicatori qualitativi e, ove possibile, quantitativi. I progetti di atti legislativi tengono conto della necessità che gli oneri, siano essi finanziari o amministrativi, che ricadono sull'Unione, sui governi nazionali, sugli enti regionali o locali, sugli operatori economici e sui cittadini siano il meno gravosi possibile e commisurati all'obiettivo da conseguire.

### *Articolo 6*

Ciascuno dei parlamenti nazionali o ciascuna camera di uno di questi parlamenti può, entro un termine di otto settimane a decorrere dalla data di trasmissione di un progetto di atto legislativo nelle lingue ufficiali dell'Unione, inviare ai presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione un parere

motivato che espone le ragioni per le quali ritiene che il progetto in causa non sia conforme al principio di sussidiarietà. Spetta a ciascun parlamento nazionale o a ciascuna camera dei parlamenti nazionali consultare all'occorrenza i parlamenti regionali con poteri legislativi.

Se il progetto di atto legislativo è stato presentato da un gruppo di Stati membri, il presidente del Consiglio trasmette il parere ai governi di tali Stati membri.

Se il progetto di atto legislativo è stato presentato dalla Corte di giustizia, dalla Banca centrale europea o dalla Banca europea per gli investimenti, il presidente del Consiglio trasmette il parere all'istituzione o organo interessato.

#### *Articolo 7*

1. Il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione e, se del caso, il gruppo di Stati membri, la Corte di giustizia, la Banca centrale europea o la Banca europea per gli investimenti, ove il progetto di atto legislativo sia stato presentato da essi, tengono conto dei pareri motivati trasmessi dai parlamenti nazionali o da ciascuna camera di uno di tali parlamenti.

Ciascun parlamento nazionale dispone di due voti, ripartiti in funzione del sistema parlamentare nazionale. In un sistema parlamentare nazionale bicamerale, ciascuna delle due camere dispone di un voto.

2. Qualora i pareri motivati sul mancato rispetto del principio di sussidiarietà da parte di un progetto di atto legislativo rappresentino almeno un terzo dell'insieme dei voti attribuiti ai parlamenti nazionali conformemente al par. 1, secondo comma, il progetto deve essere riesaminato. Tale soglia è pari a un quarto qualora si tratti di un progetto di atto legislativo presentato sulla base dell'art. 76 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea riguardante lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Al termine di tale riesame, la Commissione o, se del caso, il gruppo di Stati membri, il Parlamento europeo, la Corte di giustizia, la Banca centrale europea o la Banca europea per gli investimenti, se il progetto di atto legislativo è stato presentato da essi, può decidere di mantenere il progetto, di modificarlo o di ritirarlo. Tale decisione deve essere motivata.

3. Inoltre, secondo la procedura legislativa ordinaria, qualora i pareri motivati sul mancato rispetto del principio di sussidiarietà da parte di una proposta di atto legislativo rappresentino almeno la maggioranza semplice dei voti attribuiti ai parlamenti nazionali conformemente al par. 1, secondo comma, la proposta è riesaminata. Al termine di tale riesame, la Commissione può decidere di mantenere la proposta, di modificarla o di ritirarla.

Qualora scelga di mantenerla, la Commissione spiega, in un parere motivato, perché ritiene la proposta conforme al principio di sussidiarietà. Tale parere motivato e i pareri motivati dei parlamenti nazionali sono sottoposti al legislatore dell'Unione affinché ne tenga conto nella procedura:

*a.* prima della conclusione della prima lettura, il legislatore (Parlamento europeo e Consiglio) esamina la compatibilità della proposta legislativa con il principio di sussidiarietà, tenendo particolarmente conto delle ragioni espresse e con-

divise dalla maggioranza dei parlamenti nazionali, nonché del parere motivato della Commissione;

b. se, a maggioranza del 55% dei membri del Consiglio o a maggioranza dei voti espressi in sede di Parlamento europeo, il legislatore ritiene che la proposta non sia compatibile con il principio di sussidiarietà, la proposta legislativa non forma oggetto di ulteriore esame.

#### Articolo 8

La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi sui ricorsi per violazione, mediante un atto legislativo, del principio di sussidiarietà proposti secondo le modalità previste all'art. 263 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea da uno Stato membro, o trasmessi da quest'ultimo in conformità con il rispettivo ordinamento giuridico interno a nome del suo parlamento nazionale o di una camera di detto parlamento nazionale.

In conformità alle modalità previste dallo stesso articolo, tali ricorsi possono essere proposti anche dal Comitato delle regioni avverso atti legislativi per l'adozione dei quali il trattato sul funzionamento dell'Unione europea richiede la sua consultazione.

#### Articolo 9

La Commissione presenta al Consiglio europeo, al Parlamento europeo, al Consiglio e ai parlamenti nazionali una relazione annuale circa l'applicazione dell'art. 5 del trattato sull'Unione europea. La relazione annuale deve anche essere inviata al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni.

### **I principi di sussidiarietà e di proporzionalità: rafforzarne il ruolo nel processo di definizione delle politiche dell'UE\*\***

*Voglio che la nostra Unione si concentri di più sulle cose che contano, sulla base del lavoro già svolto dalla Commissione. Non dobbiamo intrometterci nella vita dei cittadini europei regolandone ogni aspetto. Dobbiamo essere grandi sulle grandi questioni. Non dobbiamo irrompere con un fiume di nuove iniziative né cercare di appropriarci di altre competenze. Dobbiamo anzi restituire competenze agli Stati membri quando ha senso farlo.*

Discorso sullo stato dell'Unione 2017 del presidente Jean-Claude Juncker.

\*\* Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Com(2018)703 fin. del 23 ottobre 2018. Il testo integrale della Comunicazione è reperibile sul sito internet <https://eur-lex.europa.eu/>.



## 1. Introduzione

Questa Commissione, che ha dato priorità alle questioni che contano, ha posto al centro del suo operato la definizione delle politiche basata su dati di fatto e il principio "legiferare meglio". Ha proposto programmi di lavoro snelli basati sulle dieci priorità del presidente Juncker. La Commissione ha sottolineato la necessità di essere grande sulle grandi questioni e modesta sulle altre.

La sussidiarietà e la proporzionalità costituiscono elementi centrali del programma "Legiferare meglio" utilizzato dalla Commissione per preparare le proposte politiche. La Commissione ha investito massicciamente nel programma "Legiferare meglio" che è entrato a far parte del suo DNA. Gli insegnamenti tratti dalle esperienze precedenti e l'opinione dei portatori di interessi e della società civile sono fattori imprescindibili del processo di definizione delle politiche che precede l'adozione di nuovi atti legislativi. L'impegno della Commissione è stato riconosciuto di recente dall'OCSE che la annovera ai primi posti<sup>1</sup> per quanto riguarda le buone pratiche di regolamentazione. Non per questo dormiamo sugli allori. La Commissione sta facendo il bilancio del pacchetto di riforme che interessa tutto il ciclo di politiche avviato nel maggio 2015, il cui obiettivo era promuovere l'apertura e la trasparenza del processo decisionale dell'UE, migliorare la qualità della nuova legislazione grazie a migliori valutazioni dell'impatto di progetti e modifiche di atti normativi e promuovere una revisione costante e coerente delle normative UE vigenti. L'esercizio di valutazione si concentrerà sulle modalità per perfezionare e migliorare ulteriormente il programma "Legiferare meglio", anche in relazione alla sussidiarietà e alla proporzionalità.

L'esercizio di valutazione si svolge in concomitanza con la riflessione sul futuro dell'Europa, tema al quale la Commissione ha dedicato un libro bianco nel marzo 2017, dove presentava cinque scenari per illustrare il possibile volto dell'Unione nel 2025, avviando un processo articolato su oltre 2000 manifestazioni pubbliche intese a consentire agli europei di avere voce in capitolo sul futuro della loro Unione. Facendo riferimento a questo dibattito, nel discorso sullo stato dell'Unione del 2017 il presidente Juncker ha presentato la sua visione di un'Unione più democratica basata su libertà, uguaglianza e Stato di diritto. Per far avanzare tale riflessione, il presidente Juncker ha istituito una task force "Sussidiarietà e proporzionalità" incaricata di sottoporre al vaglio tutti i settori di intervento per assicurarsi che l'Unione intervenga soltanto negli ambiti in cui può garantire un valore aggiunto e, in particolare, di esaminare in modo più approfondito lo scenario 4 "Fare meno in modo più efficiente"<sup>2</sup>, in base al quale l'Unione dovrebbe concentrare le proprie limitate risorse su un numero ridotto di attività per conseguire le sue priorità in modo più efficiente.

<sup>1</sup> OECD Regulatory Policy Outlook ("Prospettive dell'OCSE sulla politica di regolamentazione") 2018: <https://www.oecd.org/governance/oecd-regulatory-policy-outlook-2018-9789264303072-en.htm>

<sup>2</sup> Lo scenario 4 del Libro bianco si intitola "Fare meno in modo più efficiente: l'UE27 si concentra sul produrre risultati maggiori in tempi più rapidi in alcuni settori, intervenendo meno in altri".; [https://ec.europa.eu/commission/white-paper-future-europe\\_it](https://ec.europa.eu/commission/white-paper-future-europe_it)

La Commissione ha già registrato progressi nella ricerca delle modalità per realizzare le politiche dell'Unione in modo più efficiente, riducendo gli interventi a livello dell'Unione e aumentandoli a livello nazionale. Oggi, più del 97% delle misure di aiuto di Stato è attuato direttamente a livello nazionale, regionale o locale, sulla base di criteri chiaramente definiti, senza bisogno di previa approvazione della Commissione. Il conferimento di poteri alle autorità nazionali garanti della concorrenza ha consentito loro di adottare l'85% delle decisioni di applicazione in materia di concorrenza a partire dal 2004. La proposta di semplificazione della politica agricola comune riconosce la diversità delle situazioni locali all'interno dell'Unione, riassegnando alle autorità nazionali la responsabilità di attuare soluzioni efficaci e su misura per sostenere l'agricoltura e l'ambiente.

In prospettiva futura la metodologia elaborata durante il mandato di questa Commissione dovrebbe essere ulteriormente integrata nelle attività della Commissione e divenire parte integrante di un processo di riflessione continuo per valutare in che misura l'UE debba intervenire o meno per regolamentare la vita quotidiana dei cittadini. Tenendo in mente questo obiettivo, la presente comunicazione illustra in che modo rafforzare il ruolo dei principi di sussidiarietà e proporzionalità nella definizione delle politiche dell'UE. In particolare essa segna l'inizio degli interventi che saranno attuati dalla Commissione per dare seguito alle raccomandazioni della task force, indicando anche gli ambiti in cui dovranno intervenire altri soggetti. La Commissione intende definirne più nel dettaglio le modalità nell'ambito della valutazione del programma "Legiferare meglio" nella prima metà del 2019, dopo aver sentito il parere di tutti i soggetti interessati.

## **2. L'importanza della sussidiarietà e della proporzionalità (Omissis)**

### **3. Sussidiarietà e proporzionalità: elementi essenziali per legiferare meglio (Omissis)**

*Relazione della task force per la sussidiarietà e la proporzionalità e per "fare meno in modo più efficiente" (Omissis)*

#### **4. Azioni per rafforzare il ruolo della sussidiarietà e della proporzionalità (Omissis)**

4.1 *Promuovere un'interpretazione comune della sussidiarietà e della proporzionalità (Omissis)*

4.2 *Consentire ai parlamenti nazionali di esercitare un controllo più efficace (Omissis)*

4.3 *Una maggiore partecipazione degli enti locali e regionali (Omissis)*

4.4 *Migliorare la valutazione e la presentazione dei relativi impatti (Omissis)*

4.5 *Valutare la legislazione vigente dal punto di vista della sussidiarietà (Omissis)*

## 5. Conclusioni e prossime tappe: la conferenza di Bregenz

Questa Commissione ha elaborato un programma mirato di iniziative politiche, indicandone le priorità e, laddove necessario, è intervenuta sulle questioni veramente importanti. Essa accoglie con favore la significativa valutazione della task force, secondo cui l'Unione apporta valore in *tutti* i settori in cui interviene. A un certo punto, tuttavia, noi – le istituzioni e gli Stati membri – dovremo prendere atto del fatto che, con le risorse attualmente disponibili, non è possibile continuare a fare di più per affrontare i problemi crescenti che abbiamo di fronte. La Commissione concorda pertanto con la task force sul fatto che le attività dovranno essere svolte secondo priorità definite e le risorse usate in modo più efficiente. A questo proposito è necessario che siano adottate tempestivamente le proposte della Commissione per il prossimo quadro finanziario pluriennale, uno strumento essenziale per dotare l'Unione delle risorse necessarie.

La task force ha inoltre proposto un nuovo metodo di lavoro basato sulla sussidiarietà attiva e sull'impegno più dinamico di tutti i portatori di interessi e di tutti i livelli di governo nell'intero ciclo di definizione delle politiche. Ciò segnerebbe un importante cambiamento nel processo di definizione delle politiche dell'Unione europea, attribuendo maggiore qualità e legittimità alle leggi che adotta. La Commissione ha illustrato i cambiamenti che intende apportare in risposta alle osservazioni della task force e invita ora il Parlamento europeo, il Consiglio, i parlamenti e i governi nazionali e gli enti locali e regionali a considerare in che modo intendono rispondere.

La presidenza austriaca intende organizzare il 15 e il 16 novembre a Bregenz (Austria) una conferenza dal titolo "*Sussidiarietà come principio basilare dell'Unione europea*", che offrirà l'opportunità di un dialogo costruttivo sul rafforzamento del ruolo dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità nella definizione delle politiche dell'UE<sup>34</sup>, oltre a preziosi spunti in vista del vertice dei leader di Sibiu del prossimo anno.

### Questioni per la conferenza di Bregenz

- Tutte le istituzioni e gli organi pertinenti dovrebbero chiarire se intendono utilizzare la griglia comune di valutazione, adattata alle rispettive esigenze, per esaminare la dimensione della sussidiarietà e della proporzionalità delle proposte della Commissione.
- Il Comitato delle regioni, in quanto rappresentante degli enti locali e regionali, dovrebbe valutare in che modo tali enti possano sensibilizzare i rispettivi membri circa le opportunità di contribuire direttamente alla definizione delle politiche dell'UE. Anche altri organismi in rappresentanza degli enti locali e regionali potrebbero intensificare le loro attività di sensibilizzazione.
- Il Comitato delle regioni dovrebbe istituire gli "hub regionali" per valorizzare più efficacemente l'esperienza degli enti locali e regionali nella definizione delle politiche dell'UE.

<sup>34</sup> <https://www.eu2018.at/calendar-events/political-events/BKA-2018-11-16-Subsidiarity-Conf..html>.

- Il Parlamento europeo e il Consiglio dovrebbero esaminare l'impatto e le dimensioni di sussidiarietà e proporzionalità delle modifiche sostanziali da loro apportate.
- Come ripetutamente richiesto dai Parlamenti nazionali, il Parlamento europeo e il Consiglio dovrebbero concordare di escludere il periodo di Natale/Capodanno dal computo del termine di 8 settimane concesso ai parlamenti nazionali per presentare i pareri motivati.
- Il Parlamento europeo e il Consiglio dovrebbero dare seguito alle raccomandazioni del Mediatore e alla giurisprudenza recente, al fine di migliorare la trasparenza delle procedure e valutare la possibilità di coinvolgere gli enti locali e regionali nel processo legislativo.
- Il Parlamento europeo e il Consiglio dovrebbero, insieme alla Commissione, intensificare gli sforzi tesi alla creazione di una banca dati interistituzionale per migliorare la tracciabilità della procedura legislativa.
- Le autorità nazionali dovrebbero esaminare le modalità per coinvolgere in modo più efficace gli enti locali e regionali nella procedura legislativa.

Dopo lo svolgimento delle prossime elezioni europee e la nomina della nuova Commissione, il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione procederanno a uno scambio di vedute e decideranno in merito a obiettivi e priorità politiche<sup>35</sup>. La Commissione attende con interesse di discutere, a tempo debito, le modalità di tale scambio di vedute nell'ambito dell'attuazione da parte delle tre istituzioni dell'accordo interistituzionale "Legiferare meglio".

#### ALLEGATI (*Omissis*)

<sup>35</sup> Iniziato dalla Commissione a norma del par. 5 dell'accordo interistituzionale "Legiferare meglio".

## **IL RUOLO DEI PARLAMENTI NAZIONALI NELL'UNIONE EUROPEA: VERSO IL RAFFORZAMENTO DEL LORO CONTROLLO SUL RISPETTO DEL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ?\***

**Sommario:** **1.** *Introduzione* - **2.** *L'affermazione del principio di sussidiarietà* - **3.** *Il ruolo dei parlamenti nazionali nella procedura di controllo del principio di sussidiarietà* - **4.** *Verso la crisi del principio di sussidiarietà?*

### **1. Introduzione**

Il 15 luglio 2014, nel suo discorso di apertura della plenaria del Parlamento europeo, l'allora candidato alla presidenza della Commissione, Jean-Claude Juncker, annunciava: «Ritengo che i rapporti con i parlamenti nazionali siano molto importanti, soprattutto per tutelare il principio di sussidiarietà. Vaglierò le possibilità di migliorare il dialogo con i parlamenti nazionali, in modo tale da avvicinare l'Unione europea ai cittadini».

È infatti noto a tutti che l'avvio e lo sviluppo del processo di integrazione europea ha prodotto conseguenze di grande rilievo sul piano dell'ordinamento interno, soprattutto in termini di cessioni di potere legislativo a favore delle istituzioni europee. A partire dagli anni Settanta, quando inizia la grande stagione della produzione normativa comunitaria, cominciano ad essere messe in campo misure volte ad evitare che i parlamenti nazionali si trasformassero in meri spettatori di processi di regolazione sempre più consistenti, sia dal punto di vista quantitativo che qualitativo<sup>1</sup>. Tuttavia, è solo con il Trattato di Lisbona che si assiste ad un vero e proprio rafforzamento del ruolo dei parlamenti degli Stati membri, coinvolti peral-

\* Il presente contributo è destinato agli *Studi in Onore del Prof. Andrea Romano*.

<sup>1</sup> P. CARETTI, *Il ruolo dei Parlamenti nazionali prima e dopo il Trattato di Lisbona*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. 3/2010, p. 1.

tro nel controllo di uno dei principi più importanti nello sviluppo del processo di integrazione europea, il principio di sussidiarietà.

Scopo del presente lavoro è quello di inquadrare il ruolo dei parlamenti nazionali nel controllo del rispetto del principio di sussidiarietà nonché di verificare come sino ad oggi le novità di Lisbona hanno funzionato, al fine di valutare quanto e cosa debba essere ancora fatto, considerato il contributo che un ruolo più incisivo dei parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea può dare nel recupero della fiducia nelle istituzioni europee.

## 2. L'affermazione del principio di sussidiarietà

I trattati istitutivi delle Comunità europee, come è noto, non contenevano originariamente disposizioni relative alle competenze, prevedendo perlopiù obiettivi da raggiungere attraverso l'attuazione di politiche specifiche<sup>2</sup>; in altre parole, le Comunità disponevano di poteri d'azione per adottare, in alcuni settori, le misure atte a realizzare gli obiettivi loro assegnati dai trattati, lasciando gli Stati liberi di legiferare in altri settori.

Tuttavia, espandendosi il campo di azione delle Comunità, e con esso gli obiettivi da raggiungere, i successivi trattati di modifica hanno previsto, da un lato, l'ampliamento delle competenze della Comunità e, nel frattempo, dell'Unione, dall'altro, hanno sottoposto l'esercizio di tali competenze a taluni principi. Così, il trattato di Maastricht ha introdotto una disposizione volta ad affermare che la Comunità avrebbe potuto agire solo nell'ambito delle competenze attribuitele, nonché in vista del perseguimento degli obiettivi impartitele, nel rispetto peraltro delle competenze nazionali, conformemente ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità; in particolare, l'allora art. B, ultimo comma, del Trattato sull'Unione europea stabiliva che gli obiettivi dell'Unione sarebbero stati perseguiti nel rispetto del principio di sussidiarietà, disciplinato dall'art. 3 B TCE, secondo cui «Nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo il principio della sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario»<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> P. STANCANELLI, *Art. 5 TUE*, in C. CURTI GIALDINO (dir.), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, Edizioni giuridiche Simone, 2015, p. 82.

<sup>3</sup> In realtà, il principio di sussidiarietà aveva trovato spazio nei Trattati anche prima del Trattato di Maastricht, ma con riferimento alla sola competenza comunitaria in materia di am-

Da allora, il principio di sussidiarietà ha assunto nello sviluppo del processo di integrazione europea un'importanza tale da costituire un «punto di riferimento obbligato» nella definizione della portata delle competenze attribuite all'Unione e delle modalità del loro esercizio in relazione alle competenze degli Stati membri<sup>4</sup>.

La definizione del principio è oggi confluita nell'art. 5, par. 3, del TUE, subendo solo lievi adattamenti rispetto alla versione originaria<sup>5</sup>. Inoltre, il principio di sussidiarietà è oggetto di uno specifico Protocollo, allegato al Trattato<sup>6</sup>, formalmente richiamato nello stesso art. 5, par. 3, TUE.

A norma dell'art. 2 del Protocollo, ancor prima di proporre un atto legislativo la Commissione, salvo casi di straordinaria urgenza, deve effettuare ampie consultazioni, che tengano conto, se del caso, della dimensione regionale e locale delle azioni previste; dunque, i progetti di atti legislativi devono essere motivati con riguardo al principio di sussidiarietà ed essere accompagnati da una scheda, che fornisca gli elementi che consentano di valutare il rispetto del principio medesimo. In particolare, le questioni fondamentali da considerare sono la portata geografica, il numero di soggetti e degli Stati membri interessati e le principali ripercussioni economiche, ambientali e sociali; inoltre, l'analisi deve stabilire in termini qualitativi, e per quanto possibile in termini quantitativi, l'eventuale presenza di un importante problema transfrontaliero, nonché comprendere i vantaggi e gli svantaggi dell'azione dell'Unione rispetto a quella degli Stati membri<sup>7</sup>.

Il principio è poi completato dal principio di proporzionalità, che agisce da ulteriore specificazione della sussidiarietà: una volta accertato che un'azione dell'Unione è opportuna, occorre altresì verificare che l'intervento non ecceda ciò che è necessario, deve cioè esserci un corretto rapporto fra la misura adottata e l'obiettivo perseguito.

biente. Si veda R. ADAM - A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, Giapichelli editore, 2017, p. 428.

<sup>4</sup> L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 415.

<sup>5</sup> La variazione più rilevante attiene alla precisazione di verificare che «né a livello centrale né a livello regionale o locale» un'azione degli Stati possa consentire di raggiungere gli obiettivi dell'azione prevista in maniera sufficiente; precisazione peraltro già contenuta nel Protocollo n. 30 del 1997 allegato ai precedenti Trattati.

<sup>6</sup> Protocollo (n. 2) sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Il principio di sussidiarietà è inoltre ripreso anche nel Protocollo (n. 25) sull'esercizio della competenza concorrente, nella Dichiarazione (n. 18) relativa alla delimitazione delle competenze, nonché nelle Dichiarazioni (n. 13) e (n. 14) sulla politica estera e di sicurezza comune, nella Dichiarazione (n. 17) sul primato del diritto dell'Unione e nelle Dichiarazioni (n. 41) e (n. 42) relative all'art. 352 TFUE.

<sup>7</sup> Relazione annuale per il 2016 della Commissione in materia di sussidiarietà e proporzionalità, Com(2017)600, p. 3, che riprende gli orientamenti per legiferare meglio e i relativi «strumenti di accompagnamento», [http://ec.europa.eu/info/better-regulation-guidelines-and-toolbox\\_it](http://ec.europa.eu/info/better-regulation-guidelines-and-toolbox_it).

### 3. Il ruolo dei parlamenti nazionali nella procedura di controllo del principio di sussidiarietà

L'aspetto più innovativo del Trattato di Lisbona con riferimento al principio di sussidiarietà consiste nell'introduzione di una procedura *ad hoc* finalizzata a rafforzare il controllo sulla sua applicazione, procedura che coinvolge formalmente i parlamenti degli Stati membri.

Si tratta di una novità che rientra nell'ambito di una serie di riforme che tendono a valorizzare il ruolo dei parlamenti nazionali.

È bene sottolineare, infatti, come già a partire dal Trattato di Maastricht, progressivamente con sempre maggiore urgenza quanto più incisivo e problematico si faceva il dibattito sul c.d. *deficit* democratico dell'Unione, la questione si è per così dire «comunitarizzata»<sup>8</sup>, venendo a costituire oggetto di Dichiarazioni e Protocolli che, in varie forme, tendevano a garantire ai parlamenti informazioni atte a permettere loro un efficace controllo sulle politiche comunitarie dei rispettivi governi, o a creare sedi di incontro e di riflessione tra i vari organi assembleari. Così, ad esempio, nella Dichiarazione di Laeken del 2001 il Consiglio europeo affermava che i parlamenti nazionali contribuiscono alla legittimazione del progetto europeo, affidando alla Convenzione che aveva il compito di redigere la c.d. «Costituzione europea» il compito di esaminarne il loro possibile ruolo futuro.

In altre parole, i parlamenti nazionali divenivano strumenti per democratizzare l'Unione; ai poteri legislativi del Parlamento europeo, doveva corrispondere «la possibilità per le assemblee nazionali di influire sull'altro organo decisionale, il Consiglio, ponendo le premesse per una sorta di bicameralismo in cui esso, quasi come un "senato", rispecchiasse le esigenze degli Stati non più, o non solo, come percepite dai governi, ma quali individuate anche dai parlamenti nazionali»<sup>9</sup>.

Il processo di affermazione dei principi democratici attraverso la valorizzazione dei parlamenti nazionali – iniziato con l'adozione a Maastricht di due Dichiarazioni relative al ruolo dei parlamenti nazionali e all'istituzione della Conferenza dei parlamenti, e formalizzato ad Amsterdam nel Protocollo n. 9, volto a garantire l'informazione dei parlamenti e a fissare le competenze della Conferenza delle Commissioni per gli affari europei – si sviluppa ulteriormente con il Trattato di Lisbona. Ai sensi del nuovo art. 12 TUE, infatti, i parlamenti nazionali contribuiscono al buon funzionamento dell'Unione venendo informati dalle istituzioni europee e ricevendo

<sup>8</sup> C. MORVIDUCCI, *Il ruolo dei parlamenti nazionali nel nuovo Trattato*, in *Sud in Europa*, febbraio 2018.

<sup>9</sup> *Ibidem*.



i progetti di atti legislativi dell'Unione in conformità al Protocollo sul ruolo dei parlamenti nazionali, allegato al Trattato, vigilando, come si vedrà, sul rispetto del principio di sussidiarietà, partecipando, nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ai meccanismi di valutazione ai fini dell'attuazione delle politiche dell'Unione in tale settore<sup>10</sup>, essendo associati al controllo politico di Europol e alla valutazione delle attività di Eurojust<sup>11</sup>, partecipando alle procedure di revisione dei trattati<sup>12</sup>, venendo informati delle domande di adesione all'Unione<sup>13</sup>, nonché partecipando alla cooperazione interparlamentare tra parlamenti nazionali e con il Parlamento europeo, sempre in conformità al Protocollo sul ruolo dei parlamenti nazionali.

Rileva in particolare, in questa sede, l'inedito ed importante ruolo affidato ai parlamenti nazionali nel controllo sul rispetto del principio di sussidiarietà, disciplinato nel citato Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, allegato al Trattato. A ciascun parlamento nazionale o camera di esso (in caso di parlamento bicamerale), l'art. 6 del Protocollo attribuisce il potere di formulare, entro otto settimane dalla trasmissione di un progetto di atto legislativo, un parere motivato di non conformità del progetto al principio di sussidiarietà. A ciascuna camera è assegnato un voto, mentre ai parlamenti unicamerale spettano due voti.

Qualora i pareri motivati sul mancato rispetto del principio di sussidiarietà da parte di un progetto di atto legislativo rappresentino almeno un terzo dell'insieme dei voti attribuiti ai parlamenti nazionali, scatta una sorta di «cartellino giallo», per cui il progetto deve essere riesaminato; la soglia peraltro si riduce ad un quarto se la proposta riguarda una materia rientrante nella sfera di libertà, sicurezza e giustizia. Una volta riesaminato il progetto dal suo autore (Commissione o eventuali altri soggetti proponenti), questi potrà mantenerlo, modificarlo o ritirarlo, ma con obbligo di specifica motivazione. Infine, se per l'adozione dell'atto bisogna seguire la procedura legislativa ordinaria, il Protocollo prevede un meccanismo ulteriore, il c.d. «cartellino arancione»; in quest'ultimo caso, qualora i pareri motivati sul mancato rispetto del principio di sussidiarietà rappresentino almeno la maggioranza semplice dei voti attribuiti ai parlamenti nazionali, la proposta è sottoposta a riesame, al termine del quale la Commissione può decidere di mantenere la proposta, di modificarla o di ritirarla. Qualora scelga di mantenerla, la Commissione spiega, in un parere mo-

<sup>10</sup> Cfr. art. 70 TFUE.

<sup>11</sup> Cfr. artt. 88 e 85 TFUE.

<sup>12</sup> Cfr. art. 48 TUE.

<sup>13</sup> Cfr. art. 49 TUE.

tivato, perché ritiene la proposta conforme al principio di sussidiarietà. Tale parere motivato e i pareri motivati dei parlamenti nazionali sono sottoposti al legislatore dell'Unione affinché ne tenga conto nella procedura. A questo punto, prima della conclusione della prima lettura, il legislatore (Parlamento europeo e Consiglio) esamina la compatibilità della proposta legislativa con il principio di sussidiarietà, tenendo particolarmente conto delle ragioni espresse e condivise dalla maggioranza dei parlamenti nazionali, nonché del parere motivato della Commissione; quindi se, a maggioranza del 55% dei membri del Consiglio o a maggioranza dei voti espressi in sede di Parlamento europeo, il legislatore ritiene che la proposta non sia compatibile con il principio di sussidiarietà, essa non forma oggetto di ulteriore esame. Si tratta di un potere di controllo che, come è stato osservato<sup>14</sup>, appare espressione di una difesa, avanzata e puntigliosa, delle prerogative degli Stati membri di fronte ai rischi di invadenza dell'Unione, difesa affidata, appunto, agli organi democratici per eccellenza, quali sono i parlamenti nazionali.

Le novità introdotte a Lisbona e qui esaminate hanno evidentemente comportato l'adeguamento della legislazione italiana, con l'adozione della legge 24 dicembre 2012, n. 234, recante «Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea», entrata in vigore il 19 gennaio 2013. Essa dedica ampio spazio al ruolo partecipativo del Parlamento nazionale nelle scelte dell'Italia in ambito europeo e nella formazione degli atti dell'Unione europea, preoccupandosi non solo di incidere sulla qualità e la portata dell'informazione che il Governo deve fornire alle Camere in ordine alla partecipazione dell'Italia all'Unione, ma soprattutto di assicurare un maggiore e più efficace coinvolgimento delle stesse nella fase di formazione degli atti dell'Unione<sup>15</sup>.

Con specifico riferimento alla partecipazione delle Camere alla verifica del rispetto del principio di sussidiarietà, l'art. 8 della legge, pur rinviando per le modalità ai rispettivi regolamenti parlamentari, stabilisce che le Camere debbano trasmettere contestualmente anche al Governo gli eventuali pareri motivati che il Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità prevede possano essere da essi inviati direttamente al Parlamento europeo, al Consiglio e alla Commissione euro-

<sup>14</sup> U. VILLANI, *Principi democratici e ruolo dei parlamenti nazionali nel Trattato di Lisbona*, in C. ZANGHÌ - L. PANELLA, *Il Trattato di Lisbona fra conferme e novità*, Torino, Giappichelli editore, 2010, p. 226.

<sup>15</sup> R. ADAM - A. TIZZANO, *Manuale di diritto*, cit. supra, nota 3, p. 928.

pea, per contestare la conformità al principio di sussidiarietà di un progetto di atto legislativo dell'Unione.

#### 4. Verso la crisi del principio di sussidiarietà?

Le procedure di preallarme introdotte a Lisbona hanno incontrato non poche problematiche nella loro applicazione pratica, sia per la difficoltà di raggiungere il numero di pareri motivati necessari per attivare l'obbligo di riesame della proposta da parte della Commissione europea, sia probabilmente per la mancanza di una procedura di controllo più incisiva<sup>16</sup>. La possibilità di prevedere un eventuale «cartellino rosso» a disposizione dei parlamenti nazionali, mediante il quale questi ultimi possano porre un veto definitivo, e non solo sospensivo, nei confronti di proposte di atti legislativi UE, era stata peraltro avanzata dal Regno Unito come parte integrante della proposta di rinegoziazione del proprio rapporto con l'UE<sup>17</sup>. Una procedura simile era stata inoltre inclusa nella lettera che il Presidente del Consiglio europeo Donald Tusk aveva inviato ai membri dello stesso consiglio e pubblicato sul sito il 2 febbraio 2016, contenente la proposta per una «nuova intesa» idonea a mantenere il Regno Unito nell'UE<sup>18</sup>. Si tratta di una proposta che però non ha avuto alcun seguito.

Nel 2017 la Commissione ha ricevuto 52 pareri motivati<sup>19</sup> dai parlamenti nazionali sul principio di sussidiarietà: il 20% in meno rispetto ai 65 ricevuti l'anno precedente; anche la percentuale di pareri motivati rispetto al numero complessivo di pareri ricevuti è diminuita, dal 10,5% del 2016 al 9% del 2017. Il 2017 è stato anche l'anno in cui i legislatori dell'Unione hanno adottato per la prima volta una proposta legislativa sulla quale era

<sup>16</sup> M. MESSINA, *La salvaguardia delle competenze dello Stato nella recente esperienza dell'Unione europea e le similitudini con la recente riforma costituzionale italiana: "tanto rumore per nulla?"*, in A. MORELLI - G. MOSCHELLA (a cura di), *Forma di governo, bicameralismo e sistema delle autonomie nella riforma costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 177.

<sup>17</sup> Si veda, a tal riguardo, D. WYATT, *What can the UK reform/renegotiation package really hope to achieve?*, in *Durham European Law Institute*, 20 novembre 2015, reperibile sul sito internet <https://delilawblog.wordpress.com/2015/11/20/derrick-wyatt-what-can-the-uk-reform-renegotiation-package-really-hope-to-achieve/>.

<sup>18</sup> Per un'analisi dell'intesa proposta dal Presidente Tusk, si veda C. CURTI GIALDINO, *"To be or not to be together ..." Il compromesso di Tusk per mantenere il Regno Unito nell'UE: una prospettiva ragionevole per l'integrazione europea?*, in *Federalismi.it*, n. 3/2016, p. 1 ss.

<sup>19</sup> Si veda l'allegato alla relazione della Commissione, *Relazione annuale 2017 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*, Com(2018)490 def., del 23 ottobre 2018 reperibile sul sito internet <https://eur-lex.europa.eu>.

stata avviata la c.d. procedura del «cartellino giallo»<sup>20</sup>: si tratta della proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea. Dopo anni di negoziati il Regolamento è stato adottato con la procedura di cooperazione rafforzata; vi sono varie differenze rispetto alle proposte iniziali della Commissione, ma il nuovo Ufficio è stato comunque istituito<sup>21</sup>.

In coerenza con l'accordo interistituzionale «Legiferare meglio» del 2016, la Commissione ha istituito nel novembre 2017 una *task force* incaricata di verificare lo stato di attuazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità<sup>22</sup>; la relazione conclusiva del gruppo di lavoro, presentata il 10 luglio 2018, formula alcune raccomandazioni preordinate a rafforzare ed implementare la corretta attuazione dei due principi, in particolare valorizzando maggiormente il contributo delle autorità locali, regionali e nazionali nella definizione delle politiche dell'UE. Nello specifico, la *task force* ha concluso che sono necessarie nuove modalità operative nell'ambito della sussidiarietà e della proporzionalità per consentire alle autorità locali e regionali e ai parlamenti nazionali di dare un contributo più efficace alla definizione delle politiche dell'UE e all'elaborazione della nuova normativa. In mancanza della modifica dei trattati che si renderebbe necessaria per l'auspicata riduzione delle soglie per l'attivazione delle procedure di cartellino giallo e di cartellino arancione<sup>23</sup>, la *task force* ritiene che la Commissione potrebbe garantire ai parlamenti nazionali una maggiore flessibilità per preparare i pareri motivati. Questa flessibilità, infatti, insieme alla maggiore coerenza prevista nelle valutazioni della sussidiarietà

<sup>20</sup> Finora la procedura del «cartellino giallo» è stata attivata in tre occasioni. Sulla proposta di regolamento sull'esercizio del diritto di promuovere azioni collettive, la Commissione ha riveduto la sua proposta, e pur non ritenendo che fosse in contrasto con il principio di sussidiarietà, ha esaminato le opinioni espresse e le discussioni tra il Parlamento europeo e il Consiglio, ed ha riconosciuto che probabilmente la proposta non avrebbe ottenuto il sostegno politico necessario per la sua adozione, per questo ha deciso di ritirare la proposta. Sulla proposta di regolamento della Commissione che istituisce la Procura europea, e più di recente sulla proposta della Commissione di rivedere la direttiva sul distacco dei lavoratori: in quest'ultimo caso, dopo un attento esame dei pareri motivati, la Commissione ha concluso che la proposta rispettava il principio di sussidiarietà e ha deciso di mantenerla. La proposta è stata poi adottata il 28 giugno 2018.

<sup>21</sup> Regolamento (Ue) n. 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea (EPPU), in *Gu-Ue* n. L 283 del 31 ottobre 2017, pp. 1 ss.

<sup>22</sup> [https://ec.europa.eu/commission/priorities/democratic-change/better-regulation/task-force-subsidiarity-proportionality-and-doing-less-more-efficiently\\_ga?2nd-language=it](https://ec.europa.eu/commission/priorities/democratic-change/better-regulation/task-force-subsidiarity-proportionality-and-doing-less-more-efficiently_ga?2nd-language=it).

<sup>23</sup> In particolare, la *task force* ha discusso la questione, concludendo che non era chiaro se la riduzione dell'attuale soglia per far scattare il cartellino giallo, da un terzo a un quarto dei voti disponibili, avrebbe avuto un effetto significativo sul numero delle procedure di cartellino giallo avviate, ipotizzando una partecipazione dei parlamenti nazionali al meccanismo di controllo della sussidiarietà simile a quella attuale. Per aumentare sensibilmente il numero di procedure di cartellino giallo è necessaria una soglia sensibilmente inferiore a un quarto, ma questo aggraverebbe i timori sulla rappresentatività delle preoccupazioni espresse.

sulla base di una griglia comune, nonché alla più efficace comunicazione e alla condivisione delle informazioni tra parlamenti nazionali e autorità regionali e locali, potrebbe attenuare la necessità percepita di ridurre le soglie.

La *task force* ha discusso altresì del fatto che i parlamenti nazionali, nei propri pareri motivati, spesso vanno oltre le questioni legate alla sussidiarietà, con conseguenti malintesi e frustrazioni qualora non sia possibile dar seguito a questi punti. È stato dunque sottolineato come l'impiego di una griglia comune per la valutazione della sussidiarietà, che serva da base per i pareri dei parlamenti nazionali, potrebbe contribuire ad evitare tali problematiche.

La *task force*, poi, sottolineando come i parlamenti nazionali svolgano un ruolo fondamentale nel garantire la conformità al principio di sussidiarietà contribuendo alla legittimità democratica dell'Unione, raccomanda anzitutto di applicare in modo flessibile il termine di otto settimane che i parlamenti nazionali hanno per presentare i loro pareri, proponendo la possibilità di aumentarlo a dodici settimane. Ancora, nel sottolineare l'importanza di un serio dialogo politico che rafforzi la legittimità del processo legislativo, la *task force* ha invitato la Commissione a garantire una risposta pubblica esaustiva e tempestiva ai pareri motivati emanati dai parlamenti nazionali, anche laddove una procedura di «cartellino giallo» non sia avviata ai sensi delle norme vigenti.

Nell'ambito dei lavori della *task force*, infine, è stata discussa l'eventualità di introdurre una procedura di «cartellino rosso» per i parlamenti nazionali, che richiederebbe anch'essa, evidentemente, una modifica dei trattati; secondo alcuni dei pareri ricevuti dalla *task force*, tuttavia, ciò potrebbe avere conseguenze indesiderate, poiché attualmente nei parlamenti nazionali manca un'interpretazione comune del significato e della portata delle valutazioni di sussidiarietà. D'altro canto, la *task force* ha constatato anche il desiderio dei parlamenti nazionali di mettere in evidenza il positivo contributo che essi possono offrire al processo europeo, con un meccanismo che consenta loro di proporre alla Commissione di adottare provvedimenti: il «cartellino verde», un processo formale che influirebbe sul diritto di iniziativa legislativa della Commissione e sul ruolo del Parlamento europeo e del Consiglio.

Al fine di dare attuazione alle raccomandazioni della *task force*, la Commissione europea ha presentato il 23 ottobre 2018 un'apposita comunicazione sui principi di sussidiarietà e proporzionalità<sup>24</sup>, nella quale ha

<sup>24</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *I principi di sussidiarietà e di proporzionalità: rafforzarne il ruolo nel processo di definizione delle politi-*

annunciato alcune iniziative, quali l'integrazione della griglia di valutazione della sussidiarietà e della proporzionalità, come proposta dalla *task force*, ed il suo utilizzo come orientamento nelle comunicazioni con i parlamenti nazionali; la maggiore visibilità delle osservazioni contenute nei pareri motivati dei parlamenti nazionali, fornendo, se del caso, risposte aggregate che vengano incontro alle riserve da loro sollevate; una più ampia discrezionalità nel computo del periodo di otto settimane di cui dispongono i parlamenti nazionali per inviare i pareri motivati; infine un'attenzione maggiore alla sussidiarietà, alla proporzionalità, alla densità legislativa e al ruolo degli enti locali e regionali.

Come è stato osservato<sup>25</sup>, proseguire in un percorso di ripensamento e di revisione del metodo di analisi del rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità potrebbe contenere le attuali spinte verso una disgregazione dell'Unione e contribuire al recupero della fiducia nelle istituzioni europee.

Non resta, dunque, che auspicare che fra le priorità della nuova Commissione vi sia ancora un maggiore coinvolgimento dei parlamenti nazionali, nonché il rafforzamento delle procedure di controllo sul rispetto del principio di sussidiarietà, aspetti che vanno nel senso di un maggiore avvicinamento dell'Unione ai cittadini.

**Anna Pitrone\*\***

#### SINTESI

Il lavoro analizza il ruolo dei parlamenti nazionali nel controllo del rispetto del principio di sussidiarietà, alla luce delle novità introdotte dal Trattato di Lisbona ed in particolare dal Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

Le nuove procedure infatti hanno incontrato alcune difficoltà nella loro applicazione pratica, tali da portare la Commissione europea a presentare una specifica comunicazione nella quale ha annunciato alcune iniziative per consentire ai parlamenti nazionali di esercitare un controllo più efficace.

Si tratta senza dubbio di interventi che mirano ad un maggiore avvicinamento dell'Unione ai cittadini.

*che dell'UE*, Com(2018)703, del 23 ottobre 2018, reperibile sul sito internet <https://eur-lex.europa.eu> nonché *supra* p. 74 ss.

<sup>25</sup> C. DEODATO, *Gli incerti ed elastici confini delle attribuzioni dell'Unione Europea: la debole applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*, in *Federalismi.it*, n. 24/2018.

\*\* Professore Associato di Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Messina

*ABSTRACT*

*The article analyses national parliaments role in the operation of the subsidiarity control mechanism, with reference to the innovations introduced by Lisbon Treaty, in particular by the Protocol on subsidiarity and proportionality.*

*New mechanism, in fact, encountered some difficulties in its practical application, so European Commission presented a Communication announcing some initiatives to enable national parliaments to scrutinise more effectively.*

*Surely, these initiatives intend to bring the Union closer to its citizens.*





**TUTELA DELLA SALUTE PUBBLICA E MEDICINALI FALSIFICATI:  
L'UNIONE EUROPEA ADOTTA MISURE DI SICUREZZA VOLTE  
AD IMPEDIRNE LA DISTRIBUZIONE NEL MERCATO UNICO  
COMPRESA L'IMMISSIONE IN COMMERCIO *ON LINE***

**Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sul recepimento, da parte degli Stati membri, dell'art. 118 *bis* della direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, modificata dalla direttiva n. 2011/62/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2011\***

**1. Introduzione e quadro giuridico**

La falsificazione di medicinali costituisce una grave minaccia per la salute pubblica e interessa una grande varietà di farmaci, per esempio quelli utilizzati nelle terapie contro il cancro, le disfunzioni sessuali e l'epatite C. I medicinali falsificati possono entrare e di fatto entrano nella catena di fornitura legale, come si è visto nel 2014 con il ritrovamento di flaconi falsificati del farmaco antitumorale Herceptin (trastuzumab) su più mercati dell'UE<sup>1</sup>.

Nel 2011 il Parlamento europeo e il Consiglio hanno adottato la direttiva n. 2011/62/UE<sup>2</sup> (la direttiva sui medicinali falsificati) al fine di modificare la direttiva

\* Com(2018)49 final, Bruxelles, 26 gennaio 2018. Il testo integrale della Relazione è reperibile sul sito internet <https://eur-lex.europa.eu/>. In argomento v. *infra*, p. 95 ss., il commento di FEDERICO FORNI.

<sup>1</sup> [https://www.researchgate.net/publication/303445021\\_Operation\\_Volcano\\_-\\_The\\_Herceptin\\_Case](https://www.researchgate.net/publication/303445021_Operation_Volcano_-_The_Herceptin_Case).

<sup>2</sup> Direttiva n. 2011/62/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2011, che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, al fine di impedire l'ingresso di medicinali falsificati nella catena di fornitura legale, in *Gu-UE* n. L 174 dell'1 luglio 2011, p. 74.

va n. 2001/83/Ce<sup>3</sup> e rispondere alle crescenti preoccupazioni riguardanti l'ingresso di medicinali falsificati nella catena di fornitura legale.

La direttiva sui medicinali falsificati introduce caratteristiche di sicurezza obbligatorie per i medicinali soggetti a prescrizione medica a decorrere da febbraio 2019 (salvo esplicita esenzione), rafforza le buone prassi di distribuzione, i requisiti per i distributori all'ingrosso, le norme che disciplinano l'importazione, i controlli e le ispezioni delle sostanze attive e dei rispettivi fabbricanti e crea un logo comune a livello di Unione per consentire l'identificazione dei rivenditori autorizzati a vendere medicinali *online* (applicabile dal 1° luglio 2015).

Al fine di garantire l'applicazione effettiva di queste disposizioni, l'art. 118 *bis* della direttiva n. 2001/83/Ce prevede che gli Stati membri «stabiliscono le norme relative alle sanzioni applicabili alle violazioni delle disposizioni nazionali adottate a norma della presente direttiva e adottano tutte le misure necessarie a garantire l'applicazione di tali sanzioni. Le sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive». Tali norme si applicano, in particolare, ai seguenti casi:

- «fabbricazione, distribuzione, brokeraggio, importazione ed esportazione di medicinali falsificati, nonché vendita a distanza al pubblico di medicinali falsificati mediante i servizi della società dell'informazione;
- inosservanza delle disposizioni della (...) direttiva sulla fabbricazione, distribuzione, importazione ed esportazione di sostanze attive;
- inosservanza delle disposizioni della (...) direttiva sull'uso di eccipienti.

Se del caso, le sanzioni tengono conto del rischio per la salute pubblica rappresentato dalla falsificazione di medicinali».

Gli Stati membri erano tenuti a notificare alla Commissione le rispettive disposizioni nazionali entro il 2 gennaio 2013. L'art. 118 *bis* impone inoltre alla Commissione di presentare al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione «che fornisce un quadro generale delle misure di recepimento degli Stati membri in relazione [a detto] articolo, corredata da una valutazione dell'efficacia di tali misure».

La presente relazione fornisce una panoramica delle misure di recepimento degli Stati membri e una valutazione qualitativa della loro efficacia. Per la sua valutazione la Commissione si è servita dello studio TRANSPOSE, condotto da un consulente esterno<sup>4</sup>. Lo studio ha presentato un quadro generale delle misure di recepimento basato sulle informazioni fornite dagli Stati membri a norma dell'art. 118 *bis* e dagli esperti giuridici dei 28 Stati membri. Tale quadro è stato integrato da una valutazione qualitativa delle attuali sanzioni riguardanti i medicinali falsificati, le sostanze attive e gli eccipienti. La Commissione ha inoltre consultato le autorità competenti degli Stati membri, tramite il gruppo di esperti

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> *Study on the transposition measures of Member States in relation to the pharmaceutical legislation* [Studio sulle misure di recepimento degli Stati membri riguardanti la legislazione sui prodotti farmaceutici] (TRANSPOSE) – SANTÉ/2016/B4/052.

sull'atto delegato relativo alle caratteristiche di sicurezza dei medicinali per uso umano, per raccogliere ulteriori informazioni sulle sanzioni vigenti<sup>5</sup>.

## **2. Quadro generale delle misure di recepimento dell'art. 118 bis negli Stati membri** (*Omissis*)

*Falsificazione di medicinali* (*Omissis*)

*Violazioni riguardanti le sostanze attive* (*Omissis*)

*Violazioni riguardanti gli eccipienti* (*Omissis*)

*Recepimento generale* (*Omissis*)

## **3. Efficacia** (*Omissis*)

## **4. Conclusioni**

Il recepimento dell'art. 118 bis della direttiva n. 2001/83/Ce negli Stati membri è soddisfacente. Per rafforzare ulteriormente le misure vigenti e migliorarne l'efficacia generale, alcuni Stati membri potrebbero valutare la possibilità di introdurre ulteriori sanzioni penali o amministrative in relazione a medicinali, sostanze attive o eccipienti falsificati.

Gli Stati membri dovrebbero assicurare la disponibilità di risorse e di personale adeguati per l'applicazione delle sanzioni vigenti (per esempio tramite la formazione di nuovi responsabili delle azioni di vigilanza). Maggiori attività di monitoraggio e di raccolta dati potrebbero consentire una valutazione più accurata dell'efficacia delle disposizioni nazionali specifiche, soprattutto alla luce della difficoltà a ottenere stime accurate dell'entità della falsificazione sul mercato dell'UE.

La falsificazione di medicinali costituisce una grave minaccia per la salute pubblica. La direttiva sui medicinali falsificati ha introdotto alcuni provvedimenti volti a proteggere la catena di fornitura legale di medicinali contro la falsificazione nell'UE. Tali provvedimenti comprendono le caratteristiche di sicurezza obbligatorie per i medicinali soggetti a prescrizione medica, requisiti rafforzati in materia di buone prassi di distribuzione, norme più severe per l'importazione di sostanze attive e un logo comune a livello di Unione per le farmacie *online*.

La Commissione continuerà a sostenere l'attuazione della direttiva sui medicinali falsificati da parte degli Stati membri, in particolare il sistema di autenticazione dei medicinali che sarà applicabile a partire da febbraio 2019. Tale sistema è destinato a garantire che i medicinali nella catena di fornitura legale siano autentici, sicuri e di alta qualità. Il logo dell'UE per le farmacie *online* assicurerà

<sup>5</sup> Regolamento delegato (Ue) n. 2016/161 della Commissione, del 2 ottobre 2015, che integra la direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio stabilendo norme dettagliate sulle caratteristiche di sicurezza che figurano sull'imballaggio dei medicinali per uso umano (*Gu-Ue* n. L 32 del 9 febbraio 2016, p. 1); <http://ec.europa.eu/transparency/reg-expert/index.cfm?do=groupDetail&groupDetail&groupID=2719&Lang=IT>.

che i consumatori non acquistino inconsapevolmente medicinali da fornitori illegali e ageverà le azioni di vigilanza degli Stati membri.

La falsificazione di medicinali può essere scoraggiata mediante sanzioni idonee soltanto sulla base di una cooperazione continuativa, dello scambio delle migliori prassi e di un monitoraggio efficace della legislazione vigente.

## LA NORMATIVA SUL CONTRASTO AI MEDICINALI FALSIFICATI NELL'UNIONE EUROPEA\*

**Sommario:** *Introduzione - 1. La direttiva n. 2011/62/UE (Falsified Medicines Directive - FMD) - 2. Le disposizioni degli Stati membri - 3. Caratteristiche di sicurezza (safety features) - 4. Il Regolamento delegato (UE) n. 2016/161 - 4.1. Identificativo univoco (unique identifier - UI) - 4.2. Sistema di prevenzione delle manomissioni (anti-tampering device - ATD) - 4.3. Data di applicazione - 5. Conclusioni.*

### Introduzione

La falsificazione dei medicinali è una attività antica quanto l'aspirazione dell'uomo di risolvere i propri malanni mediante rimedi sicuri ed efficaci. Nel primo secolo d.C., Dioscoride Pedanio, il medico greco che classificò per primo i medicinali in base al loro uso terapeutico, metteva in guardia i suoi contemporanei dai farmaci falsi suggerendo semplici accorgimenti da seguire per evitare di essere truffati<sup>1</sup>. Secoli più tardi, Enrico VIII promulgò lo «*Apothecary Drugs, Wares and Stuffs Act 1540*»<sup>2</sup> il quale imponeva la distruzione di tutte le sostanze medicinali «defective, corrupted and not meet or convenient to be administered in any medicines for the health of man's body»<sup>3</sup>. Sebbene la scarsità di riferimenti storici non

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

<sup>1</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Counterfeit drugs - guidelines for the development of measures to combat counterfeit drugs*, WHO/EDM/QSM/99.1., Geneva, WHO, 1999, p. 7.

<sup>2</sup> 32 Henry VIII, Chap. 40.

<sup>3</sup> P. WEEDLE - F. CREAM e L. CLARKE, *Historical development of medicines and pharmacy law*, in P. WEEDLE - L. CLARKE, *Pharmacy and Medicines Law in Ireland*, London, Pharmaceutical Press, 2011, p. 13.

consenta di giudicare l'efficacia della norma, è possibile dedurre che la disposizione non avesse eliminato completamente gli illeciti dal momento che tre secoli più tardi la regina Vittoria sostituì la norma del suo predecessore con lo «*Adulteration of Food and Drugs Act 1872*»<sup>4</sup>.

Questo provvedimento ottocentesco e le successive disposizioni in materia non hanno estirpato tali pratiche illegali delle quali il pubblico non sembra aver ancora raggiunto una completa consapevolezza<sup>5</sup> nonostante anche il mondo dello spettacolo ne abbia divulgato l'esistenza e la pericolosità. La sceneggiatura del film britannico «*The Third Man*» (1949), ambientato nella Vienna del secondo dopoguerra, si incentra sulla morte di pazienti ai quali erano state somministrate fiale di penicillina rubate da un ospedale militare alleato ed immesse sul mercato nero dopo essere state estremamente diluite allo scopo di moltiplicarne il numero<sup>6</sup>.

Questi precedenti storici e cinematografici inducono ad un cauto approccio nei confronti dell'affermazione che i farmaci falsificati fossero praticamente sconosciuti sul mercato britannico prima del 2004<sup>7</sup> anche per il motivo che le attività fraudolente emergono ufficialmente solo dopo essere state individuate dalle autorità.

Nonostante le difficoltà di una precisa quantificazione, alcuni organismi nazionali ed internazionali hanno effettuato stime sull'incidenza del fenomeno. L'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) valuta che le vendite di tali medicinali costituiscano circa l'1% del totale nei Paesi sviluppati e raggiungano il 10% nelle nazioni in via di sviluppo<sup>8</sup>. Altre indagini suggeriscono che addirittura il 15% dei medicinali in commercio possa essere falso e che in alcuni Stati asiatici ed africani la percentuale superi il 50%<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> 35 & 36, Victoria, Chap. 74.

<sup>5</sup> La scarsa consapevolezza del consumatore della possibile presenza sul mercato di medicinali falsificati è alla base dell'art. 85 *quinquies* della direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, in *Guce* n. L 311 del 28 novembre 2001, p. 67 ss., come modificata dalla direttiva n. 2011/62/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2011 che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, al fine di impedire l'ingresso di medicinali falsificati nella catena di fornitura legale, in *Gu-Ue* n. L 174 dell'1 luglio 2011, p. 74 ss. («Fatte salve le competenze degli Stati membri, la Commissione, in cooperazione con l'Agenzia [europea dei medicinali] e con le autorità degli Stati membri, realizza o promuove campagne d'informazione destinate al pubblico sui pericoli relativi ai medicinali falsificati»).

<sup>6</sup> G. GREENE, *The third man*, London, Heinemann, 1950.

<sup>7</sup> COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, Commission staff working document, Accompanying document to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2001/83/EC as regards the prevention of the entry into the legal supply chain of medicinal products which are falsified in relation to their identity, history or source. Impact Assessment, Sec(2008)2674, Brussels, 10 December 2008, p. 10.

<sup>8</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION, IMPACT, *Counterfeit Drugs Kill!*, p. 3, reperibile sul sito internet <https://www.gphf.org/images/downloads/impactbrochure.pdf>.

<sup>9</sup> J. R. COCKBURN - P. N. NEWTON - E. KYEREMATENG AGYARKO - D. AKUNYILI e N.

Al di là delle divergenze sulla rilevanza, tutte le ricerche mettono in risalto la correlazione esistente tra tipologia di farmaci falsificati e condizioni economiche della popolazione. Nelle società del benessere sono oggetto di frode soprattutto i medicinali contro la disfunzione erettile, contro l'obesità e i prodotti anabolizzanti<sup>10</sup>; nei Paesi in via di sviluppo sono maggiormente falsificati i farmaci antimalarici e quelli per la cura della tubercolosi e delle malattie infettive in generale<sup>11</sup>.

Le azioni di contrasto al mercato dei medicinali illeciti trovano il loro fondamento non esclusivamente nei rischi diretti che tale illecito può provocare alla salute e alla vita degli individui<sup>12</sup>.

Un aspetto sociale non trascurabile consiste nella perdita di fiducia della popolazione verso l'approccio terapeutico a causa della mancata efficacia dei farmaci falsificati nel risolvere le malattie per la cui cura sono stati prescritti<sup>13</sup> o dell'insorgenza di disturbi secondari derivanti dalla scarsa qualità delle materie prime o da difetti di fabbricazione causati dalla carenza di controlli in fase produttiva.

Non è possibile inoltre considerare insignificante il danno economico arrecato alle aziende farmaceutiche e all'occupazione dal commercio illecito di medicinali in considerazione del fatto che è stato stimato un giro d'affari nel mondo di 75 miliardi di dollari<sup>14</sup>, di cui 14 miliardi nella sola Europa<sup>15</sup>. Lo *European Union Intellectual Property Office* (EUIPO) ha stabilito che i medicinali falsificati sono stati responsabili nel 2016 della perdita di 37.700 posti di lavoro nell'industria farmaceutica e di ulteriori 53.200 posizioni nell'indotto oltre a causare un danno pari a 1,7 miliardi di

WHITE, *The Global Threat of Counterfeit Drugs: Why Industry and Governments Must Communicate the Dangers*, in *PLoS Medicine*, vol. 2, 2004, p. 302.

<sup>10</sup> H. REBIERE - P. GUINOT - D. CHAUVEY e C. BRENIER, *Fighting falsified medicines: The analytical approach*, in *Journal of Pharmaceutical and Biomedical Analysis*, vol. 142, 2017, p. 287.

<sup>11</sup> COMMITTEE ON UNDERSTANDING THE GLOBAL PUBLIC HEALTH IMPLICATIONS OF SUBSTANDARD, FALSIFIED, AND COUNTERFEIT MEDICAL PRODUCTS, *The magnitude of the problem*, in G. J. BUCKLEY - L. O. GOSTIN (eds.), *Countering the problem of falsified and substandard drugs*, Washington, D.C., National Academies Press, 2013, p. 85 ss.

<sup>12</sup> P. N. NEWTON - M. D. GREEN - F. M. FERNANDEZ - N. P. DAY e N. J. WHITE, *Counterfeit anti-infective drugs*, in *Lancet Infectious Diseases*, vol. 6, 2006, p. 602 ss., stimano che in Africa circa 100.000 decessi all'anno siano imputabili a farmaci falsificati.

<sup>13</sup> A. SEITER, *Health and Economic Consequences of Counterfeit Drugs*, in *Clinical Pharmacology & Therapeutics*, vol. 85, 2009, p. 576 ss.

<sup>14</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Growing threat from counterfeit medicines*, in *Bulletin of the World Health Organization*, vol. 88, 2010, p. 247 ss.

<sup>15</sup> PARTNERSHIP FOR SAFE MEDICINES, *European counterfeit drug market worth more than \$14 Billion*, reperibile sul sito internet <https://www.safemedicines.org/2010/02/european-counterfeit-drug-market-worth-more-than-14-billion.html>. Secondo alcune stime il valore del *black pharma* in Italia ammonterebbe a 21,6 milioni di dollari (R. MAGNANO, *Farmaci illegali, un business in Italia da oltre 20 milioni di dollari*, in *Il Sole 24 Ore*, 5 novembre 2017).

euro alle finanze degli Stati membri<sup>16</sup>. In pratica, la lotta ai falsi medicinali sembra racchiudere in sé la difesa dei principi esplicitati nell'art. 9 TFUE<sup>17</sup> oltre agli obiettivi sulla protezione del consumatore sanciti dall'art. 12 TFUE<sup>18</sup>.

L'imponenza di tali dati, che secondo alcuni Autori sottostimerebbero addirittura il reale impatto del fenomeno<sup>19</sup>, lascia trasparire l'esistenza di organizzazioni talmente strutturate da poter essere efficacemente combattute solo attraverso una cooperazione a livello internazionale in grado di consentire l'individuazione di fabbricanti, distributori e finanziatori. Un esempio di tali forme di collaborazione è rappresentato dalle operazioni di contrasto svolte dall'Interpol in tutti i continenti<sup>20</sup>.

Tuttavia, azioni efficaci necessitano di un accordo internazionale sulla definizione di farmaco falsificato affinché sia possibile discriminare chiaramente i falsi medicinali da quelli che, legittimi in una determinata giurisdizione, infrangono, ad esempio, le norme brevettuali dei Paesi in cui sono illegalmente introdotti. Inoltre, è indispensabile evitare che i medicinali generici ricadano all'interno della nozione. Quest'ultima eventualità è stata individuata dalla Corte costituzionale del Kenya secondo la quale lo *Anti-Counterfeit Act* del Paese africano, non escludendo in modo specifico i generici, non garantiva il diritto alla vita, alla dignità e alla salute sancito dalla Costituzione nazionale<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> EUROPEAN UNION INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE, *€10.2 billion lost every year across the EU due to fake medicines*, Press Release, September 29, 2016, reperibile sul sito internet [https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document\\_library/observatory/resources/research-and-studies/ip\\_infringement/study9/Press\\_release-pharmaceutical\\_sector\\_en.pdf](https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/resources/research-and-studies/ip_infringement/study9/Press_release-pharmaceutical_sector_en.pdf).

<sup>17</sup> Art. 9 TFUE: «Nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana».

<sup>18</sup> Art. 12 TFUE: «Nella definizione e nell'attuazione di altre politiche o attività dell'Unione sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori».

<sup>19</sup> Si vedano *ex multis* THE ECONOMIST, *Poison pills*, reperibile sul sito internet <http://www.economist.com/node/16943895> e C. TAVERRITI-FORTIER - E. PAPE - J. SCALA-BERTOLA - P. TRÉCHOT - P. MAINCENT - V. GIBAJA e N. GAMBIER, *Counterfeit and Falsified Drugs: an Overview*, in *Thérapie*, vol. 70, 2015, p. 455 ss., secondo cui il commercio di farmaci falsificati darebbe origine ad introiti quantificabili tra i 55 e i 200 miliardi di dollari.

<sup>20</sup> INTERPOL, PHARMACEUTICAL CRIME SUB-DIRECTORATE, *Pharmaceutical crime and organized criminal groups, An analysis of the involvement of organized criminal groups in pharmaceutical crime since 2008*, 17 July 2014, p. 5 ss.

<sup>21</sup> Constitutional Division of the High Court of Kenya, sentenza 20 aprile 2012, *Patricia Asero Ochieng, Maurine Atieno and Joseph Munyi vs Republic H.C.C.C., Petition No. 409 of 2009*, punto 78: «the definition of "counterfeit" in section 2 of the Act is likely to be read as including generic medication. I would therefore agree (...) that the definition would encompass generic medicines produced in Kenya and elsewhere and thus is likely to adversely affect the manufacture, sale, and distribution of generic equivalents of patented drugs. This would affect the availability of the generic drugs and thus pose a real threat to the petitioners' right to life, dignity and health under the Constitution», reperibile sul sito internet <https://www>.



Tuttavia, la formulazione di una nozione universalmente accettata non appare di facile realizzazione. Un medicinale, infatti, può essere irregolare sotto diversi punti di vista: può non soddisfare *standard* e specifiche di qualità del principio attivo o della forma farmaceutica, può non aver ottenuto l'approvazione delle autorità regolatorie, può nascondere la propria reale identità, composizione o origine e contenere una dose insufficiente o perfino nulla del farmaco.

Tutte queste possibilità sono state considerate dall'OMS nel momento in cui ha stabilito che «[a] counterfeit medicine is one which is deliberately and fraudulently mislabelled with respect to identity and/or source (...) and counterfeit products may include products with the correct ingredients or with the wrong ingredients, without active ingredients, with insufficient active ingredient or with fake packaging»<sup>22</sup>. L'ampia definizione, che racchiude al suo interno tutti i «substandard/spurious/falsely-labelled/falsified/counterfeit medical products»<sup>23</sup>, fu successivamente semplificata specificando che i farmaci falsificati sono «[m]edical products that deliberately/fraudulently misrepresent their identity, composition or source»<sup>24</sup>. La *Commission on Crime Prevention and Criminal Justice* delle Nazioni Unite ha focalizzato la sua attenzione sulle «"fraudulent medicines", usually referred to as "falsified medicines" [that] include purported medicines whose contents are inert, are less than, more than or different from what is indicated, or have expired»<sup>25</sup>. In considerazione dell'importanza e della diffusione della falsificazione dei farmaci, il Consiglio di Europa si è reso promotore di una convenzione<sup>26</sup>, detta *Medicrime*, il cui preambolo riconosce l'importanza degli strumenti e dei programmi attivati dall'OMS, in particolare attraverso IMPACT<sup>27</sup>, e dall'Unione europea. Quest'ultimo richia-

[unodc.org/res/cld/case-law-doc/fraudulentmedicinescrimetype/ken/2012/p\\_a\\_o\\_2\\_others\\_vs\\_attorney\\_general\\_html/P.A.O\\_2\\_Others\\_vs.\\_Attorney\\_General.pdf](https://www.unodc.org/res/cld/case-law-doc/fraudulentmedicinescrimetype/ken/2012/p_a_o_2_others_vs_attorney_general_html/P.A.O_2_Others_vs._Attorney_General.pdf).

<sup>22</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION, DEPARTMENT OF ESSENTIAL DRUGS AND OTHER MEDICINES, *Counterfeit Drugs. Guidelines for the development of measures to combat counterfeit drugs*, WHO/EDM/QSM/99.1, Geneva, Switzerland, 1999, p. 8.

<sup>23</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Sixty-fifth World Health Assembly*, 21 to 26 May 2012, WHA65/2012/REC/1, p. 28.

<sup>24</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION, Annex A70/23, Appendix 3, *WHO Member State mechanism on Substandard/Spurious/Falsely-Labelled/Falsified/Counterfeit (SSFFC) Medical Products, Working Definitions*, p. 35.

<sup>25</sup> UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, Resolution 20/6, *Countering fraudulent medicines, in particular their trafficking*, 15 April 2011, reperibile sul sito internet [https://www.unodc.org/documents/organized-crime/FM/Resolution\\_20\\_EN.pdf](https://www.unodc.org/documents/organized-crime/FM/Resolution_20_EN.pdf).

<sup>26</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Convention on the counterfeiting of medical products and similar crimes involving threats to public health*, Moscow, 28 October 2011, Council of Europe Treaty Series No. 211, available at <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/211>.

<sup>27</sup> Conclusions and recommendations of the WHO international conference on combating counterfeit medicines, Declaration of Rome, 18 February 2006, punto 6: «The WHO should

mo costituisce un apprezzamento per l'impegno dell'Ue a valutare l'opportunità di «esercitare un controllo su tutta la catena di distribuzione dei medicinali, dalla loro fabbricazione o importazione (...) fino alla fornitura al pubblico [... allo] scopo (...) di lottare in modo più efficace contro le contraffazioni»<sup>28</sup>.

Al pari dell'ONU, anche l'Unione ha preferito introdurre nella definizione il termine *falsified* (falsificato) al posto del vocabolo *counterfeit* (contraffatto) ritenendo che il secondo aggettivo sia maggiormente indicato per i medicinali non conformi alla normativa Ue o irrispettosi dei diritti relativi alla proprietà intellettuale e industriale<sup>29</sup> già inclusi nella nozione di merce contraffatta contenuta nel Regolamento (Ue) n. 608/2013<sup>30</sup>.

Al di là di questi aspetti semantici, è doveroso sottolineare la sensibilità dell'Ue alla problematica dei medicinali falsificati per contrastare i quali ha integrato la direttiva n. 2001/83/Ce<sup>31</sup> (Codice europeo dei medicinali) introducendo al punto 33 dell'art. 1 di tale direttiva la definizione di «medicinale falsificato», inteso come un «qualsiasi medicinale che comporti una falsa rappresentazione circa:

a. la sua identità, compresi l'imballaggio e l'etichettatura, la denominazione o la composizione, in relazione a uno qualsiasi dei componenti, compresi gli eccipienti, e il relativo dosaggio;

b. la sua origine, compresi il fabbricante, il paese di fabbricazione, il paese di origine e il titolare dell'autorizzazione all'immissione in commercio; o

c. la sua storia, compresi i registri e i documenti relativi ai canali di distribuzione utilizzati.

lead the establishment of an International Medical Products Anti-Counterfeiting Taskforce (IMPACT) of governmental, non-governmental and international institutions».

<sup>28</sup> *Considerando* n. 35 della direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 novembre 2001 recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 5.

<sup>29</sup> Q&A: Directive on falsified medicines, MEMO/11/91, Brussels, 16 February 2011. Secondo la *European Medicines Agency* «[f]alsified medicines are not the same as counterfeit medicines: Falsified medicines are fake medicines that are designed to mimic real medicines. Counterfeit medicines are medicines that do not comply with intellectual-property rights or that infringe trademark law» (reperibile sul sito internet <https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/overview/public-health-threats/falsified-medicines-overview>).

<sup>30</sup> Si veda l'art. 2, par. 5, lett. a., del Regolamento (Ue) n. 608/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 giugno 2013, relativo alla tutela dei diritti di proprietà intellettuale da parte delle autorità doganali e che abroga il Regolamento (Ce) n. 1383/2003 del Consiglio, in *Gu-Ue* n. L. 181 del 29 giugno 2006, p. 214 ss., secondo il quale «"merci contraffatte" [sono] a. le merci oggetto di un atto che viola un marchio nello Stato membro in cui si trovano e cui sia stato apposto senza autorizzazione un segno che è identico a quello validamente registrato per gli stessi tipi di merci, o che non possa essere distinto nei suoi aspetti essenziali da tale marchio».

<sup>31</sup> Direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, *loc. cit.*

La (...) definizione non comprende i difetti di qualità non intenzionali e non concerne le violazioni dei diritti di proprietà intellettuale»<sup>32</sup>.

L'aggiornamento normativo è stato attuato mediante l'emanazione della direttiva n. 2011/62/UE (*Falsified Medicines Directive* - FMD)<sup>33</sup> e, successivamente, del Regolamento delegato<sup>34</sup> (UE) n. 2016/161<sup>35</sup> (d'ora in poi Regolamento delegato) il quale ha fissato in modo tecnicamente puntuale le caratteristiche di sicurezza da predisporre sull'imballaggio esterno al fine di garantire l'originalità e l'autenticità dei medicinali per uso umano.

La scelta di affiancare un atto delegato alla FMD offre la garanzia che il contenuto della normativa venga implementato nello stesso modo e nello stesso tempo da tutti gli Stati membri evitando che l'approccio nei riguardi della sicurezza del paziente non sia uniforme all'interno della UE.

### 1. La direttiva n. 2011/62/UE (*Falsified Medicines Directive* – FMD)

Uno degli stimoli all'emanazione della FMD è stata la constatazione che «[n]ell'Unione aumenta[va]no in misura allarmante i ritrovamenti di medicinali falsificati sotto i profili dell'identità, della storia o dell'origine»<sup>36</sup>. Tuttavia, l'azione di contrasto poneva un problema di non semplice risoluzione.

Se da una parte esisteva un obbligo di intervento a causa del fatto inconfutabile che i farmaci falsi rappresentano un rischio per la salute pub-

<sup>32</sup> Art. 1 della direttiva n. 2011/62/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2011 che modifica la direttiva n. 2001/83/CE, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, al fine di impedire l'ingresso di medicinali falsificati nella catena di fornitura legale, *cit. supra*, nota 5.

<sup>33</sup> La direttiva n. 2011/62/UE è anche indicata come *Falsified Medicines Directive*. Si veda *inter alia* EUROPEAN COMMISSION, *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the Member States' transposition of Article 118a of Directive 2001/83/EC of the European Parliament and the Council of 6 November 2001 on the Community code relating to medicinal products for human use as amended by Directive 2011/62/EU of the European Parliament and of the Council of 8 June 2011*, Com(2018)49 final, Brussels, 26 January 2018.

<sup>34</sup> «In forza dell'art. 290, paragrafo 1, primo capoverso, TFUE, "[u]n atto legislativo può delegare alla Commissione il potere di adottare atti non legislativi di portata generale che integrano o modificano determinati elementi non essenziali dell'atto legislativo"» (sentenza della Corte di giustizia del 18 marzo 2014 in causa n. C-472/12, *Commissione europea c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, marzo 2014, EU:C:2014:170, punto 37).

<sup>35</sup> Regolamento delegato (UE) n. 2016/161 della Commissione, del 2 ottobre 2015, che integra la direttiva n. 2001/83/CE del Parlamento europeo e del Consiglio stabilendo norme dettagliate sulle caratteristiche di sicurezza che figurano sull'imballaggio dei medicinali per uso umano, in *Gu-UE* n. L 32 del 9 febbraio 2016, p. 1 ss.

<sup>36</sup> *Considerando* n. 2 della direttiva n. 2011/62/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2011 che modifica la direttiva n. 2001/83/CE, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, al fine di impedire l'ingresso di medicinali falsificati nella catena di fornitura legale, *loc. cit.*

blica<sup>37</sup>, dall'altra parte l'azione repressiva non poteva trasformarsi in un ostacolo al libero mercato dei medicinali che l'allora Comunità si era prefissata di realizzare fin dall'emanazione della direttiva n. 65/65/Cee<sup>38</sup>. L'eventuale interferenza sul mercato unico dei farmaci<sup>39</sup> dipendeva dalla constatazione che «[l]'esperienza acquisita [aveva] dimostra[to] che tali medicinali falsificati arrivano ai pazienti non solo attraverso canali illegali, ma anche attraverso la catena di fornitura legale»<sup>40</sup> al cui interno possono insinuarsi tramite la restituzione di precedenti acquisti da parte di soggetti autorizzati<sup>41</sup>. Si presentava dunque imperativa l'esigenza di trovare una soluzione in grado di «garantire il funzionamento del mercato interno dei medicinali assicurando nel contempo un elevato livello di tutela della salute pubblica dai medicinali falsificati»<sup>42</sup>.

In tale contesto, la volontà ribadita dal *considerando* n. 29 di limitare l'ambito di applicazione allo «ingresso di medicinali falsificati nella catena di fornitura legale»<sup>43</sup> evidenzia la determinazione di non interferire con altre disposizioni dell'Unione orientate alla salvaguardia della proprietà intellettuale<sup>44</sup> e industriale nonostante la falsificazione di un medicinale violi anche le direttive n. 2004/48/Ce<sup>45</sup> e n. 2015/2436/Ue<sup>46</sup> e il Regola-

<sup>37</sup> *Considerando* n. 10 della direttiva n. 2011/62/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2011 che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, al fine di impedire l'ingresso di medicinali falsificati nella catena di fornitura legale, *cit. supra*, nota 5.

<sup>38</sup> Direttiva n. 65/65/Cee del Consiglio, del 26 gennaio 1965, per il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative alle specialità medicinali, in *Guce* n. 22 del 9 febbraio 1965, p. 369 ss.

<sup>39</sup> *Considerando* n. 18 della direttiva n. 2011/62/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2011, *loc. cit.*

<sup>40</sup> *Considerando* n. 3 della direttiva n. 2011/62/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2011, *loc. cit.*

<sup>41</sup> *Considerando* n. 19 del Regolamento delegato (Ue) n. 2016/161 della Commissione, del 2 ottobre 2015, che integra la direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio stabilendo norme dettagliate sulle caratteristiche di sicurezza che figurano sull'imballaggio dei medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 35.

<sup>42</sup> *Considerando* n. 33 della direttiva n. 2011/62/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2011, *loc. cit.*

<sup>43</sup> *Considerando* n. 29 della direttiva n. 2011/62/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2011 *loc. cit.*

<sup>44</sup> «Si dovrebbe introdurre una definizione di "medicinale falsificato" per distinguere chiaramente i medicinali falsificati (...) dai prodotti che violano i diritti di proprietà intellettuale» (*considerando* n. 5 della direttiva n. 2011/62/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2011 *loc. cit.*).

<sup>45</sup> Direttiva n. 2004/48/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, in *Guce* n. L 157 del 29 aprile 2004, p. 45 ss.

<sup>46</sup> Direttiva n. 2015/2436/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2015, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa, in *Gu-Ue* n. L 336 del 23 dicembre 2015, p. 1 ss.

mento (Ue) n. 608/2013<sup>47</sup> e «la tutela della proprietà intellettuale [... sia] un elemento essenziale per il successo del mercato interno»<sup>48</sup>. Di conseguenza, la scelta di emanare una normativa *ad hoc* per contrastare la falsificazione del medicinale riafferma la supremazia della salute pubblica rispetto ad ogni aspetto di natura mercantile senza precludere la possibilità di contestare la violazione del marchio e della proprietà intellettuale anche nel caso dei falsi medicinali.

La FMD non si è limitata a stabilire norme atte a contrastare la distribuzione dei prodotti medicinali falsificati, ma ha aggiornato anche le norme riguardanti le sostanze attive stabilite nella direttiva n. 2001/83/Ce in quanto i medicinali falsificati possono contenere «componenti di qualità inferiore alla norma o falsificati»<sup>49</sup> che possono indurre gravi rischi alla salute non essendo conformi alle specifiche farmaceutiche.

Inoltre, la FMD ha inserito il Titolo VII *bis*, rubricato «Vendita a distanza di medicinali», nel Codice europeo dei medicinali affidando, tra l'altro, alla Commissione il compito di stabilire un logo comune per tutta l'Unione al fine di garantire l'affidabilità del sito<sup>50</sup>. Tale mandato è stato attuato mediante l'emanazione del Regolamento di esecuzione (Ue) n. 699/2014<sup>51</sup> con cui, oltre all'allegato con il disegno del logo con la bandiera del Paese di provenienza nella metà sinistra, si disciplina il collegamento ipertestuale tra il sito *web* autorizzato alla vendita e quello che riporta l'elenco aggiornato degli esercizi *on-line* che operano legalmente (artt. 3 e 4).

Il logo da apporre su tutti i siti *web* costituisce un ottimo strumento per la tutela il consumatore. La sua efficacia potrebbe essere aumentata mediante una norma analoga all'art. 85 *ter*, par. 4, secondo capoverso, della direttiva n. 2001/83/Ce<sup>52</sup>, che stabilisca la sospensione o la cancellazio-

<sup>47</sup> Regolamento (Ue) n. 608/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 giugno 2013, relativo alla tutela dei diritti di proprietà intellettuale da parte delle autorità doganali e che abroga il Regolamento (Ce) n. 1383/2003 del Consiglio, *cit. supra*, nota 30.

<sup>48</sup> *Considerando* n. 1 della direttiva n. 2015/48/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2015 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, *cit. supra*, nota 45.

<sup>49</sup> *Considerando* n. 2 della direttiva n. 2011/62/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2011 che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, al fine di impedire l'ingresso di medicinali falsificati nella catena di fornitura legale, *cit. supra*, nota 5.

<sup>50</sup> Art. 85 *quater*, par. 3, della direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, come modificata dalla direttiva n. 2011/62/Ue, *loc. cit.*

<sup>51</sup> Regolamento di esecuzione (Ue) n. 699/2014 della Commissione, del 24 giugno 2014, relativo al disegno del logo comune per individuare le persone che mettono in vendita medicinali al pubblico a distanza e ai requisiti tecnici, elettronici e crittografici per la verifica della sua autenticità, in *Gu-Ue* n. L 184 del 25 giugno 2014, p. 5 ss.

<sup>52</sup> Art. 85 *ter*, par. 4, secondo capoverso, della direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, come modificata dalla direttiva n. 2011/62/Ue,

ne del rivenditore *on-line* dagli elenchi dei siti legali in caso di violazione di norme nazionali o dell'Unione sulla vendita a distanza dei medicinali.

Sebbene la FMD sia «specificamente volta a evitare l'ingresso di medicinali falsificati nella catena di fornitura legale»<sup>53</sup>, l'implementazione di un sistema di garanzia dell'autenticità dei siti *web* si può definire solo in apparenza estraneo a tale scopo dal momento che la vendita a distanza da parte di soggetti non autorizzati può essere un espediente utilizzabile per dispensare ai consumatori rimedi non sicuri vanificando le azioni di contrasto sul mercato legale.

## 2. Le disposizioni degli Stati membri

L'art. 1 della direttiva n. 2011/62/UE ha introdotto l'art. 118 *bis* nel Codice europeo dei medicinali allo scopo di imporre l'emanazione di norme nazionali in grado di sanzionare in modo «effettiv[o], proporzionat[o] e dissuasiv[o]» (par. 1) la fabbricazione, la distribuzione, l'intermediazione, l'importazione e l'esportazione di medicinali, principi attivi ed eccipienti falsificati (par. 2). In base alla norma gli Stati membri dovevano notificare alla Commissione entro il 2 gennaio 2013 le sanzioni adottate le quali, in ogni caso, non potevano essere «inferiori a quelle applicabili alle violazioni del diritto nazionale aventi analoga natura e importanza». A sua volta la Commissione doveva presentare al Parlamento europeo entro il 2 gennaio 2018 un rapporto sui provvedimenti legislativi emanati dagli Stati membri accompagnato da una valutazione della loro efficacia (par. 3). Allo scopo di assolvere questo compito, la Commissione si è avvalsa di uno studio *ad hoc* (*Transpose*)<sup>54</sup>.

L'analisi ha evidenziato che gli Stati membri avevano adottato principalmente sanzioni di tipo amministrativo dal momento che la maggior parte di loro aveva già nel proprio ordinamento disposizioni penali a contrasto della falsificazione di medicinali, principi attivi ed eccipienti<sup>55</sup>. In Da-

*loc. cit.*, («Se un broker di medicinali non osserva le prescrizioni di cui al presente articolo, l'autorità competente può decidere di espungerlo dal registro [... accessibile al pubblico]»).

<sup>53</sup> *Considerando* n. 29 della direttiva n. 2011/62/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2011 che modifica la direttiva n. 2001/83/CE, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, al fine di impedire l'ingresso di medicinali falsificati nella catena di fornitura legale, *cit. supra*, nota 5.

<sup>54</sup> EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR HEALTH AND FOOD SAFETY (SANTE), *Study on the transposition measures of Member States in relation to the pharmaceutical legislation (Art. 118a of Directive No. 2001/83/EC)*, Final Report, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2017.

<sup>55</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Report from the Commission to the European Parliament and on the Member States' transposition of Article 118a of Directive 2001/83/EC of the European Parliament and the Council of 6 November 2001 on the Community code relating to medicinal*

nimarca, ad esempio, la *Section 104, subsection 1*, n. 1, del *Danish Medicines Act* punisce le infrazioni alle regole dell'imballaggio stabilite dalla FMD o dal Regolamento delegato con una multa o con la reclusione fino a quattro mesi salvo il caso in cui il fatto non costituisca più grave reato<sup>56</sup>.

La severità delle sanzioni penali è estremamente variabile: un illecito punito con dieci anni di reclusione in uno Stato membro può non essere penalmente perseguibile in un secondo Stato membro. Alcuni Paesi Ue (Spagna e Portogallo) considerano sanzionabili sotto il profilo penale tutti gli illeciti in grado di arrecare rischi anche solo potenziali alla salute, mentre la Lettonia persegue la falsificazione solo dopo aver accertato che la frode è responsabile del decesso o di un aggravamento delle condizioni fisiche del paziente.

Il documento non è stato in grado di trarre osservazioni conclusive sull'efficacia delle sanzioni penali in quanto una parte degli esperti nazionali interpellati non si è espressa sull'argomento, mentre altri hanno dichiarato che tale deterrente ha consentito di limitare il numero degli illeciti nel ciclo distributivo legale<sup>57</sup>, ma hanno espresso opinioni contrastanti sull'entità della riduzione<sup>58</sup>.

### 3. Caratteristiche di sicurezza (*safety features*)

La FMD stabilisce che le caratteristiche di sicurezza, cioè l'identificativo univoco (*unique identifier* - UI) e il sistema di prevenzione delle manomissioni (*anti-tampering device* - ATD), sono obbligatorie sul confezionamento secondario (esterno) dei medicinali per uso umano diversi dai radiofarmaci<sup>59</sup>. Nello specifico, esse devono essere presenti sui farmaci *a*.

*products for human use as amended by Directive 2011/62/EU of the European Parliament and of the Council of 8 June 2011*, Com(2018)49 final, *cit. supra*, nota 33, p. 6, Overall transposition.

<sup>56</sup> J. ØRNDRUP, *Denmark*, in M. KLEYN - L. VAN WICK (eds.), *International Pharmaceutical Law and Practice*, par. 10.06. Packaging and Labelling, New York, LexisNexis, 2018.

<sup>57</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Report from the Commission to the European Parliament and on the Member States' transposition of Article 118a of Directive 2001/83/EC of the European Parliament and the Council of 6 November 2001*, Com(2018)49 final, *loc. cit.*, par. 3. Effectiveness.

<sup>58</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Report from the Commission to the European Parliament and on the Member States' transposition of Article 118a of Directive 2001/83/EC of the European Parliament and the Council of 6 November 2001*, Com(2018)49 final, *loc. cit.*, p. 7 («Four experts considered that the presence of falsified medicines in the illegal supply chain had been reduced by at least 25% since the introduction of Directive 2011/62/EU; seven estimated the reduction at less than 25%»).

<sup>59</sup> Art. 54, lett. o., della direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 novembre 2001 recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 5, come modificata dalla direttiva n. 2011/62/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2011 che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce, recante un codice comunita-

soggetti a prescrizione medica e non inclusi nell'allegato I del Regolamento delegato<sup>60</sup> e *b.* senza obbligo di prescrizione elencati nell'allegato II dello stesso Regolamento<sup>61</sup>. In base alla normativa, quindi, i medicinali veterinari e i farmaci usati per scopi di ricerca o di sviluppo clinico non sono soggetti a palesare sulla confezione esterna le caratteristiche di sicurezza.

Alcune versioni linguistiche (tedesca, estone, francese, lituana, olandese, slovacca, slovena, finlandese, svedese) della norma della FMD sulle caratteristiche di sicurezza sono state rettificate<sup>62</sup>.

Ad esempio, nella versione francese dell'art. 54 *bis*, par. 1, primo capoverso, la frase originale «[l]es médicaments soumis à prescription sont dotés des dispositifs de sécurité» è stata modificata introducendo il più imperativo «doivent être dotés»; nel secondo capoverso dello stesso paragrafo («Les médicaments non soumis à prescription ne sont pas dotés des dispositifs de sécurité») l'espressione verbale «ne sont pas dotés» è stata sostituita con «ne peuvent pas être dotés». Coerentemente con questa impostazione, nel secondo capoverso della versione tedesca («Nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel müssen die Sicherheitsmerkmale (...) nicht tragen») è stato inserito nella rettifica «dürfen» al posto di «müssen» il quale è stato mantenuto nel primo capoverso dello stesso paragrafo («Verschreibungspflichtige Arzneimittel müssen die Sicherheitsmerkmale (...) tragen»).

Le voci verbali «presentano» e «non presentano» nei due capoversi della versione italiana dell'art. 54 *bis*, par. 1, non hanno subito rettifiche al pari della versione inglese della stessa disposizione in cui non sono stati variati «shall bear» e «shall not bear».

Le restrizioni sulla tipologia dei farmaci sono mitigate dalla facoltà accordata agli Stati membri di «estendere l'ambito di applicazione dell'identificativo univoco (...) a qualsiasi medicinale soggetto a prescrizione medica o a rimborso e del sistema di prevenzione delle manomissioni (...)

rio relativo ai medicinali per uso umano, al fine di impedire l'ingresso di medicinali falsificati nella catena di fornitura legale, *cit. supra*, nota 5.

<sup>60</sup> Art. 54 *bis*, par. 1, primo capoverso, della direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 novembre 2001, come modificata dalla direttiva n. 2011/62/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2011 *loc. cit.*

<sup>61</sup> Art. 54 *bis*, par. 1, secondo capoverso, della direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 novembre 2001, come modificata dalla direttiva n. 2011/62/Ue, *loc. cit.*

<sup>62</sup> Si veda ad esempio la versione francese: rectificatif à la directive n. 2011/62/Ue du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 modifiant la directive n. 2001/83/Ce instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, en ce qui concerne la prévention de l'introduction dans la chaîne d'approvisionnement légale de médicaments falsifiés, *Jo n. L 174 du 1 juillet 2011*, p. 31.



a qualsiasi medicinale»<sup>63</sup>. Di conseguenza, i Paesi Ue sono liberi di avvalersi di UI per intervenire in campi di loro competenza quale il controllo della spesa sanitaria (per i medicinali rimborsabili dai sistemi sanitari nazionali), per motivi di farmacovigilanza e di utilizzare l'ATD per la salvaguardia della salute dei loro cittadini (per tutti i medicinali). Pur consentendo agli Stati nazionali la possibilità di estendere la tipologia dei medicinali sulle cui confezioni apporre UI e ATD, la FMD non autorizza le aziende produttrici ad applicare su base volontaria le caratteristiche di sicurezza sulle confezioni esterne<sup>64</sup>.

Alcuni commentatori hanno espresso il proprio dissenso su tale divieto ritenendo che l'industria dovesse essere incoraggiata ad adattare tutta la produzione alla FMD in quanto questo atteggiamento sarebbe stato più aderente con lo scopo della direttiva di tutelare della salute pubblica<sup>65</sup>. La critica trascura il fatto che, essendo la falsificazione del medicinale, come di ogni bene, perpetrata a fini economici, l'illecito si focalizza su farmaci di prezzo e/o smercio elevato disinteressandosi di prodotti per i quali non sussiste la certezza di un cospicuo guadagno. Questa osservazione è sottintesa nel punto in cui la FMD dispone di stilare «elenchi [allegati I e II del Regolamento delegato] (...) redatti tenendo conto del rischio di falsificazione e del rischio derivante dalla falsificazione in relazione ai medicinali o a categorie di medicinali»<sup>66</sup>.

La Commissione, inoltre, non ha inteso fissare immutabili e definitive (o di difficile modifica) tabelle consapevole del fatto che il mercato può indirizzare l'attività illecita verso nuove tipologie di farmaci. Per questa ragione, il Regolamento delegato ha previsto che le autorità nazionali possano notificare «alla Commissione i medicinali non soggetti a prescrizione

<sup>63</sup> Art. 54 *bis*, par. 5, della direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 novembre 2001 recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, come modificata dalla direttiva n. 2011/62/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2011 che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, al fine di impedire l'ingresso di medicinali falsificati nella catena di fornitura legale, *cit. supra*, nota 5.

<sup>64</sup> EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR HEALTH AND FOOD SAFETY, Safety Features for Medicinal Products for Human Use, Questions and answers - version 12, par. 1.10., p. 5.

<sup>65</sup> P. BOGAERT - C. BURTON, *The mysteries of the Falsified Medicines Directive – where is the logic on safety features*, in *ScripRegulatoryAffairs*, January 2015, p. 1 ss., reperibile sul sito internet <https://pink.pharmaintelligence.informa.com/PS118084/The-mysteries-of-the-Falsified-Medicines-Directive--where-is-the-logic-on-safety-features>.

<sup>66</sup> Art. 54 *bis*, par. 2, lett. b., della direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 novembre 2001 recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, come modificata dalla direttiva n. 2011/62/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2011 che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, al fine di impedire l'ingresso di medicinali falsificati nella catena di fornitura legale, *loc. cit.*

che ritengono a rischio di falsificazione non appena vengano a conoscenza di tale rischio [allegato III]»<sup>67</sup> o «medicinali che non considerano a rischio di falsificazione [allegato IV]»<sup>68</sup>. Grazie a questa norma, qualora uno Stato membro ravvisasse un pericolo di falsificazione, la Commissione è in un grado di estendere l'allerta a tutti i Paesi dell'Unione e di assumere in breve tempo gli opportuni provvedimenti grazie «al sistema rapido di valutazione e di decisione» previsto all'art. 54 *bis*, par. 2, lett. *c.*, della FMD e implementato dagli artt. 46 e 47 del Regolamento delegato.

La scelta di limitare la possibilità di modificare le liste agli Stati membri consente di bilanciare la tutela della salute pubblica con la difesa del libero mercato come introdotto dal *considerando* n. 33 della FMD. Autorizzare le società produttrici ad applicare su base volontaria le disposizioni della FMD potrebbe infatti falsare la concorrenza agevolando la grande industria in grado di sopportare oneri meno sostenibili dalle piccole e medie imprese che rappresentano il 40% (1.500) delle 3.700 officine farmaceutiche operanti in Europa<sup>69</sup>.

#### 4. Il Regolamento delegato (Ue) n. 2016/161

L'art. 54 *bis*, par. 2, introdotto dalla FMD nel Codice europeo dei medicinali, imponeva alla Commissione di emanare un atto delegato che stabilisse «le caratteristiche e le specifiche tecniche dell'identificativo univoco» (lett. *a.*); «gli elenchi dei medicinali o delle categorie di medicinali» alle cui confezioni si devono (o non si devono) applicare le caratteristiche di sicurezza (lett. *b.*); «le modalità di verifica delle caratteristiche di sicurezza (...) da parte dei fabbricanti» e di tutti i soggetti autorizzati a distribuire o fornire al pubblico i medicinali (lett. *d.*); «le disposizioni in materia (...) del sistema di archivi» riguardanti le caratteristiche di sicurezza (lett. *e.*).

<sup>67</sup> Art. 46, par. 1, del Regolamento delegato (Ue) n. 2016/161 della Commissione, del 2 ottobre 2015, che integra la direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio stabilendo norme dettagliate sulle caratteristiche di sicurezza che figurano sull'imballaggio dei medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 35.

<sup>68</sup> Art. 46, par. 2, del Regolamento delegato (Ue) n. 2016/161 della Commissione, del 2 ottobre 2015, *loc. cit.*

<sup>69</sup> COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITY, Commission Staff Working Document, Accompanying document to the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2001/83/EC as regards the prevention of the entry into the legal supply chain of medicinal products which are falsified in relation to their identity, history or source, Impact Assessment, *cit. supra*, nota 7, p. 74, Annex 1, punto 1.

Allo scopo di ottemperare a tale disposizione, la Commissione nel 2011 elaborò un *Concept Paper* da sottoporre a pubblica consultazione<sup>70</sup> al fine di raccogliere i suggerimenti delle parti interessate su alcuni temi tra cui la scelta delle caratteristiche tecniche di UI e le modalità di verifica delle ATD.

Alla prima richiesta, la *European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations* (EFPIA) ha risposto di essere favorevole, fra le due proposte del documento, all'armonizzazione imposta con un atto normativo non ritenendo opportuno concedere flessibilità nella scelta delle soluzioni tecniche in quanto il risultato sarebbe stato una difficile gestione del sistema ed un aumento dei costi<sup>71</sup>. Le associazioni di produttori di medicinali generici non hanno assunto una posizione precisa pur invitando la Commissione ad «assess the costs, benefits and cost-effectiveness»<sup>72</sup>. Tale suggerimento è in linea con la direttiva n. 2011/62/UE la quale stabilisce che le opzioni su UI, ATD, la creazione e la gestione degli archivi siano preceduti da uno studio sui benefici, sui costi e sul rapporto costo-efficacia<sup>73</sup>.

Le associazioni di settore si sono infine espresse per accordare al produttore la massima libertà nell'adottare il dispositivo anti-manomissione come del resto proposto nel *Concept Paper* della Commissione<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> EUROPEAN COMMISSION, HEALTH AND CONSUMERS DIRECTORATE-GENERAL, HEALTH SYSTEMS AND PRODUCTS, PHARMACEUTICALS, *Delegated act on the detailed rules for a unique identifier for medicinal products for human use, and its verification. Concept paper submitted for public consultation*, Brussels, 18 November 2011.

<sup>71</sup> *Coding & Serialisation, Delegated Act on the Detailed Rules for a Unique Identifier for Medicinal products for Human use, and its Verification. Concept Paper submitted for Public Consultation. EFPIA Individual Response*, 26 April 2012, p. 2, reperibile al sito internet [https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/files/falsified\\_medicines/2012-06\\_safety-features/efpia\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/files/falsified_medicines/2012-06_safety-features/efpia_en.pdf).

<sup>72</sup> ASSOCIAZIONE NAZIONALE INDUSTRIE FARMACI GENERICI, *Assogenerici comments on the concept paper on the delegated act for a unique identifier for medicinal products for human use, and its verification*, p. 5, reperibile al sito internet [https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/files/falsified\\_medicines/2012-06\\_safety-features/assogenerici\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/files/falsified_medicines/2012-06_safety-features/assogenerici_en.pdf) e, con le stesse parole, ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE MEDICAMENTOS GENÉRICOS (AESEG), *AESEG's comments on the concept paper submitted for public consultation on the delegated acts related to the falsified medicines directive and on a verification system of pharmaceutical products in Europe*, p. 6, reperibile sul sito internet [https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/files/falsified\\_medicines/2012-06\\_safety-features/aeseg\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/files/falsified_medicines/2012-06_safety-features/aeseg_en.pdf).

<sup>73</sup> Art. 4, della direttiva n. 2011/62/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2011 che modifica la direttiva n. 2001/83/CE, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, al fine di impedire l'ingresso di medicinali falsificati nella catena di fornitura legale, *cit. supra*, nota 5.

<sup>74</sup> Si veda ad esempio ASSOCIATION EUROPÉENNE DES SPÉCIALITÉS PHARMACEUTIQUES GRAND PUBLIC (AESP GP), *AESGP comments on the concept paper on the delegated act for safety features submitted for consultation by the European Commission*, p. 2, reperibile sul sito internet [https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/files/falsified\\_medicines/2012-06\\_safety-features/aesgp\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/files/falsified_medicines/2012-06_safety-features/aesgp_en.pdf).

#### 4.1 Identificativo univoco (*unique identifier - UI*)

L'art. 62 della direttiva n. 2001/83/Ce, come modificata dalla direttiva 2004/27/Ce<sup>75</sup> stabilisce che «[l]'imballaggio esterno e il foglietto illustrativo possono riportare segni o pittogrammi miranti a rendere più esplicite alcune informazioni di cui agli artt. 54 e 59, par. 1, nonché altre informazioni compatibili con il riassunto delle caratteristiche del prodotto, utili per il paziente, ad esclusione di qualsiasi elemento di carattere promozionale». La disposizione costituisce la base giuridica che consente di utilizzare le moderne tecnologie (*mobile scanning and other technologies*) allo scopo di fornire indicazioni aggiuntive sul medicinale<sup>76</sup>.

L'UI è formato da un *Data Matrix*<sup>77</sup> bidimensionale (2D) scelto in considerazione del fatto che è uno dei codici più comunemente utilizzati per tracciare i beni di consumo. I caratteri UI sono stampati anche in caratteri leggibili dall'uomo sulla confezione esterna al fine di «consentire la verifica dell'autenticità dell'identificativo univoco e la sua disattivazione qualora il codice a barre bidimensionale sia illeggibile»<sup>78</sup>.

Grazie all'elevato numero di caratteri alfanumerici che può accogliere (2.335), il codice bidimensionale permette di introdurre sulla confezione del medicinale quattro tipologie informative distinte, ossia:

a. il codice univoco della specifica confezione del medicinale in formato GS1 GTIN<sup>79</sup>, NTIN<sup>80</sup> o in un sistema nazionale a discrezione dello

<sup>75</sup> 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 *Guce* n. L 136 del 30 aprile 2004, p. 34 ss.

<sup>76</sup> EUROPEAN MEDICINES AGENCY, HUMAN MEDICINES EVALUATION DIVISION, *Mobile scanning and other technologies in the labelling and package leaflet of centrally authorized medicinal products. General principles of acceptability and rules of procedure*, EMA/493897/2015, 26 November 2018, Rev. 1, p. 2, reperibile sul sito internet [https://www.ema.europa.eu/documents/regulatory-procedural-guideline/mobile-scanning-other-technologies-labelling-package-leaflet-centrally-authorized-medicinal-products\\_en.pdf](https://www.ema.europa.eu/documents/regulatory-procedural-guideline/mobile-scanning-other-technologies-labelling-package-leaflet-centrally-authorized-medicinal-products_en.pdf).

<sup>77</sup> *Data Matrix 2D* è codice a barre bidimensionale (i dati sono disposti sia in senso orizzontale che verticale) composto da 84 moduli in bianco e nero in cui si possono racchiudere fino a 2.335 caratteri alfanumerici. I moduli sono disposti all'interno di un quadrato.

<sup>78</sup> *Considerando* n. 12, Regolamento delegato (Ue) n. 2016/161 della Commissione, del 2 ottobre 2015, che integra la direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio stabilendo norme dettagliate sulle caratteristiche di sicurezza che figurano sull'imballaggio dei medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 35.

<sup>79</sup> GTIN (*Global Trade Item Number*) è un sistema GS1 biunivoco in grado di identificare i prodotti (unità consumatore) e i colli (unità imballo). In pratica, «ogni unità commerciale/unità di vendita (unità consumatore, unità imballo o unità logistica) viene identificata da un solo codice e ad ogni codice corrisponde una sola unità commerciale, in tutti i paesi del circuito GS1» (GS1 ITALY, *Guida pratica all'uso dei codici a barre GS1 - Supporto alla corretta codifica*, Release 3.0, luglio 2018, p. 5 reperibile sul sito internet [https://gs1it.org/content/public/98/ce/98cee707-6058-4a7d-ae2a-d5ddd68d7c1f/guida\\_pratica\\_uso\\_codici\\_a\\_barre.pdf](https://gs1it.org/content/public/98/ce/98cee707-6058-4a7d-ae2a-d5ddd68d7c1f/guida_pratica_uso_codici_a_barre.pdf)).

<sup>80</sup> NTIN è il *Nordic/National Trade Item Number* che negli anni Ottanta ha sostituito il *Nordic article number* (Vnr) come codice di identificazione per una specifica confezione di un

Stato membro; al fine di rendere certa l'identificazione della confezione, «la sequenza di caratteri (...) dovrebbe essere unica per una data confezione di medicinale per almeno un anno dopo la data di scadenza di tale confezione o per cinque anni dalla data in cui il prodotto è stato destinato alla vendita o alla distribuzione»<sup>81</sup>;

b. il numero seriale alfanumerico generato in modo casuale «al fine di ridurre a un livello trascurabile la possibilità che i falsificatori possano indovinarli»<sup>82</sup>;

c. il numero di lotto, cioè numeri e/o lettere con cui si identifica una serie di prodotti identici in quanto condividono la data del processo produttivo, il lotto di tutte le materie prime, ecc.

d. la data di scadenza.

In pratica, in fase di produzione prima del confezionamento del medicinale, il produttore invia le informazioni di UI allo *European Medicines Verification System* (EMVS), gestito dallo *European Medicines Verification Organization* (EMVO). A sua volta, tale sistema di verifica è in grado di dialogare con i singoli archivi nazionali (*National Medicines Verification Systems* - NMVS) gestiti a loro volta dalle *National Medicines Verification Organizations* di ogni Paese membro. Grazie a questa rete, i soggetti autorizzati alla fornitura dei medicinali sono quindi in grado di verificare l'autenticità delle confezioni che sono state loro consegnate per la distribuzione al pubblico. Al momento della dispensazione, l'autenticità del medicinale è verificata e viene disattivato l'UI<sup>83</sup> eliminando quella specifica confezione dall'EMVS impedendo ogni ulteriore tentativo di autenticazione.

Al fine di rafforzare l'individuazione degli illeciti, il Regolamento delegato stabilisce che il controllo dell'autenticità non venga affidato solo al farmacista al momento della dispensazione al pubblico, ma che tutta la ca-

medicinale dotato di autorizzazione all'immissione in commercio nei Paesi nordici (Danimarca, Finlandia, Islanda, Norvegia, Svezia).

<sup>81</sup> *Considerando* n. 5, Regolamento delegato (Ue) n. 2016/161 della Commissione, del 2 ottobre 2015, che integra la direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio stabilendo norme dettagliate sulle caratteristiche di sicurezza che figurano sull'imballaggio dei medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 35.

<sup>82</sup> *Considerando* n. 7 del Regolamento delegato (Ue) n. 2016/161 della Commissione, del 2 ottobre 2015, *loc. cit.*

<sup>83</sup> Art. 3, par. 2, lett. c., del Regolamento delegato (Ue) n. 2016/161 della Commissione, del 2 ottobre 2015, che integra la direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio stabilendo norme dettagliate sulle caratteristiche di sicurezza che figurano sull'imballaggio dei medicinali per uso umano, *loc. cit.*

tena di fornitura appronti verifiche affinché eventuali confezioni illecite siano prontamente rilevate<sup>84</sup>.

Il sistema consente di riconoscere come autentici solo i medicinali inseriti dal produttore sull'EMVS, mentre i farmaci falsificati non potranno essere validati in quanto il loro UI non sarà accettato non essendo presente nel sistema. Inoltre, il flusso di dati è in grado di segnalare tentativi di truffa perpetrati mediante medicinali destinati all'esportazione nei Paesi terzi, alla distruzione, ad attività informative o promozionali (campioni medici) o che per qualsiasi altro motivo (scadenza, errori di fabbricazione, ecc.) non dovrebbero più essere presenti nella catena distributiva.

La norma generale che dispone l'obbligatorietà della verifica al momento della dispensazione al paziente contiene un'eccezione per gli Stati membri nei quali la confezione può essere aperta allo scopo di ottemperare alla richiesta del medico prescrittore di fornire un numero di unità posologiche inferiore a quelle presenti nella confezione<sup>85</sup>. In un secondo momento, le rimanenti dosi saranno consegnate ad altro(i) paziente(i) in modo da contenere i costi evitando così gli sprechi dovuti alla consegna di quantitativi superiori al bisogno terapeutico. In questi casi, la verifica delle caratteristiche di sicurezza e la disattivazione di UI sarà effettuata solo al momento della prima apertura.

La gestione del sistema e i mezzi informatici per l'archiviazione dei dati costituiscono un onere economico che la FMD pone a carico dei titolari dell'autorizzazione all'immissione in commercio che già si devono sobbarcare il prezzo della stampa sulle confezioni di UI e quello dell'ATD<sup>86</sup>. Si comprende quindi il motivo dell'invito delle associazioni di produttori a valutare costi e benefici dell'impianto accennato al precedente par. 4 di questo contributo intitolato «Il Regolamento delegato (Ue) n. 2016/161».

<sup>84</sup> Art. 20 ss. e *considerando* n. 3, del Regolamento delegato (Ue) n. 2016/161 della Commissione, del 2 ottobre 2015, che integra la direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio stabilendo norme dettagliate sulle caratteristiche di sicurezza che figurano sull'imballaggio dei medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 35.

<sup>85</sup> Art. 28 del Regolamento delegato (Ue) n. 2016/161 della Commissione, del 2 ottobre 2015, *loc. cit.*

<sup>86</sup> Art. 54 *bis*, par. 2, lett. *e.*, della direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, come modificata dalla direttiva n. 2011/62/Ue, al fine di impedire l'ingresso di medicinali falsificati nella catena di fornitura legale, *cit. supra*, nota 5, e art. 31, par. 5, del Regolamento delegato (Ue) n. 2016/161 della Commissione, del 2 ottobre 2015, *loc. cit.*

#### 4.2 Sistema di prevenzione delle manomissioni (anti-tampering device - ATD)

La FMD e il Regolamento delegato hanno disposto l'applicazione al confezionamento esterno di un dispositivo in grado di rivelare se il medicinale è stato aperto. In caso si riscontrasse tale circostanza, il medicinale non potrà essere dispensato in quanto l'apertura della confezione potrebbe essere la conseguenza di un'operazione illecita ed essere quindi la fonte di un potenziale rischio per il paziente<sup>87</sup>. Il sospetto di irregolarità nella chiusura impone all'operatore sanitario di avvertire le competenti autorità nazionali.

In sintesi, il sistema di prevenzione consente «di verificare se l'imballaggio di un medicinale è stato oggetto di manomissione»<sup>88</sup> in accordo con l'art. 54, lett. o., della direttiva n. 2001/83/Ce come modificata dalla FMD.

La normativa non contiene altre prescrizioni né descrizioni o specifiche sugli ATD, lasciando ampia libertà alle aziende di scegliere lo strumento più consono alla tipologia di confezionamento. Un documento della Commissione<sup>89</sup> si è limitato a ricordare ai produttori la disponibilità del CEN standard EN 16679:2014 «*Tamper verification features for medicinal product packaging*».

Rispondendo ad una consultazione del 2008, EPFIA ricordava che sistemi antimanomissione erano già stati sviluppati dall'industria che utilizza a tale scopo adesivi, sigilli o lembi incollati che al momento dell'apertura si strappano o lasciano una lacerazione evidente sulla confezione<sup>90</sup>.

#### 4.3 Data di applicazione

Le norme sulle caratteristiche di sicurezza che figurano sull'imballaggio dei medicinali per uso umano stabilite dal Regolamento delegato si applicano negli Stati membri a partire dal 9 febbraio 2019. La FMD ha dato la possibilità a Belgio, Grecia e Italia di posticipare la data di applica-

<sup>87</sup> Artt. 18 e 24 del Regolamento delegato (Ue) n. 2016/161 della Commissione, del 2 ottobre 2015, che integra la direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio stabilendo norme dettagliate sulle caratteristiche di sicurezza che figurano sull'imballaggio dei medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 35.

<sup>88</sup> Art. 3, par. 2, lett. b., del Regolamento delegato (Ue) n. 2016/161 della Commissione, del 2 ottobre 2015, *loc. cit.*

<sup>89</sup> EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR HEALTH AND FOOD SAFETY, Safety Features for Medicinal Products for Human Use, Questions and answers - version 12, par. 1.14., p. 6.

<sup>90</sup> Riportato in P. BOGAERT - C. BURTON, *The mysteries of the Falsified Medicines Directive – where is the logic on safety features*, *cit. supra*, nota 65, p. 2.

zione fino ad un massimo di sei anni<sup>91</sup> in quanto tali nazioni «[a]l momento dell'entrata in vigore della direttiva n. 2011/62/UE (...) disponevano già di sistemi per la verifica dell'autenticità dei medicinali e l'identificazione delle singole confezioni»<sup>92</sup>. Questa impostazione è ribadita dall'art. 50, terzo capoverso, del Regolamento delegato. Il Belgio ha tuttavia rinunciato ad usufruire di tale facoltà e ha stabilito di applicare le nuove disposizioni già a partire dal 9 febbraio 2019<sup>93</sup>.

Appare comunque evidente che i medicinali prodotti in Italia o in Grecia dovranno essere conformi alle nuove norme per essere commercializzati sui mercati degli altri Paesi dell'Unione. Data la valenza regionale della direttiva e del Regolamento delegato, i medicinali fabbricati in uno Stato membro non sono soggetti alla normativa se destinati ad essere esportati in un Paese terzo.

In pratica, salvo una decisione nazionale di segno opposto, i farmaci in commercio in Italia non saranno muniti di caratteristiche di sicurezza, cioè di UI e di ATD, prima della scadenza del periodo di deroga.

## 5. Conclusioni

La falsificazione dei farmaci costituisce un illecito complesso nel quale sono coinvolti soggetti aventi un'approfondita conoscenza del settore. L'aumento delle frodi in questo campo è dovuto ad alcune lacune nel quadro preventivo che sono state sfruttate da organizzazioni dedite a tale attività illecita. Le carenze non sono imputabili ad un'inerzia legislativa, ma ad un'insufficiente disponibilità di mezzi tecnici atti a controllare i flussi di medicinali attraverso un sistema di tracciamento in tutta la catena di fornitura.

Un ulteriore ostacolo consisteva nel fatto che tale illecito è di norma un'attività transfrontaliera contro la quale è indispensabile una stretta coo-

<sup>91</sup> Art. 2, par. 2, lett. b., della direttiva n. 2011/62/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2011 che modifica la direttiva n. 2001/83/CE, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, al fine di impedire l'ingresso di medicinali falsificati nella catena di fornitura legale, *cit. supra*, nota 5.

<sup>92</sup> *Considerando* n. 44 del Regolamento delegato (UE) n. 2016/161 della Commissione, del 2 ottobre 2015, che integra la direttiva n. 2001/83/CE del Parlamento europeo e del Consiglio stabilendo norme dettagliate sulle caratteristiche di sicurezza che figurano sull'imballaggio dei medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 35. Per quanto riguarda l'Italia si vedano ad esempio: MINISTERO DELLA SANITÀ, decreto 2 agosto 2001, Numerazione progressiva dei bollini apposti sulle confezioni dei medicinali erogabili dal Servizio sanitario nazionale, in *Guri*, Serie Generale n. 270 del 20 novembre 2001, MINISTERO DELLA SALUTE, decreto 30 maggio 2014, Numerazione progressiva dei bollini apposti sulle confezioni dei medicinali immessi in commercio in Italia, in *Guri*, Serie Generale, n. 165 del 18 luglio 2014.

<sup>93</sup> EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR HEALTH AND FOOD SAFETY, Safety Features for Medicinal Products for Human Use, Questions and answers - version 12, par. 1.2., p. 3.



perazione e un coinvolgimento internazionale. La convenzione *Medicrime*<sup>94</sup> non ha conseguito risultati significativi probabilmente anche per il motivo che solo sei Stati membri dell'Unione europea (Belgio, Croazia, Francia, Portogallo, Spagna e Ungheria) hanno al momento ratificato tale accordo.

L'Unione aveva già emanato disposizioni di diritto derivato per garantire ai cittadini europei la stessa sicurezza dei medicinali in ogni Stato membro.

Con l'approvazione della FMD e del Regolamento delegato il quadro giuridico si rafforza anche grazie alla disponibilità di tecnologie affidabili a un costo contenuto. L'identificatore univoco, essendo diverso per ogni confezione, consentirà ad un sistema informatico centralizzato a livello europeo di individuare un medicinale lungo tutti i passaggi della catena distributiva aumentando la protezione del consumatore. Al contrario, il sistema di prevenzione delle manomissioni si sgancia invece dal controllo della tecnologia affidandosi alla capacità di osservazione dell'uomo.

Tali dispositivi hanno lo scopo di consentire «ai distributori all'ingrosso e ai soggetti autorizzati o legittimati a fornire medicinali al pubblico» di verificarne l'autenticità mediante identificazione delle singole confezioni e di cautelarsi sull'eventuale apertura o manomissione dell'imballaggio esterno<sup>95</sup>. In altre parole, la loro adozione si prefigge di «consentire la verifica dell'autenticità e l'identificazione delle singole confezioni e fornire la prova di manomissioni»<sup>96</sup>.

L'impianto non è sicuramente definitivo in quanto è ragionevole supporre che gli interessi economici costituiranno uno stimolo alla ricerca di nuove strategie in grado di immettere nel circuito legale farmaci falsificati. Al momento, tuttavia, le incognite potrebbero riguardare il livello fattivo di cooperazione fra le autorità competenti degli Stati membri.

In conclusione, l'Unione ha fornito strumenti giuridici specifici per combattere la falsificazione dei farmaci avendo la consapevolezza che le frodi in tale ambito hanno conseguenze particolarmente gravi a causa delle loro ricadute negative sulla salute.

**Federico Forni\***

<sup>94</sup> COUNCIL OF EUROPE, Convention on the counterfeiting of medical products and similar crimes involving threats to public health, *cit. supra*, nota 26.

<sup>95</sup> Art. 54, lett. o., della direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 novembre 2001 recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, come modificata dalla direttiva n. 2011/62/Ue, *cit. supra*, nota 5.

<sup>96</sup> *Considerando* n. 11 della direttiva n. 2011/62/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2011, *loc. cit.*

\* Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Bologna; Giurista / Commissione europea, Bruxelles

## SINTESI

Consapevole dei gravi rischi della falsificazione dei medicinali per la salute pubblica, l'Unione europea ha adottato specifici strumenti giuridici per contrastare il fenomeno. Il contributo analizza in primo luogo la definizione di «medicinale falsificato» e gli obiettivi della direttiva n. 2011/62/UE (*Falsified Medicines Directive - FMD*), che ha introdotto disposizioni atte ad impedire l'ingresso di medicinali falsificati nella catena di fornitura legale. Successivamente, l'articolo esamina il Regolamento delegato (UE) n. 2016/161 che ha stabilito norme dettagliate sulle caratteristiche di sicurezza da apporre sull'imballaggio esterno per garantire l'autenticità dei farmaci per uso umano.

## ABSTRACT

*Aware of the serious risks of the falsification of medicines for public health, the European Union adopted specific legal instruments in order to combat such activities. First, the contribution analyses the definition of «falsified medicinal product» and the objectives of Directive No 2011/62/EU (Falsified Medicines Directive – FMD) which has introduced provisions aimed at preventing falsified medicines from entering the legal distribution chain. Afterwards, the article examines delegated Regulation (EU) No. 2016/161 which has established detailed rules on the safety features which need to be placed on the packaging to guarantee the authenticity of medicinal products for human use.*

## **FINALMENTE UNA DIRETTIVA PER GLI *SMART GOODS***

**Direttiva (Ue) n. 2019/771 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, che modifica il Regolamento n. (Ue) n. 2017/2394 e la direttiva n. 2009/22/Ce, e che abroga la direttiva n. 1999/44/Ce\***

Il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea,  
visto il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in particolare l'art. 114,

vista la proposta della Commissione europea,  
previa trasmissione del progetto di atto legislativo ai parlamenti nazionali,  
visto il parere del Comitato economico e sociale europeo<sup>1</sup>,  
deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria<sup>2</sup>, (*Omissis*)

hanno adottato la presente direttiva:

### ***Articolo 1 - Oggetto e finalità***

Lo scopo della presente direttiva è quello di contribuire al corretto funzionamento del mercato interno, offrendo al contempo un livello elevato di protezione dei consumatori (*Omissis*).

### ***Articolo 2 - Definizioni***

Ai fini della presente direttiva si intende per:

1. «contratto di vendita»: il contratto in base al quale il venditore trasferisce o si impegna a trasferire la proprietà di beni al consumatore, e quest'ultimo ne paga o si impegna a pagarne il prezzo;
2. «consumatore»: qualsiasi persona fisica che, in relazione ai contratti og-

\* In *Gu-Ue* n. L 136 del 22 maggio 2019, p. 28 ss. Il testo integrale della direttiva è reperibile sul sito internet <https://eur-lex.europa.eu>. In argomento v. *infra*, p. 123 ss., il contributo di *GIAN FRANCO SIMONINI*.

<sup>1</sup> *Gu-Ue* n. C 264 del 20 luglio 2016, p. 57.

<sup>2</sup> Posizione del Parlamento europeo del 26 marzo 2019 (non ancora pubblicata nella *Gazzetta ufficiale*) e decisione del Consiglio del 15 aprile 2019.

getto della presente direttiva, agisca per fini che non rientrano nel quadro dell'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale di tale persona;

3. «venditore»: qualsiasi persona fisica o giuridica, indipendentemente dal fatto che sia di proprietà pubblica o privata, che, in relazione ai contratti oggetto della presente direttiva, agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, anche tramite qualsiasi altra persona che agisca in nome o per conto di tale persona fisica o giuridica;

4. «produttore»: il fabbricante di un bene, l'importatore di un bene nel territorio dell'Unione o qualsiasi altra persona che si presenta come produttore apponendo sul bene il suo nome, marchio o altro segno distintivo;

5. «bene»:

a. qualsiasi bene mobile materiale; l'acqua, il gas e l'elettricità sono considerati beni a norma della presente direttiva quando sono messi in vendita in un volume delimitato o in quantità determinata;

b. qualsiasi bene mobile materiale che incorpora o è interconnesso con un contenuto digitale o un servizio digitale in modo tale che la mancanza di detto contenuto digitale o servizio digitale impedirebbe lo svolgimento delle funzioni del bene («beni con elementi digitali»);

6. «contenuto digitale»: i dati prodotti e forniti in formato digitale;

7. «servizio digitale»:

a. un servizio che consente al consumatore di creare, trasformare, memorizzare i dati o di accedervi in formato digitale; oppure

b. un servizio che consente la condivisione di dati in formato digitale caricati o creati dal consumatore o da altri utenti di tale servizio o qualsiasi altra interazione con tali dati;

8. «compatibilità»: la capacità del bene di funzionare con hardware o software con cui sono normalmente utilizzati i beni del medesimo tipo, senza che sia necessario convertire i beni, l'hardware o il software;

9. «funzionalità»: la capacità del bene di svolgere tutte le sue funzioni in considerazione del suo scopo;

10. «interoperabilità»: la capacità del bene di funzionare con *hardware* o *software* diversi da quelli con cui sono normalmente utilizzati i beni dello stesso tipo;

11. «supporto durevole»: ogni strumento che permetta al consumatore o al venditore di conservare le informazioni che sono personalmente indirizzate a tale persona in modo da potervi accedere in futuro, per un periodo di tempo adeguato alle finalità cui esse sono destinate, e che permetta la riproduzione identica delle informazioni memorizzate;

12. «garanzia»: qualsiasi impegno del venditore o del produttore («garante»), assunto nei confronti del consumatore, in aggiunta agli obblighi di legge del venditore in merito alla garanzia di conformità, di rimborsare il prezzo pagato, sostituire, riparare, o intervenire altrimenti sul bene, qualora esso non corrisponda alle caratteristiche, o a qualsiasi altro requisito non relativo alla conformità, enunciati nella dichiarazione di garanzia o nella relativa pubblicità disponibile al momento o prima della conclusione del contratto;

13. «durabilità»: la capacità dei beni di mantenere le loro funzioni e prestazioni richieste attraverso un uso normale;
14. «senza spese»: (*Omissis*);
15. «asta pubblica»: (*Omissis*).

### Articolo 3 - Ambito di applicazione

1. La presente direttiva si applica ai contratti di vendita tra un consumatore e un venditore.

2. Anche i contratti fra un consumatore ed un venditore per la fornitura di beni da fabbricare o produrre sono considerati contratti di vendita ai fini della presente direttiva.

3. La presente direttiva non si applica ai contratti di fornitura di un contenuto digitale o di un servizio digitale. Si applica tuttavia ai contenuti digitali o ai servizi digitali incorporati o interconnessi con beni, ai sensi dell'art. 2, punto 5., lett. b., e che sono forniti con il bene ai sensi del contratto di vendita, indipendentemente dal fatto che detti contenuti digitali o servizi digitali siano forniti dal venditore o da terzi. Si presume che il contenuto digitale o il servizio digitale rientri nel contratto di vendita in caso di dubbio che la fornitura di un contenuto digitale incorporato o interconnesso o di un servizio digitale incorporato o interconnesso faccia parte del contratto di vendita o meno.

4. La presente direttiva non si applica:

a. al supporto materiale che funge esclusivamente da vettore del contenuto digitale; o

b. ai beni oggetto di vendita forzata o comunque venduti secondo altre modalità previste dalla legge. (*Omissis*)

6. La presente direttiva non pregiudica la facoltà degli Stati membri di disciplinare gli aspetti di diritto generale dei contratti, quali le norme sulla formazione, la validità, la nullità o l'efficacia dei contratti, comprese le conseguenze della risoluzione di un contratto, nella misura in cui gli aspetti in questione non sono disciplinati dalla presente direttiva, o il diritto al risarcimento.

7. La presente direttiva non pregiudica la facoltà per gli Stati membri di consentire ai consumatori di scegliere un rimedio specifico se la non conformità dei beni si manifesta entro un periodo di tempo non superiore a 30 giorni dopo la consegna. Inoltre, la presente direttiva non incide nemmeno sulle norme nazionali non specifiche per i contratti stipulati con i consumatori che prevedono rimedi specifici per taluni tipi di difetti non apparenti all'atto della conclusione del contratto di vendita.

(*Omissis*)

### Articolo 6 - Requisiti soggettivi di conformità

Per essere conforme al contratto di vendita, il bene, in particolare, ove applicabile:

a. corrisponde alla descrizione, al tipo, alla quantità e alla qualità contrattuale e possiede la funzionalità, la compatibilità, l'interoperabilità e le altre caratteri-

stiche come previste dal contratto di vendita;

*b.* è idoneo ad ogni uso speciale voluto dal consumatore e che è stato da questi portato a conoscenza del venditore al più tardi al momento della conclusione del contratto di vendita e che il venditore ha accettato;

*c.* è fornito assieme a tutti gli accessori, alle istruzioni, anche in materia di installazione, previsti dal contratto di vendita; e

*d.* è fornito con gli aggiornamenti come previsto dal contratto di vendita.

#### **Articolo 7 - Requisiti oggettivi di conformità**

1. Oltre a rispettare i requisiti soggettivi di conformità, il bene:

*a.* è idoneo agli scopi per i quali si impiegano di norma beni dello stesso tipo, tenendo eventualmente conto dell'eventuale diritto dell'Unione e nazionale, delle norme tecniche o, in mancanza di tali norme tecniche, dei codici di condotta dell'industria applicabili allo specifico settore;

*b.* ove applicabile, possiede la qualità e corrisponde alla descrizione di un campione o modello che il venditore ha messo a disposizione del consumatore prima della conclusione del contratto;

*c.* ove applicabile, è consegnato assieme agli accessori, compresi imballaggio, istruzioni per l'installazione o altre istruzioni, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi di ricevere; e

*d.* è della quantità e possiede le qualità e altre caratteristiche, anche in termini di durabilità, funzionalità, compatibilità e sicurezza, normali in un bene del medesimo tipo e che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene e delle dichiarazioni pubbliche fatte dal o per conto del venditore, o da altre persone nell'ambito dei passaggi precedenti della catena di transazioni commerciali, compreso il produttore, in particolare nella pubblicità o nell'etichetta.

2. (*Omissis*)

3. Nel caso di beni con elementi digitali, il venditore assicura che al consumatore siano notificati e forniti gli aggiornamenti, compresi gli aggiornamenti della sicurezza, necessari al fine di mantenere la conformità di tali beni nel periodo di tempo:

*a.* che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, date la tipologia e la finalità dei beni e degli elementi digitali, e tenendo conto delle circostanze e della natura del contratto, se il contratto di vendita prevede un unico atto di fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale; oppure

*b.* indicato all'art. 10, par. 2 o 5, a seconda dei casi, se il contratto di vendita prevede una fornitura continua del contenuto digitale o del servizio digitale nell'arco di un periodo di tempo.

4. Se il consumatore non installa entro un termine ragionevole gli aggiornamenti forniti a norma del par. 3, il venditore non è responsabile per qualsiasi difetto di conformità derivante unicamente dalla mancanza dell'aggiornamento pertinente, a condizione che:

*a.* il venditore abbia informato il consumatore circa la disponibilità dell'aggiornamento e le conseguenze della mancata installazione dello stesso da parte

del consumatore; e

b. la mancata installazione da parte del consumatore o l'installazione errata dell'aggiornamento da parte del consumatore non sia dovuta a carenze delle istruzioni di installazione fornite al consumatore.

*(Omissis)*

#### **Articolo 10 - Responsabilità del venditore**

1. Il venditore è responsabile nei confronti del consumatore di qualsiasi difetto di conformità sussistente al momento della consegna del bene e che si manifesta entro 2 anni da tale momento. Fatto salvo l'art. 7, par. 3, il presente paragrafo si applica anche ai beni con elementi digitali.

2. Nel caso di beni con elementi digitali, quando il contratto di vendita prevede la fornitura continuativa del contenuto digitale o del servizio digitale per un periodo di tempo, il venditore è responsabile anche per qualsiasi difetto di conformità del contenuto digitale o del servizio digitale che si verifica o si manifesta entro due anni dal momento della consegna dei beni con elementi digitali. Se il contratto prevede una fornitura continuativa per più di due anni, il venditore risponde di qualsiasi difetto di conformità del contenuto digitale o del servizio digitale che si verifica o si manifesta nel periodo di tempo durante il quale il contenuto digitale o il servizio digitale deve essere fornito a norma del contratto di vendita.

3. Gli Stati membri possono mantenere in vigore o introdurre termini più lunghi rispetto a quelli previsti ai par. 1 e 2. *(Omissis)*.

6. Per quanto riguarda i beni di seconda mano, gli Stati membri possono prevedere che il venditore e il consumatore possano accordarsi su termini contrattuali o accordi con durata del periodo di responsabilità o del termine di prescrizione più breve rispetto a quanto previsto ai par. 1, 2 e 5, a condizione che tali periodi più brevi non siano inferiori a un anno.

*(Omissis)*

#### **Articolo 17 - Garanzie commerciali**

1. Qualsiasi garanzia commerciale vincola giuridicamente il garante secondo le condizioni stabilite nella dichiarazione di garanzia commerciale e nella relativa pubblicità disponibile al momento o prima della conclusione del contratto. Secondo le condizioni stabilite nel presente articolo e fatte salve eventuali altre disposizioni applicabili del diritto dell'Unione o nazionale, quando un produttore offre al consumatore una garanzia commerciale concernente la durabilità di determinati beni nell'arco di un certo periodo di tempo, il produttore è direttamente responsabile nei confronti del consumatore, durante l'intero periodo della garanzia commerciale relativa alla durabilità, per la riparazione o la sostituzione dei beni in conformità dell'art. 14. Il produttore può offrire al consumatore condizioni più favorevoli nella dichiarazione di garanzia commerciale di durabilità.

Se le condizioni stabilite nella dichiarazione di garanzia commerciale sono

meno vantaggiose per il consumatore rispetto alle condizioni stabilite nella relativa pubblicità, la garanzia commerciale vincola secondo le condizioni stabilite nella pubblicità relativa alla garanzia commerciale, a meno che la pubblicità associata sia stata corretta secondo le stesse modalità o con modalità simili a quelle in cui è stata resa, prima della conclusione del contratto.

2. La dichiarazione di garanzia commerciale è fornita al consumatore su supporto durevole al più tardi al momento della consegna dei beni. La dichiarazione di garanzia commerciale è redatta in un linguaggio semplice e comprensibile. Essa comprende gli elementi seguenti:

a. una dichiarazione chiara che il consumatore dispone per legge di rimedi da parte del venditore, a titolo gratuito, in caso di difetto di conformità dei beni, e che tali rimedi non sono pregiudicati dalla garanzia commerciale;

b. nome e indirizzo del garante;

c. la procedura che il consumatore deve seguire per ottenere l'applicazione della garanzia commerciale;

d. la designazione dei beni cui si applica la garanzia commerciale; e

e. le condizioni della garanzia commerciale.

3. Il mancato rispetto del par. 2 non si ripercuote sulla natura vincolante della garanzia commerciale per il garante.

4. Gli Stati membri possono stabilire norme relative ad altri aspetti delle garanzie commerciali non disciplinati dal presente articolo, comprese norme sulla lingua o sulle lingue nelle quali la dichiarazione di garanzia commerciale è messa a disposizione del consumatore.

*(Omissis)*

#### **Articolo 24 - Recepimento**

1. Entro il 1° luglio 2021, gli Stati membri adottano e pubblicano le disposizioni necessarie per conformarsi alla presente direttiva. Essi ne informano immediatamente la Commissione.

Essi applicano tali disposizioni a decorrere dal 1° gennaio 2022.

Le disposizioni adottate dagli Stati membri contengono un riferimento alla presente direttiva o sono corredate di tale riferimento all'atto della pubblicazione ufficiale. Le modalità del riferimento sono stabilite dagli Stati membri.

Gli Stati membri comunicano alla Commissione il testo delle disposizioni di diritto interno adottate nella materia disciplinata dalla presente direttiva.

2. Le disposizioni della presente direttiva non si applicano ai contratti conclusi prima del 1° gennaio 2022.

*(Omissis)*

#### **Articolo 26 - Entrata in vigore**

La presente direttiva entra in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*.

Tuttavia l'art. 22 si applica a decorrere dal 1° gennaio 2022.

*(Omissis)*



## LA VETTURA COME OGGETTO CHE PARLA: L'INGANNO DEL PROGRESSO

**Sommario:** 1. La vettura soggetto responsabile di comportamenti - 2. La responsabilità civile - 3. La vettura connessa si trasforma (da cosa) in servizio on demand - 4. I cloud e le piattaforme di scambio dei dati - 5. L'extended vehicle - 6. I servizi eCall - 7. I servizi di concierge e manutenzione predittiva - 8. I dati tecnici non personali estratti dalle cose intelligenti - 9. La proprietà nell'Internet of Things.

### 1. La vettura soggetto responsabile di comportamenti

Le vetture attuali sono chiamate *connesse* (alla rete *internet*), quelle del futuro *autonome* (nella guida). È stata creata dall'ente di normazione internazionale SAE (Society of Automotive Engineers), una scala da 0 a 5 che stabilisce i diversi livelli di "autonomia" che una vettura può raggiungere. Le vetture con livello 2-3 sono già presenti sul mercato e possono assumere decisioni semplici (ad esempio la vettura "frena" da sola se il conducente la lascia avvicinare troppo a quella che la precede), che devono però essere corrette dall'uomo se errate. Queste vetture possono essere connesse ad altre vetture o a *server* esterni del costruttore della vettura o del fornitore di servizi o ad infrastrutture, inviando e ricevendo dati (questo è il sorprendente e, ancora inesplorato, mondo degli oggetti che parlano fra loro, l'*Internet of Things*, IoT).

Le vetture con livello 4-5 sono vetture autonome (o intelligenti)<sup>1</sup>. La loro caratteristica è la capacità di assumere decisioni complesse concernenti la guida, effettuando una scelta (a volte drammatica) tra due o più opzioni

<sup>1</sup> Con decreto 28 febbraio 2018 del Ministero dei trasporti è stata autorizzata la sperimentazione in Italia delle autovetture autonome purché a bordo di esse vi sia un *supervisore*. I sistemi autonomi di cui sono dotate le vetture sono invece regolati dalla direttiva sulla omologazione delle vetture n. 2007/46/Ce, in *Gu-Ue* n. L 263 del 9 ottobre 2007 (ora trasposta nel Regolamento (Ue) n. 2018/858, in *Gu-Ue* n. L 151 del 14 giugno 2018, p. 1). La direttiva n. 2014/53/Ue, sulle apparecchiature radio, in *Gu-Ue* n. L 153 del 22 maggio 2014, p. 62, stabilisce i requisiti essenziali per la sicurezza e la salute, la compatibilità elettromagnetica e l'uso efficiente dello spettro radio; essa regola anche i sistemi di connessione delle vetture.

possibili. Ciò comporta, di conseguenza, anche la risoluzione di problemi di natura etica<sup>2</sup>.

Il fervido dibattito che ha interessato le vetture autonome sembra ora scemare e spostarsi sulle vetture connesse: probabilmente ciò avviene perché ai più stanno sorgendo forti dubbi sulla possibilità della attuale tecnologia di offrire soluzioni affidabili. La sperimentazione in atto delle vetture autonome dimostra che i tempi di questo avvento sono ancora lontani.

## 2. La responsabilità civile

Nelle vetture autonome il conducente (che, in base alla Convenzione di Vienna del 1968 sulla circolazione stradale, deve essere sempre presente sulla vettura ed è il responsabile della guida) è sostituito dall'Intelligenza Artificiale (IA)<sup>3</sup>: si pongono allora nuovi problemi di imputazione della responsabilità civile che riguardano il rapporto tra il proprietario del mezzo e l'IA<sup>4</sup>. Si è addirittura ipotizzato di rendere responsabili patrimonialmente le vetture intelligenti, elevandole a "soggetti di diritto"<sup>5</sup>.

I temi sulla responsabilità civile riguardano principalmente la definizione delle «ragionevoli aspettative» dell'utilizzatore nel funzionamento

<sup>2</sup> Commissione europea, *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, aprile 2019, redatto dal Gruppo indipendente di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale istituito dalla commissione europea nel giugno 2018, reperibile sul sito internet <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>; Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, Raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica, in *Gu-UE* n. C 252 del 18 luglio 2018, p. 239; European Commission, *A Common EU approach to liability rules and insurance for connected and autonomous vehicles*, 2018, reperibile sul sito internet [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/615635/EPRS\\_STU\(2018\)615635\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/615635/EPRS_STU(2018)615635_EN.pdf).

<sup>3</sup> Definita «*chauffeur*».

<sup>4</sup> «Human-in-the-loop (HITL) refers to the human intervention in every decision cycle of the system, which in many cases is neither possible nor desirable. Human-on-the-loop (HOTL) refers to the capability for human intervention during the design cycle of the system and monitoring the system's operation. Human-in-command (HIC) refers to the capability to oversee the overall activity of the AI system (including its broader economic, societal, legal and ethical impact) and the ability to decide when and how to use the system in any particular situation. This can include the decision not to use an AI system in a particular situation, to establish levels of human discretion during the use of the system, or to ensure the ability to override a decision made by the system», Comunicazione della Commissione, *Building Trust in Human-Centric Artificial Intelligence*, Com(2019)169 final. In tale Comunicazione si cominciano a porre le regole etiche sulla intelligenza artificiale che "comanda" le cose, i principi che hanno come epicentro la dignità ed i valori della persona umana, l'utilizzo di regole tecniche robuste ed affidabili, la trasparenza delle logiche utilizzate. Il primo punto che esamina è quello dell'*Human agency* ovvero della agenticità umana ("Sistema del Sé"). L'agenticità umana è studiata nella teoria cognitiva e può essere definita come la capacità di agire attivamente nel contesto in cui si è inseriti.

<sup>5</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica, *loc. cit.*

di un sistema *software*<sup>6</sup>. Questa impalpabile definizione è usata dall'art. 6 della direttiva n. 85/374/Ce che definisce il «prodotto difettoso» come un prodotto che non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere. Ma cosa si può legittimamente attendere un consumatore dal funzionamento di un complesso sistema elettronico di una vettura? La logica del sistema riproduce il «senso comune» o il «buon senso»<sup>7</sup> o le aspettative irrealizzabili per una persona media o solo le intenzioni del progettista del *software*? Certo, questa aliena intelligenza potrebbe non riprodurre necessariamente la scelta che il consumatore vorrebbe fare in quel frangente.

Poiché l'IA della vettura usa anche dati (informazioni) ricavati dall'ambiente esterno<sup>8</sup>, non è sempre possibile determinare la causa prima di un eventuale sinistro, tenuto conto che la vettura è assemblata con migliaia di parti componenti e molte di esse possono contribuire, in modo casuale o imprevedibile, a determinarlo. Basti un esempio: il conducente di una vettura guida ascoltando la musica ed il volume si alza improvvisamente mentre sta eseguendo una delicata manovra, distraendolo. La vettura sbanda. È responsabile chi ha realizzato l'applicazione *software* utilizzata, c.d. «App», o chi ha disegnato i sistemi di protezione della vettura che non hanno impedito al volume di aumentare a dismisura?

Le recenti legislazioni tedesca e inglese sui veicoli connessi/autonomi per ovviare a questi problemi impongono l'uso di "scatole nere" sulle vetture che ne registrano i dati di funzionamento. La scelta è quanto mai opportuna<sup>9</sup>.

Nel decreto del 28 febbraio 2018 del Ministero dei trasporti sulla sperimentazione in Italia delle autovetture autonome si ipotizza la responsabilità del *supervisore*, soggetto che deve essere sempre a bordo del veicolo e che, nelle intenzioni del legislatore, dovrebbe essere in grado di riprendere (e correggere) la guida.

Dunque, in questo modo, si torna ad ascrivere la responsabilità della

<sup>6</sup> Cfr. *A common EU approach to liability rules and insurance for connected and autonomous vehicles*, cit. *supra*, nota 2.

<sup>7</sup> Definiamo il «senso comune» come un atteggiamento della maggioranza degli individui, il «buon senso» come un'elaborazione critica di un determinato comportamento.

<sup>8</sup> I dati acquisiti all'esterno sono connotati da forte relativismo; non sempre sono esatti in quanto elaborati da esseri umani che introducono la loro soggettività nel processo di elaborazione. L'ambiente esterno è composto dalle altre «cose intelligenti» o dalle infrastrutture. Sulle infrastrutture che inviano segnali, v. direttiva n. 2010/40/UE sui sistemi di trasporto intelligente, in *Gu-Ue* n. L 207 del 6 ottobre 2010, p. 1; Regolamento delegato (UE) .../... della Commissione europea del 13 marzo 2019, *Supplementing Directive 2010/40/EU of the European Parliament and of the Council with regard to the deployment and operational use of cooperative intelligent transport systems*, C(2019)1789 final, reperibile sul sito internet: <https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/legislation/c20191789.pdf>.

<sup>9</sup> Sulle normative inglese e tedesca cfr. G. VOTANO, *La responsabilità della circolazione stradale nella fase di transizione dei veicoli tradizionali alle auto con guida autonoma*, in *Danno e Responsabilità*, n. 3/2019, p. 330.

guida del mezzo al conducente. Alla responsabilità del *supervisore* si aggiunge poi quella del proprietario del mezzo.

Si è ipotizzato che la circolazione della vettura autonoma corrisponda alla circolazione di un calesse condotto da un cavallo. Dai tempi dei romani le "bizzate" dell'animale (anch'esso dotato di un'intelligenza diversa da quella del conducente) sono ascritte, per responsabilità oggettiva, al proprietario, essendo esse prevedibili.

Vi sono però difficoltà a considerare come "prodotto" la vettura autonoma o con sistemi autonomi. Il bene può infatti essere anche considerato una mera scatola vuota guidata da informazioni provenienti dall'esterno. Queste informazioni costituiscono un servizio («providing data through an IoT system is considered as a service and this falls outside the product liability»)<sup>10</sup>, salvo che il sistema elettronico possa considerarsi inserito nel prodotto e finalizzato al suo funzionamento primario. Il problema è attualmente (opportunitamente) risolto dalla direttiva n. 2019/771/UE del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni<sup>11</sup> che regola la garanzia di conformità dei beni "tangibili", compresi quelli le cui funzioni sono comandate da contenuti o servizi digitali, definiti «beni con elementi digitali». Le vetture connesse rientrano nei beni con elementi digitali.

Il Parlamento europeo, nella Risoluzione n. 2015 del 12 febbraio 2017 (2015/2103(INL)) ipotizza, oltre allo schema della responsabilità oggettiva del produttore, altri schemi di responsabilità, apparendo la prima inadeguata. Si consideri infatti che i veicoli con sistemi autonomi (definiti «ADAS», Advanced Driver Assistance Systems) hanno singolari peculiarità: *a.* i sistemi apprendono comportamenti dall'esterno, modificando quelli originali: l'*imprinting* del progettista si disperde; *b.* i sistemi elaborano dati esterni difficilmente attribuibili ad una sola fonte; *c.* i sistemi utilizzano componenti (*App*) forniti da terzi, il costruttore dell'oggetto non è nemmeno definibile come assemblatore.

Secondo il Parlamento europeo si può ipotizzare una sorta di responsabilità per rischio collocabile nel soggetto che è nella posizione migliore per minimizzare il *rischio* ed affrontare l'impatto negativo. L'approccio diverge, pertanto, da una responsabilità oggettiva per rischio di impresa fondata sul principio del *cuius commoda, eius et incommoda* e si concentra sul diverso principio della miglior gestione del rischio, ripartendo la re-

<sup>10</sup> European Commission, *Liability for emerging digital technologies*, Com(2018)237 final, Brussels, 25 aprile 2018.

<sup>11</sup> La direttiva n. 2019/771/UE, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, che modifica il Regolamento (UE) n. 2017/2394 e la direttiva n. 2009/22/CE, e che abroga la direttiva n. 1999/44/CE, in *Gu-UE* n. L 136 del 22 maggio 2019, pp. 28-50, considera come beni anche quelli che funzionano con sistemi elettronici integrati.

sponsabilità «tra i soggetti potenzialmente coinvolti nel verificarsi della lesione, identificando chi, tra gli operatori, nel processo di progettazione, produzione, commercializzazione possa essere ritenuto responsabile del danno in quanto reputato causalmente più vicino al prodotto a seconda del tipo di malfunzionamento verificatosi»<sup>12</sup>.

Tale approccio (*risk management approach*) appare utile – a nostro avviso – più che per fondare un regime di responsabilità, per descrivere un nesso causale che risale a ritroso dal danno alle cause, attraverso percorsi, spesso imperscrutabili o casuali, che possono rimanere ignoti; tali percorsi possono essere considerati solo identificando i soggetti ai quali può essere attribuita la responsabilità per non aver circoscritto il rischio.

### 3. La vettura connessa si trasforma (da cosa) in servizio *on demand*

Le autovetture sono (già) connesse alla rete *internet* attraverso i sistemi di bordo o i telefoni cellulari. Alcune vetture sono connesse anche a *server* (piattaforme) indipendenti, utilizzati dal costruttore della vettura o da fornitori per erogare servizi da remoto (*over the air*<sup>13</sup>).

La vettura connessa è capace non solo di ascoltare (spesso inavvertitamente), attraverso i propri sensori, le voci provenienti dall'esterno, ma anche di imparare da queste voci e dai comportamenti del conducente, adattandosi persino alle sue abitudini che, in tal modo, vengono "profilate". I sistemi elettronici sono progettati per essere "addestrati", cioè alimentati da nozioni che, se ripetute, vengono apprese e riprodotte. La vettura non è più un oggetto "muto", usato dal suo proprietario ed a questo sottomesso docilmente, ma anche un oggetto che "parla ed ascolta", che raccoglie informazioni, le elabora, le usa, le diffonde e, a volte, sbaglia (i sistemi elettronici usano logiche statistiche e possono compiere «falsi positivi» o «negativi». Nel primo caso il sistema, di fronte ad una decisione predittiva binaria di "vero o falso", utilizza erroneamente come positivo un dato che in realtà è negativo). Ma la vettura può fare ben di più: comuni-

<sup>12</sup> A. AMIDEI, *Robotica intelligente e responsabilità: profili e prospettive evolutive del quadro normativo europeo*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale*, Milano, Giuffrè, 2017.

<sup>13</sup> Il settore della riparazione delle vetture appare quello ove si esplica con maggior forza il potere di mercato del costruttore, con la conseguenza che ivi si concentrano, in capo al medesimo, alte quote di mercato. Per evitare che i riparatori indipendenti non riescano a competere con i riparatori della rete, ai costruttori di veicoli è stato imposto di allestire un sito *internet* che rilasci le informazioni (Regolamento (Ce) n. 715/2007, in *Gu-Ue* n. L 171 del 29 giugno 2007, p. 1). Nuove norme anche sulla «riparazione senza fili», cioè da remoto, sono contenute nel Regolamento (Ue) n. 2018/858, *cit. supra*, nota 1.

cando le abitudini del suo conducente al fornitore di un servizio può, a sua volta, ricevere da tale fornitore informazioni da ritrasmettere al conducente che possono suggerirgli (avvertitamente o inavvertitamente) comportamenti diversi dai suoi.

L'*Internet of Things* ci mostra come un oggetto (ad esempio una vettura) si può trasformare progressivamente da inanimato in intelligente (*smart*) e poi, quasi dematerializzandosi, in un servizio offerto al proprietario/utilizzatore<sup>14</sup>.

Il proprietario del bene si accorge, così, ben presto, che egli è solo il proprietario del contenitore fisico, ma non del contenuto digitale (spesso fornito in licenza d'uso) che lo fa funzionare e che gli permette di usufruire di servizi sempre nuovi e aggiornati forniti dal fabbricante del prodotto o da terzi.

Il valore del servizio<sup>15</sup> potrebbe (paradossalmente) essere maggiore di quello del bene che rimarrà "una scatola vuota" (tale è, a ben vedere, anche il più complesso dei telefoni cellulari)<sup>16</sup>. Questo valore finisce così per rimanere nel *cloud* cui l'utilizzatore può accedere solo fino a che il servizio è attivo ed è pagato ("*pay as you go*"). Caratteristica di questi servizi è la loro disponibilità "*on demand*", all'occorrenza. Il veicolo "connesso" vive in tanto in quanto è alimentato dai servizi. Estremizzando, è uno strumento per dare al suo proprietario un'identità digitale<sup>17</sup>.

La fornitura di un servizio soddisfa un immediato, ancorché momentaneo, bisogno dell'utente che non è soddisfatto dalla disponibilità duratura del bene, ma dalla disponibilità immediata e occasionale dell'utilità (il servizio); questa esigenza di natura economica si traduce, sotto il profilo sociologico, nella *cultura dell'accesso*<sup>18</sup>.

In questa continua interazione il proprietario della cosa intelligente, più o meno consapevolmente, cede al fornitore del servizio dati tecnici o personali (sui suoi comportamenti/preferenze) che sono fondamentali per

<sup>14</sup> Cfr. Parlamento europeo, *Relazione su una vita utile più lunga per i prodotti: vantaggi per i consumatori e imprese*, 9 giugno 2017 (2016/2272(INI)), reperibile sul sito internet: [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0214\\_IT.html](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0214_IT.html).

Nel documento si fa riferimento alla comparsa sul mercato di nuovi modelli di impresa, orientati a fornire nuovi servizi per la riparazione di prodotti obsoleti.

<sup>15</sup> Nel mondo dell'*Internet of Things* il valore della proprietà svilisce: il *provare* è più importante del *possedere* ed il provare si traduce nella possibilità di accedere immediatamente a tutti i servizi ritenuti appaganti: cfr. J. RIFKIN, *L'era dell'accesso*, Milano, Mondadori, 2000.

<sup>16</sup> Non è escluso che ciò accada anche per le vetture ad alto contenuto tecnologico.

<sup>17</sup> Sulla identità digitale v. G. ALPA, *L'identità digitale e la tutela della persona, spunti di riflessione*, in *Contratto e Impresa*, 2017, p. 724. Ambisce a ricostruire questa identità collettiva il fornitore di servizi che si appropria dei "gusti" e delle "abitudini" dell'utilizzatore del bene, li seleziona e crea servizi con le caratteristiche desiderate dal mercato.

<sup>18</sup> J. RIFKIN, *L'era dell'accesso*, loc. cit.

il fornitore del servizio, tale poca consapevolezza aumenta in presenza di una tendenza dei fornitori a rendere informative molto generiche su questo scambio con il quale il fornitore si appropria dei "gusti" e delle "abitudini" dell'utente del bene e li "clusterizza"<sup>19</sup>.

Il consumatore difficilmente comprende l'importanza di questi dati: si consideri che negli archivi del fabbricante della vettura sono immagazzinati anche i dati sulle manutenzioni dei suoi mezzi<sup>20</sup> e, in tali dati, sono contenute, ad esempio, tutte le informazioni sullo stile di guida.

I servizi possono anche essere gestiti direttamente dal costruttore della vettura, inviando segnali «over the air»<sup>21</sup> a questa che li traduce poi in azioni attuate dai suoi sistemi.

Alcuni servizi sono forniti da un fornitore assieme al costruttore contemporaneamente: è il caso del servizio *eCall*<sup>22</sup>, ove il gestore telefonico mette a disposizione l'infrastruttura di telefonia mobile per la chiamata di emergenza ed il costruttore del veicolo appresta un sistema di archiviazione temporaneo dei dati immediatamente precedenti all'urto<sup>23</sup>.

Ci si può chiedere se il consumatore è pronto ad affrontare una situazione nella quale se non pagherà più il servizio, gli verrà tolto<sup>24</sup> o non sarà

<sup>19</sup> AGCM c. Facebook, decisione della AGCM n. 27432 del 29 novembre 2018, PS11112, reperibile sul sito internet della Autorità [www.agcm.it](http://www.agcm.it). Interviene sul punto la direttiva n. 2019/770/UE del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, in *Gu-UE* n. L 136 del 22 maggio 2019, p. 1.

<sup>20</sup> Le esigenze di portabilità dei dati tecnici della riparazione erano già presenti nel Regolamento (UE) n. 566/2011, in *Gu-UE* n. L 158 del 16 giugno 2011, p. 1, che – per quanto riguarda la "Vehicle information history" – prevede quanto segue: «se le riparazioni e le attività di manutenzione di un veicolo sono memorizzate in una banca dati centrale del produttore del veicolo, o a suo nome, le officine indipendenti approvate e autorizzate a norma dell'Allegato XIV, punto 2.2, del regolamento (CE) 692/2008, devono poter avere accesso a tali dati gratuitamente e alle stesse condizioni dei meccanici e dei concessionari autorizzati, così da poter registrare le informazioni sulle riparazioni e sulle attività di manutenzione eseguite». Al punto 15 delle premesse, il Regolamento precisa: «qualora i costruttori dei veicoli decidano di non conservare più i dati di riparazione e manutenzione – dati che anche il proprietario del veicolo può mettere a disposizione delle officine indipendenti così che esse possano indicarvi i lavori di riparazione e di manutenzione effettuati – in formato fisico nel veicolo, ma di conservarli nella base dati centrale del costruttore, tali dati, con il consenso del proprietario del veicolo, devono essere accessibili anche al riparatore indipendente così che egli possa continuare a tenere una registrazione completa dei lavori di riparazione e di manutenzione effettuati e consentire al proprietario del veicolo di disporre, in un solo documento, della prova di tutti i lavori».

<sup>21</sup> Ancora da esplorare, sotto il profilo della concorrenza, la situazione di mercato che si verifica quando l'utente del bene può acquistare servizi solo presso lo store del fabbricante del bene, che seleziona i contenuti acquistabili. Vedi *infra*, nota 32.

<sup>22</sup> Regolamento (UE) n. 2015/758, del 29 aprile 2015, relativo ai requisiti di omologazione per lo sviluppo del sistema *eCall* di bordo basato sul servizio 112 e che modifica la direttiva 2007/46/CE, in *Gu-UE* n. L 123 del 19 maggio 2015, p. 77.

<sup>23</sup> La vettura produce molti dati; sono dati tecnici e come tali rimangono sino a che non siano associabili ad una persona.

<sup>24</sup> Ipotesi non remota, come è stato dimostrato dal caso Huawei, allorché Google ha cessato improvvisamente di fornirle determinati servizi.

più «aggiornato» (evenienza che si sta ora verificando nei navigatori satellitari applicati alla vettura)<sup>25</sup>. Non «aggiornare» il contenuto del servizio digitale equivale a renderlo inutilizzabile. La richiamata direttiva n. 2019/771/Ue sui beni con contenuti digitali prevede in capo ai fabbricanti dei beni un obbligo di aggiornamento periodico dei *software* che fanno funzionare i beni, nel caso ciò sia previsto dal contratto o sia necessitato da ragioni di sicurezza. Tale obbligo metterà in seria difficoltà il costruttore della vettura che, spesso, si limita ad acquistare i servizi sul mercato.

In alcuni casi gli aggiornamenti saranno forniti solo a pagamento<sup>26</sup>. Non è chiaro come il consumatore reagirà a questa dispendiosa novità.

Altra sorpresa per il consumatore sarà quella di leggere le condizioni generali di acquisto predisposte dai più importanti fornitori di servizi. Esse escludono la responsabilità del fornitore per errori di funzionamento dei programmi forniti.

Da valutare poi la disponibilità del fabbricante della vettura ad accogliere sulla "sua" vettura servizi di fornitori concorrenti.

Maggiore consapevolezza di usare un bene parzialmente altrui (quanto alla proprietà del mezzo) ha l'agricoltore, ormai avvezzo a barattare col costruttore del mezzo la fornitura di servizi personalizzati in scambio dei dati raccolti nelle lavorazioni sui campi<sup>27</sup>. I trattori non sono più cose inanimate, ma cose che programmano azioni, decidono, scelgono; le capacità relazionali di cui dispongono queste macchine sopravanzano quelle dell'uomo.

#### 4. I *cloud* e le piattaforme di scambio dei dati

Il mercato digitale è quel mercato ove si scambiano liberamente beni o servizi con contenuto digitale (in codice binario). Questo *Digital Single*

<sup>25</sup> Su questi temi cfr. A. PERZANOWSKI - J. SCHULTZ, *The end of ownership*, Cambridge, Massachusetts, MIT Institute, 2016. Il caso è ipotizzato a proposito di alcuni modelli di navigatori satellitari non aggiornati dai fabbricanti dopo cinque anni. Il consumatore si trova così a disporre di un dispositivo (il navigatore) obsoleto, pericoloso (sotto il profilo della *cybersecurity*) e incapace di operare correttamente. Il tema è affrontato dalla direttiva n. 2019/771/Ue, *cit. supra*, nota 11, sulla vendita di beni con contenuti digitali che, accanto alla nozione di difetto di conformità, introduce la nozione di *durabilità* del bene. Tema affrontato, ma non risolto, perché non vengono date regole per assicurare la durata del bene per un tempo corrispondente alle aspettative di vita utile imposte dal costruttore.

<sup>26</sup> Ad esempio, il servizio di posta elettronica Gmail, fornito da Google, può essere aumentato nelle prestazioni solo a pagamento.

<sup>27</sup> I costruttori di trattori agricoli (che da molto tempo realizzano mezzi connessi) fanno sottoscrivere agli agricoltori contratti di fornitura di servizi; nel settore automobilistico è raro vedere contrattualizzata la relazione tra costruttore ed utilizzatore. Più frequenti le licenze d'uso dei *software* rilasciate dai fabbricanti di vetture ai consumatori, acquirenti dei mezzi.



*Market (DSM)* è un ambiente ove devono essere progressivamente eliminati gli ostacoli che impediscono la circolazione dei dati. Generalmente gli scambi avvengono mediante piattaforme *online*<sup>28</sup>. Esse, attualmente, coprono una vasta gamma di attività: pubblicità, motori di ricerca, *social media*, punti vendita di contenuti creativi, servizi di distribuzione di applicazioni, servizi di comunicazione, sistemi di pagamento e di economia collaborativa.

Le piattaforme *online* hanno in comune alcune caratteristiche: *i.* possono creare e formare nuovi mercati in concorrenza con quelli tradizionali e organizzare nuove attività economiche basate sulla raccolta, sul trattamento e sulla modifica di grandi quantità di dati; *ii.* operano all'interno di mercati multilaterali; *iii.* beneficiano degli "effetti di rete", in virtù dei quali, generalmente, il valore del servizio aumenta con l'aumentare degli utenti; *iv.* si basano sulle tecnologie dell'informazione e della comunicazione per raggiungere i propri utenti in modo istantaneo e con facilità; *v.* svolgono un ruolo chiave nella creazione di valore digitale.

Quanto al tema che qui interessa, va osservato che le piattaforme digitali si distinguono dalle imprese tradizionali perché creano un ambiente ove possono incontrarsi diversi soggetti in relazione tra loro. Si pensi al caso di piattaforme che mettono in contatto acquirenti e venditori di beni o servizi sulle quali operano anche inserzionisti pubblicitari<sup>29</sup>.

Come detto, poiché la piattaforma si alimenta attraverso i dati, la fornitura di questi è spesso un'inconsapevole contropartita del consumatore per i servizi prestati. I dati sono poi utilizzati dalla piattaforma per essere forniti a vari *player*<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Sulla necessità di introdurre regole a proposito dei sistemi di *cloud computing*, v., Commissione europea, *Establishing a trusted cloud*, 2014, reperibile sul sito internet: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/b5c80ddb-fa1a-465b-a8f3-3e6c90af4a3b>; Commissione europea, *What does the Commission mean by secure Cloud computing services in Europe*, 2013, reperibile sul sito internet: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO\\_13\\_898](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_13_898).

<sup>29</sup> Comunicazione della Commissione, *Le piattaforme online e il mercato unico digitale - Opportunità e sfide per l'Europa*, Com(2016)288 final, 2016; Commissione europea, *Definition of a Research and innovation policy leveraging cloud computing and IoT combination*, Bruxelles, Publications Office, 2014. Il Regolamento (Ue) n. 2015/758, *cit. supra*, nota 22, sui sistemi *eCall*, ha dato indicazioni per la creazione di una «piattaforma interoperabile, standardizzata, sicura, aperta e ad accesso libero per eventuali future applicazioni o servizi a bordo del veicolo».

<sup>30</sup> La Commissione europea si è posta il problema di fare in modo che le piattaforme digitali operino uniformandosi a principi di correttezza e trasparenza. Tra i vari provvedimenti si segnalano: Commissione europea, *Code of Practice on Disinformation*, 2019; Comunicazione della Commissione, *Le piattaforme online e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa*, 2016, reperibile sul sito internet <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/IT/1-2016-288-IT-F1-1.PDF>.

V. anche il provvedimento dell'AGCM del 10 aprile 2019 A528 sull'inizio di una istruttoria su un possibile abuso di posizione dominante in *marketplace e-commerce* e servizi di logistica nei confronti di *Amazon*.

Per aversi un mercato occorre che i dati siano resi omogenei (*clusterizzati*) e ritenuti sostituibili dal lato della domanda (consumatore). Spesso i mercati considerati sono più di uno (*two side market*). In questa articolata struttura operano agenti specializzati in diversi settori ed il servizio offerto è in grado di soddisfare tutti.

È molto probabile che a queste piattaforme faranno sempre più ricorso i costruttori di vetture per fornire in modo efficiente i servizi alle loro autovetture connesse. La complessità della fornitura di servizi sicuri (costantemente monitorati) alle vetture renderà le piattaforme, generalmente gestite da operatori del settore informatico, strumento insostituibile per i costruttori di vetture, creando una singolare collaborazione tra soggetti specializzati in aree diverse.

## 5. L'*extended vehicle*

I dati (tecnici o personali) prodotti dagli oggetti e, in particolare, dalle vetture hanno un enorme valore economico: molti soggetti ambiscono a possederli (oltre ai costruttori di vetture: i fornitori di servizi per le autovetture, gli assicuratori, i gestori di infrastrutture, ecc.). I dati, una volta prodotti, devono essere raccolti ed analizzati. Se vengono raccolti presso piattaforme aperte agli operatori indipendenti (fornitori di servizi per le vetture, riparatori indipendenti), si creano strutture, definite *neutrali*, e viene favorito il funzionamento del mercato dei servizi *post-vendita* delle vetture.

I costruttori di vetture propongono, invece, di utilizzare, per fornire i dati tecnici delle vetture agli operatori indipendenti<sup>31</sup>, loro piattaforme, denominate «*Extended vehicle*». La cessione dei dati avverrebbe a titolo oneroso a seguito di una negoziazione con gli operatori. In tal modo i costruttori di vetture vedrebbero remunerati i loro investimenti ed i dati diverrebbero oggetto di una sorta di proprietà intellettuale.

I costruttori sono generalmente poco disposti a rilasciare le informazioni tecniche sulla riparazione delle vetture ed i dati prodotti dalle medesime in movimento. A vettura statica l'unica porta di accesso ai sistemi elettronici della vettura, consentita dal fabbricante ai riparatori indipendenti, è quella denominata OBD (*On Board Diagnostic*) che fornisce solo alcuni dati sul funzionamento del mezzo e sulle emissioni. A vettura in movimento non sono consentiti, dai costruttori dei veicoli, accessi ai sistemi dei veicoli agli operatori indipendenti.

<sup>31</sup> ACEA (Associazione europea dei costruttori di veicoli), *Access to vehicle data for third-party services*, Bruxelles, 2016, sul sito internet dell'Associazione.

ACEA, associazione europea dei costruttori di vetture, sostiene (ovviamente) il modello di «*Extended vehicle*», partendo dall'assunto che il costruttore del veicolo ha accesso ai dati prodotti dalla vettura: pertanto li può cedere a pagamento agli operatori indipendenti. Per giustificare ciò, fa valere ragioni che riguardano la sicurezza della vettura e il recupero degli investimenti effettuati per creare la tecnologia che utilizza.

Gli operatori indipendenti temono che la centralizzazione dei dati della vettura nei *server* del fabbricante possa limitare la concorrenza sul mercato dei servizi *post-vendita* delle vetture, mercato notoriamente dominato dai costruttori. La preoccupazione è ribadita dalla Commissione europea<sup>32</sup>.

Il modello di «*Extended vehicle*» ricalca lo schema già utilizzato dalla Commissione europea allorché impose, nel 2007, ai costruttori di vetture di rendere palesi agli operatori indipendenti le informazioni tecniche sulla riparazione (Regolamento (Ce) n. 715/2007<sup>33</sup>), cercando di rendere quel mercato maggiormente competitivo.

Per risolvere questa complessa questione appare necessario un intervento normativo perché, se è vero che i costruttori di vetture potrebbero eccedere che le limitazioni all'uso dei dati contenute nel modello dell'*Extended vehicle* sono obiettivamente necessarie ai fini del mantenimen-

<sup>32</sup> Commissione europea, Comunicazione, *Costruire un'economia dei dati europea*, del 10 gennaio 2017 (Com(2017)9 final). È interessante notare che se si arrivasse ad istituire un «*neutral vehicle*», i cui dati tecnici prodotti sono a disposizione di tutti, il diritto di proprietà verrebbe ancor più eroso. La posizione del costruttore del bene tende a rafforzarsi nelle vetture connesse perché può offrire i suoi servizi direttamente ai proprietari dei veicoli tramite il quadro strumenti della vettura. Su questi temi cfr. FIGIEFA, *Fair and equal access to vehicles in a digital single market*, 2016; AFCAR, *Analisi generale sulla telematica di terze parti dell'OEM*, 2018; FIA Region 1, *La trasformazione digitale automobilistica e gli impatti economici dei modelli di accesso ai dati esistenti*, 2018, tutti reperibili sui siti internet delle rispettive Associazioni. In quest'ultimo documento, si analizzano anche i problemi di accesso ai dati prodotti dalla vettura e si rileva che: «The closed car remains controlled by its original manufacturer, which is in most cases a large company with a strong brand, good safety track record, well-capitalized, subsidized or supported by governments, and generally considered more trustworthy than many smaller companies. The original manufacturer of a closed car retains the power to decide if and when updates and upgrades are offered for the closed car, with what functionality, and at what price. Owners of closed cars will have less options and may have to discard an automobile with a fine motor and design if its original manufacturer does not offer updates that are attractive, reasonably priced or perhaps even necessary from a safety perspective in the rapidly evolving world of connected, autonomous cars».

ACEA ha assunto una posizione molto ferma in favore della piattaforma «*Extended vehicle*» e ritiene che la vettura non possa essere paragonata ad un telefono cellulare perché una incontrollata dispersione dei suoi dati tecnici potrebbe mettere a repentaglio la sicurezza del mezzo; si allude, in particolare, a problemi di Cybersecurity. Tale posizione è spiegata in *Access to vehicle data for third-party services*, cit. *supra*, nota 31.

<sup>33</sup> Il Regolamento (Ce) n. 715/2007, cit. *supra*, nota 13, ha imposto ai costruttori di vetture di allestire siti *internet* per fornire agli operatori indipendenti le informazioni sulla riparazione (ora la normativa è contenuta nel Regolamento (Ue) n. 2018/858, cit. *supra*, nota 1). Il mercato dell'assistenza *post-vendita* delle vetture è ritenuto dalla Commissione un mercato scarsamente competitivo (v. Regolamento (Ce) n. 461/2010, del 27 maggio 2010, in *Gu-Ue* n. L 129 del 28 maggio 2010, p. 52) ed eccessivamente sfruttato dai costruttori di vetture attraverso il mantenimento di prezzi elevati.

to della sicurezza delle loro vetture<sup>34</sup>, è anche vero che non vi sono valide ragioni per ritenere che un riparatore indipendente non possa preservare la sicurezza del mezzo (al pari di un riparatore della rete del costruttore).

Se il costruttore della vettura operasse con le piattaforme dell'*Extended vehicle* potrebbe rafforzare enormemente la sua posizione privilegiata nella gestione dei dati tecnici prodotti della vettura, facendo della piattaforma una *essential facility*, con la conseguenza che ne andrebbe regolato l'accesso, ove la risorsa (i dati) fosse valutata come essenziale e non altrimenti disponibile.

Tema attiguo è quello degli *standard* di accesso ai sistemi usati dalle vetture connesse per colloquiare con altre vetture o con le infrastrutture. Essi potrebbero costituire un forte ostacolo per molte imprese per entrare sul mercato della fornitura dei servizi. La Commissione europea ha precisato che è necessario<sup>35</sup> che la concorrenza si possa esprimere nel settore della fornitura dei servizi agli utenti: sono pertanto necessari *standard* comuni che consentano la interoperabilità. Gli accordi tra i vari *player* devono presentare condizioni eque anche nei rapporti tra imprese (B2B) (c.d. controllo della iniquità delle clausole) e devono essere eventualmente concesse licenze di utilizzo dei diritti di proprietà industriale<sup>36</sup>.

La Risoluzione del Parlamento europeo del 15 gennaio 2019 sulla guida autonoma nei trasporti europei (2018/2089(INI)) esorta la Commissione a presentare una strategia, in particolare in materia di accesso ai dati e di sicurezza informatica, garantendo un approccio tecnologicamente neutro per il mercato; riconosce le opportunità offerte dalle prossime raccomandazioni della Commissione sull'accesso ai dati e alle risorse di bordo dei veicoli.

## 6. Servizi eCall

Da anni sono presenti in alcuni Paesi (ad esempio USA) sistemi, chiamati «EDR» (*Event Data Recorder*), che registrano i dati dei sinistri e li

<sup>34</sup> ACEA, *Access to vehicle data for third-party services*, cit. supra, nota 31.

<sup>35</sup> Comunicazione della Commissione europea, *Verso una mobilità automatizzata: una strategia della Ue per la mobilità del futuro*, Com(2018)283 final, del 17 maggio 2018.

<sup>36</sup> Sull'interpretazione dell'art. 102 TFUE nel senso che il titolare di un brevetto essenziale ai fini dell'applicazione di una norma tecnica stabilita da un organismo di normalizzazione, che si sia irrevocabilmente impegnato nei confronti di tale organismo a concedere a terzi una licenza a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie, non abusa della sua posizione dominante quando esperisce un'azione per contraffazione volta alla cessazione del pregiudizio arrecato al suo brevetto e si dichiara disposto a concedere la licenza dopo che il presunto contraffattore ha confermato la sua volontà di stipulare un contratto di licenza, v. sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 2015 in causa n. C-170/13, *Huawei Technologies Co. Ltd c. ZTE Corp.*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, luglio 2015, EU:C:2015:477.

invisano alle autorità ed ai centri di soccorso. Questi sistemi stanno per essere introdotti anche in Cina.

In Europa sono presenti analoghi meccanismi detti «scatole nere», regolamentati dalle varie normative nazionali<sup>37</sup>.

Le vetture omologate nella Ue dal 2018 devono disporre del sistema *eCall* 112. Si tratta di un sistema che attiva automaticamente, in caso di urto della vettura, una chiamata di emergenza ad una infrastruttura pubblica; a questo servizio il costruttore della vettura ne può abbinare altri (c.d. «servizi di valore aggiunto»). È dubbio se gli operatori indipendenti possano utilizzare la piattaforma del costruttore per offrire i loro servizi<sup>38</sup>. Il proprietario della vettura può però acquistare in *aftermarket* altri servizi utili al conducente senza collegarli al sistema *eCall* del fabbricante della vettura.

Non è ancora chiaro quale diritto possa vantare il costruttore della vettura sui dati tecnici prodotti dalla medesima<sup>39</sup>. La normativa nordamericana sui sistemi EDR indica il proprietario del veicolo quale proprietario dei dati. Di ciò diremo oltre.

## 7. Servizi di *concierge* e manutenzione predittiva

Grazie alla geolocalizzazione e alla connettività, la vettura diventa capace di comunicare con l'esterno tramite la pressione di un tasto o addirittura in maniera automatica in caso di guasti meccanici. Dall'esterno si potranno compiere svariate operazioni, ad esempio: *a.* conoscere in tempo reale dati sul funzionamento del veicolo ed il suo stato; *b.* attivare alcuni sistemi del veicolo; *c.* apprendere il luogo dove è parcheggiato il veicolo; *d.* fornire l'accesso al veicolo a un terzo.

Questi servizi vengono chiamati di «concierge». In *hotel*, il *concierge* assolve diversi compiti per l'ospite: lo assiste nella prenotazione di ristoranti, di servizi di trasporto, di eventi. La stessa funzione è svolta dal fornitore del servizio all'automobilista.

<sup>37</sup> V. art. 145 *bis* del Codice delle assicurazioni private (dlgvo n. 209 del 7 settembre 2005, in *Guri* n. 239 del 13 ottobre 2005). Ivi si tratta del valore probatorio delle c.d. «scatole nere» e di altri dispositivi elettronici.

<sup>38</sup> V. però art. 12, II comma, del Regolamento (Ce) n. 2015/758 (*cit. supra*, nota 22), relativo ai requisiti di omologazione per lo sviluppo del sistema *eCall*: «a seguito di un'ampia consultazione con tutte le parti interessate e di uno studio che valuta i costi e i benefici, la Commissione valuta l'esigenza di requisiti per una piattaforma interoperabile, standardizzata, protetta e ad accesso libero. Ove appropriato e non oltre il 9 giugno 2017, la Commissione adotta un'iniziativa legislativa basata su tali requisiti».

<sup>39</sup> È per questo che i costruttori di trattori agricoli stipulano con gli agricoltori contratti di fornitura di servizi.

Sono anche possibili servizi di manutenzione preventiva o predittiva. In quest'ultimo caso il fornitore (o il costruttore) si avvale di algoritmi che calcolano (ed in tal modo predicono) i tempi delle manutenzioni alle quali il bene va sottoposto. Si tratta di calcoli statistici effettuati sulla base di dati esperienziali. Nella sostanza, viene ricostruito, in base ai comportamenti pregressi, uno stile di guida virtuale, attribuito ad un soggetto. Saranno anche possibili riparazioni *over the air*, specie ai sistemi *software*: la vettura, riconoscendo di non essere utilizzata nel periodo notturno, potrà sollecitare il costruttore ad effettuare operazioni di manutenzione o riparazione o di aggiornamento dei *software* dei sistemi elettronici.

Di notevole interesse poi il tema della esatta specificazione dei servizi offerti dal costruttore della vettura al consumatore: molto spesso non viene fornita dal primo una precisa elencazione dei servizi offerti e dei loro costi<sup>40</sup> e non viene data al consumatore la possibilità di acquistarli singolarmente.

La gratuità del servizio non si desume peraltro dal fatto che il consumatore non paga nulla perché, in molti casi, il corrispettivo del servizio è costituito dalla fornitura di dati personali<sup>41</sup>, come ci spiega la direttiva n. 2019/770/Ue sulla fornitura di servizi con contenuto digitale.

## 8. I dati tecnici non personali estratti dalle cose intelligenti

Le attuali vetture (anche non connesse) raccolgono anche dati del conducente, ne caratterizzano (profilano) i comportamenti e gli stili di guida. Questi dati generalmente sono estratti dalla vettura come dati tecnici (anonimi per definizione), ma, ben presto, possono diventare personali se possono essere associati ad una persona. I dati si diffondono attraverso le operazioni più semplici, ad esempio, la riparazione della vettura presso le officine. Gli strumenti di diagnosi con i quali si analizzano i problemi di funzionamento di una vettura moderna prelevano dai sistemi elettronici di questa i dati tecnici e li comunicano, di frequente, ad altri soggetti, tra i quali il costruttore: se unitamente ai dati tecnici sono forniti elementi che consentono di "agganciarli" ad una persona (ad esempio il numero di identificazione della vettura, v. art. 74, n. 1, lett. *b.* del dlgs 30 aprile 1992, n. 285, c.d. Codice della Strada), i dati diventano personali. Non è escluso

<sup>40</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 13 settembre 2018 in causa n. C-54/17, *AGCM c. Wind e altri*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, settembre 2018, EU:C:2018:710.

<sup>41</sup> Il dato personale viene elaborato per creare i profili di persone potenzialmente interessate a ricevere beni o servizi, si studiano così le preferenze dei consumatori. Cfr. direttiva n. 2019/770/Ue, *cit. supra*, nota 19.

che il costruttore li comunichi a sua volta ai fornitori di parti componenti e così via<sup>42</sup>.

Se i dati sono personali, devono essere gestiti secondo le rigide regole del Regolamento (Ue) n. 679/2016, esattamente specificando le finalità del trattamento le quali non devono eccedere quanto strettamente necessario alla finalità predetta. Inoltre, deve essere assicurata la loro portabilità.

Il Regolamento (Ue) n. 2018/1807 regola invece la libera circolazione dei dati tecnici non personali nell'Unione europea. Esso assicura la trasferibilità (mobilità) di questi dati (anonimi per definizione) nella UE e vieta agli Stati membri di adottare misure che consentano, all'interno dei propri confini, la localizzazione dei dati o la loro temporanea archiviazione. La mobilità dei dati favorisce la libera circolazione dei servizi di trattamento dei dati.

Nella direttiva quadro n. 2018/1972/Ue sulle comunicazioni elettroniche, al *considerando* n. 15, si afferma che i dati delle comunicazioni elettroniche dovrebbero essere trattati in modo riservato<sup>43</sup>. Tali comunicazioni riguardano anche le comunicazioni da macchina a macchina e quelle tra auto connesse (*considerando* n. 12). Questo significa che, in queste comunicazioni, senza il consenso di tutte le parti coinvolte, dovrebbe essere proibita qualsiasi trasmissione dei dati (salvo non siano resi definitivamente anonimi), sia attraverso l'intervento umano sia attraverso l'elaborazione automatizzata delle macchine.

## 9. La proprietà nell'*Internet of Things*

Non è in discussione che quando il consumatore acquista, presso un rivenditore, con una compravendita, un oggetto che dispone di sistemi digitali che lo fanno funzionare («bene con elementi digitali»), diviene proprietario del medesimo. Esempio quotidiano è l'acquisto di un telefono cellulare<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Sulle modalità di conservazione dei dati estratti dalle vetture e sui tempi di conservazione, v. CNIL, *Connected vehicles and personal data*, reperibile sul sito internet [www.cnil.fr](http://www.cnil.fr), 2017.

<sup>43</sup> Si consideri che la vettura potrebbe trasmettere all'esterno dati che riguardano la vita personale del conducente o dei passeggeri. Si pensi ai dati che segnalano lo stato psicofisico del conducente, i punti di sosta più frequentemente utilizzati, i film che il passeggero è solito guardare, ecc.

<sup>44</sup> Sulla nozione di trasferimento di proprietà di un programma *software*, v. sentenza della Corte di giustizia del 3 luglio 2012 in causa n. C-128/11, *Usedsoft c. Oracle*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, luglio 2012, EU:C:2012:407.

Ma chi è il proprietario: *a.* dei sistemi elettronici inseriti nel bene; *b.* dei dati *personali* prodotti dal bene; *c.* dei dati *tecnici* prodotti dal bene?

Mentre il caso *sub a.* è risolto dal diritto d'autore e quello *sub b.* dalla normativa sulla *privacy*<sup>45</sup>, quello *sub c.* appare irrisolvibile secondo gli strumenti attuali offerti dal diritto<sup>46</sup> che dispone di normative – in tema di banche dati e di segreto industriale – insufficienti a regolarlo.

La Commissione europea<sup>47</sup> ha rilevato che, tradizionalmente, il problema dell'acquisto della proprietà dei dati tecnici digitali generati da una macchina (bene intangibile) non può essere affrontato negli stessi termini con i quali viene affrontato a proposito di un bene tangibile. Ciò dipende, innanzi tutto, dalle caratteristiche dei dati digitali: essi sono beni non rivali e non esclusivi; non sono suscettibili di escludere dall'uso i terzi e il loro consumo non genera l'impossibilità del consumo da parte di altri. I dati originano da molte fonti ed alla loro creazione partecipano molti attori. Inoltre sono spesso dati utili all'elaborazione scientifica e destinati a molteplici applicazioni.

La Commissione europea, nella Comunicazione «*Costruire un'economia dei dati europea*» del 10 gennaio 2017 (Com(2017)9 final), dopo aver individuato la figura del «produttore dei dati», ipotizza che questo soggetto possa divenire titolare di una sorta di nuovo diritto esclusivo destinato a proteggere i dati tecnici prodotti dalle macchine da un uso illegittimo (vale a dire senza il pagamento di compensi) da parte di terzi. Afferma che il diritto di utilizzare e di autorizzare l'utilizzo di dati non personali potrebbe essere conferito al "produttore dei dati", vale a dire il proprietario o l'utilizzatore a lungo termine (locatario) del dispositivo. Non specifica però chi è il proprietario del dispositivo, ma si potrebbe ragionevolmente intendere, come tale, il proprietario del bene complesso.

Precisa poi che occorrerebbe prevedere eccezioni di utilizzo in favore del fabbricante del bene. Nel caso dei dati personali, la persona interessata deve conservare il diritto di revocare il proprio consenso in qualsiasi mo-

<sup>45</sup> Già nell'ambito dei dati personali il «concetto» di proprietà presenta peculiarità perché il diritto della *privacy* regola solo il trattamento dei dati: in presenza di un legittimo interesse il trattamento può avvenire senza consenso dell'interessato.

<sup>46</sup> Va innanzitutto precisato che la titolarità del diritto d'autore su un programma *software* che genera dati non si estende ai dati generati. Il *software* è solo lo strumento per creare dati. Non pare pertanto dubbio che i dati debbano appartenere a chi utilizza il sistema che li genera e che sia detto utilizzatore che deve, se ritiene, cederli, con un contratto, al fabbricante del prodotto. Sul fatto che il contenuto generato dai sistemi elettronici appartenga all'utente, v. Contratto di fornitura di Servizi *Microsoft*, ed. 2019, pubblicato sul sito della *software-house*.

<sup>47</sup> Commissione europea, *Advancing the internet of Things in Europe*, SWD/2016/0110 final, 2016; il documento è reperibile sul sito internet: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SWD:2016:0110:FIN:EN:PDF>.



mento dopo avere autorizzato l'utilizzo. I dati tecnici devono rimanere anonimi<sup>48</sup>.

In altro, coevo documento, la Commissione ipotizza due possibili soluzioni: la creazione in capo al produttore dei dati di una sorta di diritto sulla cosa (diritto *in rem*)<sup>49</sup> oppure di un mero diritto difensivo del possessore dei dati che gli consenta di difendersi dall'altrui illegittimo utilizzo, diritto simile a quello del titolare di un segreto industriale (cfr. direttiva 2016/943/UE). La Commissione parte dal presupposto che i dati grezzi generati dalle macchine non sono protetti da diritti di proprietà intellettuale esistenti, perché non sono considerati il risultato di un impegno intellettuale e/o dotati di un grado di originalità. Ipotizza allora di identificare il proprietario dei dati attraverso una situazione di diritto o di fatto.

Si rileva poi che, in ogni caso, chi esercita il controllo sui dati e, in particolare i fabbricanti del bene, dovrebbero fornire l'accesso ai dati in loro possesso in cambio di remunerazione, previa anonimizzazione dei dati stessi. La questione dell'accesso ai dati si sposta così sulla concorrenza e sulla necessità di assicurare il funzionamento del mercato dei servizi post-vendita del settore automobilistico.

Allo stato, il problema sulla proprietà dei dati tecnici creati da una macchina rimane insoluto e si dovrà attendere la soluzione del legislatore comunitario. Si consideri peraltro che il proprietario dell'oggetto che produce i dati non è il soggetto che li controlla<sup>50</sup>. Solo il costruttore del bene può decodificarli ed analizzarli, quantomeno relativamente ai dati di funzionamento del bene (i dati sulle condizioni dinamiche del bene sono invece acquisibili da vari soggetti attraverso le «scatole nere»), Se il diritto di sfruttamento dei dati tecnici fosse attribuito al fabbricante del bene oc-

<sup>48</sup> CNIL, *Connected vehicles: a compliance package for a responsible use of data*, cit. *infra*, nota 54; *Linee guida elaborate dal Gruppo Art. 29 in materia di trasparenza definite in base alle previsioni del Regolamento (UE) n. 2016/679*, 2017, agg. 2018, reperibile sul sito internet della Commissione europea alla pagina Article29 Working party.

<sup>49</sup> La specificazione è contenuta nel documento della Commissione europea, disponibile solo in lingua inglese, denominato *Commission staff working document on free flow of data and emerging issues of the European data economy*, che accompagna il documento *Commission Building a European data economy*, SWD(2017)2 final, del 10 gennaio 2017. Questo diritto reale assicurerebbe al titolare un «exclusive right to utilise certain data, including to license its usage» e la possibilità di ottenere provvedimenti coercitivi contro terze parti che utilizzano i dati senza autorizzazione, oltre al risarcimento dei danni. È facile prevedere che chi si gioverà della norma sarà il fabbricante dell'oggetto.

<sup>50</sup> D. KNIGHT, *Who Owns the Data Generated by Machines?*, 2018, reperibile sul sito internet <https://www.aem.org/news/who-owns-the-data-generated-by-machines/>, ove si afferma: «Generally, the owner of machine generated data (MGD) is the entity that holds title to the device that recorded the data. In other words, the entity that owns the IoT device also owns the data produced by that device. However, when real-world constructs such as lease holdings come into play, the issue of ownership gets more complex and murkier».

correrebbe valutare gli effetti di tale scelta sul mercato. La dottrina<sup>51</sup> ha criticato questa soluzione, temendo un eccessivo rafforzamento della posizione dei fabbricanti a danno degli operatori indipendenti<sup>52</sup>.

**Gian Franco Simonini\***

#### SINTESI

Il dibattito (con forti implicazioni etico-morali) che si è aperto in questi anni sulle vetture autonome, vetture condotte non più da un conducente, ma da una intelligenza artificiale ha perso gradatamente forza in ragione della complessità della realizzazione di vetture sicure.

Il dibattito si è ora spostato sulle vetture connesse, vetture che si trasformano in oggetti che parlano fra loro (IoT) e che possono aumentare la loro funzionalità attraverso servizi forniti dal costruttore della vettura o da terzi. In questo modo la vettura rischia però di diventare un contenitore vuoto di servizi che nascondono un inganno: il fornitore del servizio si appropria progressivamente delle abitudini di vita dell'utente e cercherà di modificarle.

#### ABSTRACT

*A debate has started (with strong ethical-moral implications) on autonomous vehicles, no longer driven by a driver, but by an artificial intelligence. Due to the complexity of manufacturing autonomous vehicles, the debate has now moved on to connected cars: objects that communicate with each other (IoT) and that can increase their functionality through services provided by the vehicle manufacturer or by third parties. Through this, the vehicle risks becoming an opportunity for deceit as service providers gradually take over the users's habits and unconsciously try to change them.*

<sup>51</sup> J. ZECH, *Data as tradeable commodity*, Basel, University of Basel, 2017; J. DREXEL, *Data access and control in the era of connected devices*, Konrad Adenauer Foundation, Berlino, 2017; W. KERBER, *Data governance in connected cars: the problem of access to hi-vehicle data*, Jipitec on-line, 2017; B. HUGENHOLTZ, *The "Data Producer's Right": Unwelcome Guest in the House of IP*, Institute for Information Law, on-line, Kluwer Copyright Blog, 2017.

<sup>52</sup> V. l'intervista al commissario G. OETTINGER, *Wem gehoren die Daten?*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 14 ottobre 2016.

\* Docente a contratto / Università di Modena e Reggio Emilia

## **CONSIGLIO EUROPEO\***

### **Consiglio europeo straordinario, 20 e 21 febbraio 2020**

#### **Principali risultati**

Il 20 e 21 febbraio i Capi di Stato o di Governo dell'UE si sono riuniti a Bruxelles per discutere del bilancio a lungo termine dell'UE per il periodo 2021-2027. Al termine di intensi negoziati sono emerse chiaramente l'impossibilità di raggiungere un accordo e la necessità di disporre di più tempo<sup>1</sup>.

Tra le principali questioni in gioco nelle discussioni figurano:

- il livello complessivo
- i volumi dei principali settori d'intervento
- il finanziamento, comprese entrate (risorse proprie) e correzioni
- condizionalità e incentivi

Il Presidente Charles Michel consulterà i *leader* dell'UE sulle modalità di avanzamento dei lavori<sup>2</sup>.

#### **Dichiarazione sulla situazione in Siria (*Omissis*)**

\* Riportiamo di seguito i resoconti delle riunioni in videoconferenza dei membri del Consiglio europeo tenutesi nei mesi di febbraio e marzo 2020, reperibili sul sito internet <https://www.consilium.europa.eu/>.

<sup>1</sup> Il Presidente del Consiglio europeo, Charles Michel, ha dichiarato: «Abbiamo lavorato alacremente per cercare di conciliare le diverse preoccupazioni, i diversi interessi e i diversi pareri sul tavolo. Ma abbiamo bisogno di più tempo».

<sup>2</sup> Informazioni generali sui negoziati relativi al quadro finanziario pluriennale 2021-2027 possono essere reperite sul sito internet <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/eu-budgetary-system/multiannual-financial-framework/mff-negotiations/>.

## **Videoconferenza dei membri del Consiglio europeo, 10 marzo 2020**

### **Principali risultati**

Il 10 marzo i membri del Consiglio europeo hanno discusso in videoconferenza di come coordinare gli sforzi dell'UE per rispondere all'epidemia di Covid-19. Hanno partecipato alla discussione anche la Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen, la Presidente della Banca centrale europea Christine Lagarde, il Presidente dell'Eurogruppo Mario Centeno e l'alto rappresentante Josep Borrell<sup>3</sup>.

Gli Stati membri hanno espresso solidarietà all'Italia e agli altri Stati membri duramente colpiti. Hanno evidenziato la necessità di un approccio europeo comune e di uno stretto coordinamento con la Commissione europea. Hanno convenuto che i ministri della Salute e i ministri dell'Interno dovrebbero consultarsi quotidianamente per garantire un adeguato coordinamento e perseguire un orientamento europeo comune.

Nella conferenza stampa a seguito della riunione il Presidente Michel ha presentato le quattro priorità individuate dai *leader*:

- limitare la diffusione del virus
- garantire la fornitura di attrezzature mediche, in particolare maschere e respiratori
- promuovere la ricerca, anche per trovare un vaccino
- affrontare le conseguenze socioeconomiche. (*Omissis*)

## **Videoconferenza dei membri del Consiglio europeo, 17 marzo 2020**

### **Principali risultati**

Il 17 marzo i membri del Consiglio europeo hanno dato seguito, in videoconferenza, alle azioni dell'UE in risposta all'epidemia di Covid-19<sup>4</sup>.

I *leader* si sono concentrati sui seguenti aspetti:

<sup>3</sup> Il testo integrale delle Conclusioni del Presidente del Consiglio europeo a seguito della videoconferenza sulla Covid-19 è reperibile sul sito internet <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2020/03/10/statement-by-the-president-of-the-european-council-following-the-video-conference-on-covid-19/>.

<sup>4</sup> Il testo integrale delle Conclusioni del Presidente del Consiglio europeo a seguito della videoconferenza con i membri del Consiglio europeo sulla Covid-19 è reperibile sul sito internet <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2020/03/17/conclusions-by-the-president-of-the-european-council-following-the-video-conference-with-members-of-the-european-council-on-covid-19/>.

- limitare la diffusione del virus
- garantire la fornitura di attrezzature mediche, in particolare maschere e respiratori
- promuovere la ricerca, anche per trovare un vaccino
- affrontare le conseguenze socioeconomiche
- aiutare i cittadini bloccati in Paesi terzi. (*Omissis*)

## **Videoconferenza dei membri del Consiglio europeo, 26 marzo 2020**

### **Principali risultati**

Il 26 marzo i membri del Consiglio europeo hanno dato seguito, in videoconferenza, alla risposta dell'UE all'epidemia di Covid-19. Hanno inoltre discusso dell'allargamento dell'UE, del terremoto in Croazia e della situazione alle frontiere esterne dell'UE<sup>5</sup>.

### **Covid-19**

I *leader* hanno concordato di continuare a operare seguendo i cinque filoni di intervento seguenti:

- limitare la diffusione del virus
- fornire attrezzature mediche, in particolare maschere e respiratori
- promuovere la ricerca, anche per trovare un vaccino
- affrontare le conseguenze socioeconomiche
- aiutare i cittadini bloccati in Paesi terzi<sup>6</sup>.

### **Limitare la diffusione del virus**

Tutti gli Stati membri hanno preso provvedimenti risoluti per contenere e rallentare la diffusione del virus.

Il controllo delle frontiere esterne dell'UE è stato rafforzato applicando una restrizione temporanea coordinata dei viaggi non essenziali verso l'UE. I *leader* continueranno a monitorare la situazione e decideranno se prorogare o meno tali misure.

<sup>5</sup> La Dichiarazione comune dei membri del Consiglio europeo, 26 marzo 2020 è reperibile sul sito internet <https://www.consilium.europa.eu/media/43089/26-vc-euco-statement-it.pdf>.

<sup>6</sup> Dichiarazione comune dei membri del Consiglio europeo «La pandemia di Covid-19 costituisce una sfida senza precedenti per l'Europa e il mondo intero. Esige un'azione urgente, risoluta e globale a livello sia di UE che nazionale, regionale e locale. Adotteremo tutte le misure necessarie per proteggere i nostri cittadini e superare la crisi».

I *leader* hanno inoltre concordato di garantire un'agevole gestione delle frontiere per persone e merci. Per esempio, si occuperanno con urgenza dei problemi rimanenti con riguardo ai cittadini dell'UE bloccati alle frontiere interne dell'Unione che non possono tornare nei Paesi d'origine. Hanno altresì stabilito di contrastare la disinformazione comunicando in modo trasparente, tempestivo e oggettivo le azioni intraprese.

### **Fornire attrezzature mediche**

Garantire la fornitura urgente e adeguata di attrezzature mediche in tutta l'UE costituisce la priorità più pressante. I *leader* hanno quindi invitato la Commissione a proseguire e accelerare gli sforzi in tal senso.

Hanno poi chiesto alla Commissione di esaminare modalità per velocizzare le procedure relative alle sue iniziative di aggiudicazione congiunta riguardanti dispositivi di protezione individuale, ventilatori e materiali diagnostici.

La Commissione aumenterà il bilancio iniziale per la scorta strategica rescEU di attrezzature mediche, anche per la terapia intensiva, di vaccini e di sostanze terapeutiche.

La decisione sull'autorizzazione all'esportazione di dispositivi di protezione individuale dovrebbe portare alla revoca di qualsiasi forma di divieto o restrizione a livello interno.

Alla luce delle raccomandazioni dell'OMS, occorre aumentare con urgenza le capacità diagnostiche. Gli Stati membri riferiranno alla Commissione in merito alla situazione.

### **Promuovere la ricerca**

Sono già stati mobilitati 140 milioni di EUR per 17 progetti, anche in materia di vaccini<sup>7</sup>.

I *leader* hanno accolto con soddisfazione le iniziative adottate dalla Commissione, dal Consiglio europeo per l'innovazione e dal gruppo Banca europea per gli investimenti (gruppo BEI) con l'obiettivo di fornire sostegno finanziario alla risposta clinica e della sanità pubblica alla malattia Covid-19.

### **Affrontare le conseguenze socioeconomiche**

I *leader* hanno sostenuto la risoluta azione intrapresa dalla Banca centrale europea per garantire condizioni di finanziamento favorevoli in tutti i Paesi della zona euro.

<sup>7</sup> Dichiarazione comune dei membri del Consiglio europeo: «Vi è l'urgente necessità di condividere informazioni scientifiche e di collaborare, sia all'interno dell'UE che a livello mondiale, per far fronte alla sfida di sviluppare il più velocemente possibile un vaccino, come anche di mettere quest'ultimo a disposizione di chiunque ne abbia bisogno, senza barriere geografiche».

Hanno preso atto dei progressi compiuti dall'Eurogruppo, invitandolo inoltre a presentare proposte entro due settimane<sup>8</sup>.

I *leader* hanno sottolineato che gli Stati membri hanno intrapreso azioni ad ampio raggio per sostenere le loro economie e attenuare i problemi sociali e occupazionali. Hanno inoltre aggiunto che gli Stati membri hanno bisogno di flessibilità. "Il quadro di riferimento temporaneo della Commissione per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nel contesto dell'attuale epidemia di Covid-19 rappresenta un importante passo avanti. Lo stesso vale per il ricorso senza precedenti alla clausola di salvaguardia generale prevista dal patto di stabilità e crescita", si legge nella dichiarazione.

La proposta della Commissione relativa a un'iniziativa di investimento in risposta al coronavirus prevede di destinare 37 miliardi di EUR agli investimenti nel quadro della politica di coesione per far fronte alle conseguenze della crisi. Con la proposta di modifica del Fondo di solidarietà dell'UE, quest'ultimo può essere utilizzato anche per emergenze di sanità pubblica come l'epidemia di Covid-19.

I *leader* hanno elogiato inoltre il contributo del gruppo BEI alla mobilitazione di risorse per garanzie bancarie e investimenti a favore delle imprese europee, in particolare le piccole e medie imprese, anche attraverso il ricorso al bilancio dell'UE. Hanno invitato i ministri delle Finanze a valutare senza indugio possibilità di potenziare globalmente la risposta del gruppo BEI al coronavirus.

I *leader* hanno accolto con favore gli orientamenti della Commissione sul controllo degli investimenti esteri diretti.

### **Aiutare i cittadini bloccati in Paesi terzi**

I *leader* intensificheranno ulteriormente gli sforzi volti a garantire che i cittadini dell'UE bloccati in Paesi terzi che desiderano tornare a casa possano farlo. A tal fine, gli Stati membri si coordineranno strettamente con la Commissione e con la *task force* consolare istituita dal SEAE. La Commissione presenterà un addendum agli orientamenti in materia di gestione delle frontiere per agevolare le modalità di transito per i cittadini dell'UE rimpatriati.

### **Gli insegnamenti tratti dalla crisi**

I *leader* hanno concordato che, malgrado attualmente l'urgenza sia quella di combattere la pandemia, l'UE dovrebbe anche iniziare a preparare le misure necessarie per tornare al normale funzionamento delle società e delle economie europee. Ciò richiederà una strategia di uscita coordinata, un piano di rilancio globale e investimenti senza precedenti. I *leader* hanno invitato la Presidente della

<sup>8</sup> Dichiarazione comune dei membri del Consiglio europeo: «Tali proposte dovrebbero tener conto del carattere senza precedenti dello shock causato dalla Covid-19 in tutti i nostri Paesi e la nostra risposta sarà intensificata, ove necessario, intraprendendo ulteriori azioni in modo inclusivo, alla luce degli sviluppi, al fine di dare una risposta globale».

Commissione e il Presidente del Consiglio europeo, in consultazione con le altre istituzioni e segnatamente la BCE, ad avviare i lavori su una tabella di marcia accompagnata da un piano d'azione. Hanno inoltre invitato la Commissione a presentare proposte su un sistema di gestione delle crisi migliorato<sup>9</sup>.

### **Allargamento dell'UE**

I *leader* hanno approvato le conclusioni del Consiglio del 25 marzo 2020 sull'allargamento e il processo di stabilizzazione e di associazione<sup>10</sup>.

### **Terremoto in Croazia**

I *leader* hanno espresso la loro massima solidarietà alla presidenza e al popolo croati e hanno dichiarato di essere pronti a fornire loro assistenza per far fronte agli effetti del recente terremoto.

### **Situazione alle frontiere esterne dell'UE**

I *leader* hanno espresso preoccupazione in relazione alla situazione al confine greco-turco nonché piena solidarietà alla Grecia, oltre che alla Bulgaria, a Cipro e agli altri Stati membri interessati, anche per quanto riguarda i loro sforzi nella gestione delle frontiere esterne dell'UE.

<sup>9</sup> Dichiarazione comune dei membri del Consiglio europeo: «Dobbiamo altresì trarre tutti gli insegnamenti offerti dalla crisi attuale e iniziare a riflettere sulla resilienza delle nostre società quando si trovano confrontate a questo genere di eventi. A tale proposito, è giunto il momento di istituire un sistema di gestione delle crisi più ambizioso e di più ampia portata all'interno dell'UE».

<sup>10</sup> Le conclusioni del Consiglio sull'allargamento e il processo di stabilizzazione e di associazione, 25 marzo 2020 sono reperibili sul sito internet <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2020/03/25/council-conclusions-on-enlargement-and-stabilisation-and-association-process/>.



# DOCUMENTAZIONE

---

## **SICUREZZA INTERNAZIONALE: PROTEZIONE DALLA MINACCIA TERRORISTICA E RISPETTO DEI DIRITTI FONDAMENTALI DEI SOSPETTATI DI TERRORISMO**

### **United Nations Security Council Counter-Terrorism Committee Executive Directorate (CTED) Human Rights\***

Terrorism poses a serious threat, not only to international peace and security, but also to the enjoyment of human rights and social and economic development. Countering terrorism means, first and foremost, protecting the right to life and to personal security. Member States are therefore under a human rights obligation to safeguard the security of their citizens, including through effective counter-terrorism measures.

SECURITY COUNCIL  
RESOLUTIONS THAT  
UNDERSCORE THE  
IMPORTANCE OF  
HUMAN RIGHTS IN  
COUNTERING  
TERRORISM:

- UNSCR 1456 (2003)
- UNSCR 1624 (2005)
- UNSCR 1805 (2008)
- UNSCR 2129 (2013)
- UNSCR 2178 (2014)
- UNSCR 2395 (2017)
- UNSCR 2396 (2017)

At the same time, beginning with its adoption of resolution 1456 (2003), the Security Council has consistently affirmed that States must ensure that any measures taken to counter terrorism comply with all their obligations under international law, in particular international human rights, refugee, and international humanitarian law. The Council has also underscored that effective counter-terrorism measures and respect for human rights, fundamental freedoms, and the rule of law are complementary and mutually reinforcing and constitute an essential part of successful counterterrorism efforts. The Council has in several resolutions reiterated that failure to comply with these and other international obligations, including under the Charter of the United Nations, fos-

\* [https://www.un.org/sc/ctc/wp-content/uploads/2019/06/ctc\\_cted\\_fact\\_sheet\\_designed\\_human\\_rights\\_december\\_2018.pdf](https://www.un.org/sc/ctc/wp-content/uploads/2019/06/ctc_cted_fact_sheet_designed_human_rights_december_2018.pdf). In argomento v. *infra*, p. 151 ss., il contributo di *FRANCESCA PERRINI*.

ters a sense of impunity and is one of the factors contributing to increased radicalization.

In its resolutions 2178 (2014) and 2396 (2017), the Security Council calls upon States to stem the flow of foreign terrorist fighters (FTFs) and to respond to the evolving threat posed by FTFs, particularly returnees, relocators, and their families, with full respect for human rights and fundamental freedoms. The latter resolution identifies an array of measures to be taken by States, and for these to be tailored and take gender and age sensitive factors into account. The resolution also emphasizes that women and children associated with FTFs require special focus, as they may have served in different roles and may be victims of terrorism, and for children to be treated in a manner that observes their rights and respect their dignity, in accordance with applicable international law.

Security Council resolution 1624 (2005) calls upon States to prohibit and prevent incitement to commit a terrorist act. This resolution also stresses that States must ensure that any measures they take to implement the resolution comply with all their obligations under international law, thus recognizing the particular relevance of human rights to action against incitement. The preamble of resolution 1624 (2005) highlights, among other factors, the relevance of the right to freedom of expression to counter-incitement measures, stating that incitement poses a serious and growing danger to the enjoyment of human rights.

The Security Council Counter-Terrorism Committee (CTC) and its Executive Directorate (CTED) routinely include relevant human rights issues in all their activities, including country visits and assessments, and in their dialogue with Member States, in line with the human rights policy guidance adopted by the Committee in 2006. CTED liaises closely with the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR) in matters related to counter-terrorism, and is an active member of the Counter-Terrorism Implementation Task Force (CTITF), including through its Working Group on Promoting and Protecting Human Rights and the Rule of Law While Countering Terrorism. In 2018, this working group published *Guidance to States on human rights-compliant responses to the threat posed by foreign fighters*.

CTED further facilitates strengthened engagement with civil society actors, in accordance with the relevant Security Council resolutions and the Committee's guidance, in a manner that respect their rights. The Council has increasingly recognized the role that local communities and non-governmental actors can play in countering violent extremism and addressing the phenomenon of foreign terrorist fighters, including the rehabilitation and reintegration of FTFs. Resolution 2178 (2014) encourages States to engage with civil society actors, including by empowering youth, families, women, religious, cultural, and education leaders, as well as all other concerned groups of civil society. The Madrid Guiding Principles, which were adopted by the Committee in 2015, state that engagement between Government and non-governmental actors should be founded on trust and respect. With respect to civil society and human rights defenders, these principles also stress the importance of safeguarding the ability of non-governmental actors

to operate in a secure environment and in full respect for human rights and fundamental freedoms, including the rights to freedom of thought, conscience and religion, expression, peaceful assembly, and association. In terms of victims of terrorism, the Council encourages CTED, in close co-operation with the United Nations Office of Counter-Terrorism (UNOCT), to take into account the important roles victims and their families and networks can play, including through the credibility of their voices, in countering terrorism.

In its *Global Surveys of the implementation of resolutions 1373 (2001) and 1624 (2005)* by Member States, CTED drew attention to a range of human rights issues relevant to the implementation of the resolutions. For example, CTED observed situations in several States, in various regions, in which terrorism charges or administrative designations have been framed in vague terms, allowing for their misuse against legitimate conduct, such as the expression of political dissent or human rights advocacy. Compliance with international standards of due process and fair treatment, notably wherever counterterrorism measures are applied preventively, remains an area of concern. CTED has also encouraged States to put in place independent oversight mechanisms to monitor the activities of law enforcement and intelligence bodies, and to ensure accountability in cases of violations. CTED has further explored potential concerns arising when countering incitement to terrorism with regard to the rights to freedom of expression and opinion, freedom of religion and belief; fair, equal and transparent treatment in criminal proceedings, the right to privacy, and the right to freedom from discrimination. In taking relevant actions, States should proceed cautiously, based on clearly and narrowly defined incitement offences.

The protection of human rights is not only a matter of legal obligations of States, but is also crucial in addressing the conditions conducive to terrorism, and essential to ensure that counter-terrorism measures are effective. In its resolution 2395 (2017), the Security Council encourages CTED «to further develop its activities to ensure that all human rights and rule of law issues relevant to the implementation of resolutions 1373 (2001), 1624 (2005), 2178 (2014), and other relevant resolutions are addressed as an important component of CTED's country visits, assessments, analysis of emerging issues, trends, and developments, and facilitation of technical assistance».



## **LA CRISI DELLE NAZIONI UNITE E LE SUE CONSEGUENZE SULLA TUTELA DEI DIRITTI UMANI\***

**Sommario:** *Premessa - 1. L'attività delle Nazioni Unite sul piano della proliferazione degli strumenti di tutela dei diritti umani - 2. Il rispetto dei diritti umani nell'attività del Consiglio di sicurezza per il mantenimento della pace - 3. Considerazioni conclusive.*

### **Premessa**

Se è pacifico che l'emergere del concetto di «crisi delle Nazioni Unite» coincide con la stessa nascita delle Nazioni Unite non è altrettanto pacifica la portata ed il contenuto di tale espressione. E ciò per due ordini di ragioni. Da una parte perché, come è noto, il meccanismo di voto in seno al Consiglio di sicurezza, caratterizzato dal diritto di veto di cui godono i cinque membri permanenti, inevitabilmente si ripercuote sul funzionamento dell'organizzazione<sup>1</sup>. Dall'altra perché, com'è altrettanto evidente, il contesto internazionale è profondamente cambiato dal secondo dopoguerra ad oggi.

A ciò si aggiunga che il sistema onusiano è destinato, oserei dire per sua stessa natura, ad entrare periodicamente in crisi, in ragione della sua

\* Il presente contributo è destinato agli *Studi in onore di Andrea Romano*.

<sup>1</sup> Sulla questione del diritto di veto, nell'ampio panorama della produzione scientifica, si veda, tra gli altri, S. MARCHISIO, *L'ONU. Il diritto delle Nazioni Unite*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 173 ss.; C. ZANGHÌ, *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 150 ss.; B. CONFORTI - C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, Padova, Cedam, 2015, p. 87 ss.

vocazione universale, del suo carattere permanente e della sua competenza estremamente ampia e generale. A ben vedere sarebbe alquanto strano che un'organizzazione di tale natura non vivesse mai crisi alcuna; qualora ciò dovesse verificarsi potrebbe quasi stare ad indicare una sorta di «impermeabilità» ai mutamenti della realtà.

Del resto, le Nazioni Unite, al pari di qualsiasi altra organizzazione internazionale, non possono non risentire dei vari cambiamenti che vive la comunità internazionale, sia in una direzione positiva (laddove si tratta di cambiamenti che indirizzano l'azione dell'ONU verso una più proficua attività nei settori di suo interesse), sia in una direzione negativa (laddove si tratta di cambiamenti volti a limitare e/o fuorviare la suddetta attività).

Di sicuro, però, occorre sottolineare che ciò che non può essere messo in discussione (neanche dai contemporanei nazionalismi e sovranismi di vario tenore che pure possono incidere sull'efficienza ed efficacia dell'organizzazione) è l'esistenza stessa delle Nazioni Unite, né i valori della Carta di San Francisco ed a tale riguardo la tutela dei diritti umani prevista in ambito ONU riveste particolare interesse.

Se da una parte, infatti, al di là di ogni crisi ascrivibile al sistema onusiano, l'attività delle Nazioni Unite sul piano della proliferazione degli strumenti di tutela dei diritti umani, merita una valutazione nell'insieme positiva, dall'altra è nel vasto settore del mantenimento della pace che l'azione del Consiglio di Sicurezza ha posto seri problemi di bilanciamento tra il valore della pace ed il rispetto dei diritti umani.

## **1. L'attività delle Nazioni Unite sul piano della proliferazione degli strumenti di tutela dei diritti umani**

La Carta delle Nazioni Unite consacra la rilevanza sul piano internazionale dei diritti umani in quanto tali ed il fatto che il suo contenuto sia interamente ispirato al rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali fa della tutela di tali diritti un valore che informa l'intero ordinamento delle Nazioni Unite.

Se alle origini i diritti umani rilevavano solo nell'ambito della cooperazione economica e sociale, oggi essi sono rilevanti in ogni settore di attività dell'organizzazione.

L'evoluzione dell'attività onusiana nel campo dei diritti umani non ha conosciuto sosta, alternando periodi particolarmente fecondi e creativi a fasi di blocco e paralisi. Molti, quindi, i momenti di segno diverso che potrebbero essere sottolineati e che, a volte frutto di speranze altre volte frut-

to di compromessi, contribuiscono passo dopo passo alla costruzione di un sistema normativo che ha come centro di interesse l'individuo.

I riferimenti ai diritti umani nello Statuto delle Nazioni Unite compaiono sin dal Preambolo, nel quale si sottolinea la volontà di «riaffermare la fede nei diritti fondamentali dell'uomo, nella dignità e nel valore della persona umana, nella eguaglianza dei diritti degli uomini e delle donne e delle nazioni grandi e piccole». L'art. 1, par. 3, nell'elencare i fini dell'organizzazione include quello di «Conseguire la cooperazione internazionale nella soluzione dei problemi internazionali di carattere economico, sociale culturale od umanitario, e nel promuovere ed incoraggiare il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti senza distinzioni di razza, di sesso, di lingua o di religione». L'art. 55, lett. c., prevede che, nell'ambito della cooperazione economica e sociale, le Nazioni Unite promuoveranno «il rispetto e l'osservanza universale dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti, senza distinzione di razza, sesso, lingua o religione», ritenendo che sia uno dei punti essenziali per favorire quelle condizioni di stabilità e benessere ritenute fondamentali per una pacifica convivenza fra gli Stati.

Almeno dal punto di vista della produzione normativa, possiamo senza dubbio affermare che i citati articoli della Carta non sono rimasti lettera morta, ove si consideri il numero considerevole di strumenti adottati, sia sotto forma di atti non vincolanti sia sotto forma di convenzioni.

Innanzitutto, occorre ricordare che la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo<sup>2</sup> ancora oggi, dopo ben settanta anni dalla sua adozione, è considerata la pietra miliare della tutela internazionale dei diritti umani. E ciò, lungi dall'essere un mero riconoscimento di carattere simbolico, è concretamente evidenziato dal fatto che essa viene costantemente richiamata da altri strumenti di diritto internazionale e dal valore che ha essa acquisito.

Non stupisce che la Dichiarazione sia richiamata nel Preambolo di praticamente tutte le convenzioni successive in materia di diritti umani sia che esse mirino a tutelare determinate categorie di persone o che si propongano di proteggere determinati diritti.

Al di là del valore che il Preambolo di un trattato assume sul piano strettamente formale (e che, secondo un orientamento generale ormai consolidato, rileva sul piano meramente interpretativo<sup>3</sup>), va sottolineato come

<sup>2</sup> A/RES/3/217/A, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948.

<sup>3</sup> A tale proposito l'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati nel codificare, al par. 1, la regola secondo la quale «Un trattato deve essere interpretato in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce del suo

tale richiamo sia proprio la consacrazione dell'universalità dei diritti riconosciuti nel 1948.

Per quanto concerne il valore giuridico delle Dichiarazione occorre ricordare come, sin dall'indomani della sua adozione, si sia alimentato un considerevole dibattito che oggi può considerarsi superato sia in ragione del seguito normativo che i diritti contemplati hanno avuto anche in altri strumenti a carattere vincolante, sia del valore consuetudinario che i diritti contemplati nella Dichiarazione hanno assunto<sup>4</sup>.

Numerose sono le convenzioni che si occupano di tutelare specifiche categorie di diritti o specifiche categorie di persone particolarmente vulnerabili. E l'importanza di tale opera merita di essere sottolineata sia perché essa è caratterizzata da costanza e continuità, sia per il seguito che tali Convenzioni hanno avuto in termini di numero di ratifiche, sebbene l'ampio numero di ratifiche di un trattato non sia di per sé indicativo della sua concreta efficacia, dal momento che alla ratifica deve seguire l'effettiva applicazione all'interno dei singoli Stati.

È chiaro, tuttavia, che tale limite non attiene alla crisi del sistema onusiano, ma dipende dall'impegno degli Stati e può essere superato grazie alla giurisprudenza delle Corti sovranazionali.

Proprio la giurisprudenza delle Corti sovranazionali (e segnatamente, come si dirà oltre, quella della Corte europea dei diritti dell'uomo) ha giocato un ruolo considerevole in uno specifico ambito in cui l'azione delle Nazioni Unite può costituire un *vulnus* per i diritti umani, vale a dire le ipotesi per il mantenimento della pace.

## **2. Il rispetto dei diritti umani nell'attività del Consiglio di sicurezza per il mantenimento della pace**

A fronte del grande impegno dell'organizzazione verso la promozione e la tutela dei diritti umani, infatti, nell'azione del Consiglio di sicurezza in tema di mantenimento della pace si sono posti seri problemi in materia di rispetto dei diritti umani.

In particolare, il ricorso da parte del Consiglio di sicurezza all'adozione di risoluzioni a portata individuale, c.d. sanzioni intelligenti o mirate (*smart sanctions* o *target sanctions*) per contrastare il fenomeno del terro-

oggetto e del suo scopo», specifica, al paragrafo successivo che il «contesto» comprende il Preambolo (oltre al testo, gli allegati e gli strumenti di cui alle lett. *a.* e *b.*).

<sup>4</sup> Con riferimento al dibattito sviluppatosi in dottrina intorno al valore giuridico della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo si veda, tra gli altri, C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 28-29.



rismo internazionale (già sul finire degli anni Novanta e poi in misura crescente dopo gli attentati alle Twin Towers) ha posto una serie di problemi in materia di tutela dei diritti umani.

Il meccanismo sanzionatorio, istituito dalla Risoluzione n. 1267/1999 e affidato al Comitato delle sanzioni all'uopo creato (Comitato 1267, organo sussidiario del Consiglio di sicurezza la cui composizione rispecchia quella del Consiglio stesso) consiste nell'inserimento nelle liste nere dei nominativi di persone fisiche o giuridiche sulle quali grava il sospetto di appartenere alla rete terroristica Al-Quaeda o di essere ad essa in qualche modo collegate. Nei confronti di tali soggetti si dispone l'adozione di provvedimenti volti a colpirli finanziariamente (si pensi al congelamento dei beni) ovvero isolarli (si pensi alle restrizioni alla libertà di movimento).

Si tratta di un meccanismo che, nonostante i correttivi apportati per cercare di regolamentare, per esempio, il *de-listing* e tutelare la posizione di coloro che per errore sono stati inseriti nella lista, pone una serie di problemi in termini di tutela dei diritti umani.

Il primo problema è quello del coordinamento tra gli obblighi derivanti dall'osservanza delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza, che, essendo adottate ex art. 41 della Carta, sono giuridicamente vincolanti per gli Stati membri tenuti a darvi esecuzione nei loro ordinamenti interni e gli obblighi che derivano dal rispetto dei trattati sui diritti umani.

Tema che oggi risulta particolarmente importante ove si consideri l'imponente numero di risoluzioni del Consiglio di sicurezza contenenti sanzioni mirate<sup>5</sup>.

All'ampliamento dell'azione del Consiglio di sicurezza fa seguito un ampliamento dei casi in cui le istanze giurisdizionali sovranazionali devono decidere sulle presunte violazioni derivanti dall'applicazione delle misure sanzionatorie.

E la risposta di tali corti, per quanto non sia sempre convincente, per quanto spesso si presti a critiche, appare essenziale per la garanzia che offre in termini di tutela dei diritti umani con esempi che in alcuni casi devono essere salutati con favore.

<sup>5</sup> Al momento vi sono ben 14 diversi regimi sanzionatori che fanno capo ad un numero estremamente ampio di risoluzioni con un ampliamento dei settori di interesse, non più confinati alla sola lotta al terrorismo internazionale ma rivolti anche ad altri ambiti che, in virtù dell'elasticità del concetto di «minaccia alla pace», il Consiglio fa rientrare nella sua azione per il mantenimento della pace. Oltre alle misure adottate per fronteggiare crisi specifiche (Sudan, Repubblica democratica del Congo, Libia, solo per citarne alcune) ed alle sanzioni contro i Talebani e gli enti e le persone ad essi collegati, contro l'ISIL, contro Al-Quaeda ed i soggetti che la supportano (inclusi i *foreign fighters*), figurano anche le sanzioni contro i responsabili di violazioni della Risoluzione n. 1540(2004) sulla non proliferazione delle armi di distruzione di massa.

A tale proposito non si può non fare un breve riferimento alla copiosa giurisprudenza in materia elaborata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

La Corte di Strasburgo ha avuto modo di pronunciarsi per la prima volta sul tema della compatibilità tra le misure sanzionatorie individuali del Consiglio di sicurezza e gli obblighi in materia di diritti umani con la sentenza della Grande Camera del 12 settembre 2012 relativa al caso *Nada*, in conseguenza del ricorso presentato dal Signor Youssef Nada, a seguito del suo inserimento (e quello della sua impresa *Nada Management Organization* e di un membro del consiglio di amministrazione dell'azienda) nella *black-list* di sospetti terroristi predisposta dalle Nazioni Unite. In particolare, le sanzioni ai danni del ricorrente consistevano nel congelamento dei beni e nel *travel ban* (quest'ultimo mantenuto anche di fronte alla richiesta del ricorrente di lasciare la Svizzera per sottoporsi ad un trattamento medico)<sup>6</sup>.

La Grande Camera condanna la Svizzera per la violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare e del diritto a un ricorso effettivo, rilevando che gli obblighi imposti dalle risoluzioni del Consiglio di sicurezza sono obblighi di risultato che, quindi, lasciano agli Stati un certo margine di discrezionalità circa le modalità per darvi attuazione. Ed è, quindi, un dovere degli Stati quello di utilizzare il margine di manovra di cui dispongono per conciliare il contenuto della sanzione individuale alle esigenze della tutela dei diritti della persona sospettata di terrorismo<sup>7</sup>.

Tale conclusione, come è evidente, ha permesso alla Corte di non pronunciarsi in merito alla controversa questione del rapporto fra obblighi derivanti dallo Statuto delle Nazioni Unite e obblighi derivanti dalla CEDU<sup>8</sup>, riuscendo comunque a dare un contributo al dibattito intorno alla controversa questione dei rapporti fra risoluzioni del Consiglio di sicurezza e Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Nella necessità di armonizzare gli obblighi derivanti dall'appartenenza alle Nazioni Unite con gli obblighi che derivano dalla Convenzione europea sta, infatti, la soluzione al problema del coordinamento tra i due tipi di norme.

<sup>6</sup> Sul caso *Nada v. A. ANNONI*, *La sentenza Nada della Corte europea dei diritti dell'uomo: un altro tassello di un puzzle non ancora completo*, in *Riv. dir. int.*, 2013, p. 140 ss.; J. P. JACQUÉ, *A propos de Nada contre Suisse: les résolutions du Conseil de Sécurité devant la Cour européenne des droits de l'homme*, in *European Yearbook on Human Rights*, 2013, p. 308 ss.

<sup>7</sup> Sul punto v. A. ANNONI, *La sentenza Nada della Corte europea dei diritti dell'uomo: un altro tassello di un puzzle non ancora completo*, *cit. supra*, nota 6, p. 143.

<sup>8</sup> In proposito si veda A. ANNONI, *La sentenza Nada della Corte europea dei diritti dell'uomo*, *loc. cit.*, p. 146.

Certo si tratta di un esito deludente ove si consideri l'attesa che aveva suscitato la pronuncia tra coloro i quali auspicavano che la Corte indicasse una soluzione definitiva dello spinoso problema relativo al rapporto gerarchico fra risoluzioni del Consiglio di sicurezza e Convenzione europea.

Ma occorre chiedersi, a mio avviso, se sia così necessario fissare una tale gerarchia. È chiaro che la Corte non ha volutamente affrontato la questione (forse anche alla luce delle aspre critiche che aveva suscitato la decisione *Behrami* e *Saramati*) e ciò non deve essere necessariamente valutato in maniera negativa.

Si ricorda, infatti, che la vicenda relativa ai casi *Behrami* e *Saramati*<sup>9</sup> aveva portato la Corte ad affermare la propria incompetenza a giudicare eventuali violazioni della Convenzione compiute dagli Stati in esecuzione degli obblighi loro derivanti da risoluzioni del Consiglio di sicurezza adottate nell'ambito del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, in quanto si tratta di azioni fondamentali per assicurare il rispetto della pace e della sicurezza internazionale rispetto alle quali non è ammissibile alcuna interferenza.

È del tutto evidente che laddove tale posizione della Corte si fosse consolidata, fissando in maniera rigida la supremazia degli obblighi derivanti dalle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza in tema di mantenimento della pace su tutti gli altri obblighi internazionali, avrebbe potuto portare a conseguenze di non poco rilievo.

*Nulla quaestio* laddove la suddetta cristallizzazione porti ad una prevalenza degli obblighi in materia di tutela dei diritti umani, ma *quid* nel caso in cui fosse fissata la prevalenza degli obblighi derivanti dallo Statuto Onu? In quest'ultima ipotesi qualsiasi deriva del Consiglio di sicurezza non avrebbe alcun argine e ciò, stante la crisi del sistema di sicurezza collettiva e l'attuale contesto internazionale, potrebbe essere foriero di scenari allarmanti.

<sup>9</sup> Decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 31 maggio 2007, sull'ammissibilità dei ricorsi *Behrami c. Francia*, e *Saramati c. Francia, Germania e Norvegia*. I fatti oggetto del ricorso riguardavano presunte violazioni del diritto alla vita, alla libertà personale ed al giusto processo (rispettivamente artt. 2, 5 e 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo) commesse in Kosovo da parte di membri della forza di sicurezza Nato (KFOR) e dell'operazione di mantenimento della pace autorizzata dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite (UNMIK) ai danni dei ricorrenti. Nell'ampia bibliografia sulla decisione si veda, tra gli altri, P. KLEIN, *Responsabilité pour les faits commis dans le cadre d'opérations de paix et étendue du pouvoir de contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme: quelques considérations critiques sur l'arrêt Behrami et Saramati*, in *Annuaire français de droit international*, 2007, p. 43 ss.; G. C. BRUNO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite: la decisione Behrami e Behrami e Saramati*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 187 ss.; P. LAGRANGE, *Responsabilité des Etats pour actes accomplis en application du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies*, in *Revue générale de droit international public*, 2008, p. 85 ss.

La Corte torna poi ad occuparsi del tema nella sentenza del 21 giugno 2016 relativa al caso *Al Dulimi* continuando a non prendere posizione in tema di gerarchia delle norme ex art. 103 della Carta ONU, ma affrontando, piuttosto, la questione, attraverso una comparazione tra la tutela garantita dalla Convenzione e quella prevista dall'ordinamento interno dello Stato contro il quale il ricorso è stato proposto, vale a dire la Svizzera, e ciò in quanto non vi era ad avviso della Corte un conflitto tra la risoluzione del Consiglio di sicurezza da cui originavano le misure restrittive e la Convenzione<sup>10</sup>. Secondo la Corte, l'applicazione delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza non comporta un ruolo passivo degli Stati, i quali, al contrario, devono valutare che vi siano elementi validi affinché i nominativi dei sospettati di terrorismo siano inseriti nella *black list*<sup>11</sup>.

A questo proposito, particolarmente significativo è il criterio di cui al caso *Al Jedda* della presunzione di interpretazione conforme in base al quale si dovrebbe escludere (a meno che non vi sia una espressa indicazione contraria) che le risoluzioni del Consiglio di sicurezza contengano disposizioni volte ad obbligare gli Stati ad agire in violazione dei diritti umani.

E ciò in considerazione del fatto che la promozione e il rispetto di tali diritti facendo parte dei fini dell'ONU (come risulta dall'art. 1, par. 3, dello Statuto), costituisce un vincolo all'azione del Consiglio di sicurezza ai sensi dell'art. 24, par. 2, dello stesso Statuto secondo il quale l'organo deve agire «in conformità alle finalità ed ai principi delle Nazioni Unite».

<sup>10</sup> Sentenza della Grande Camera del 21 giugno 2016, caso *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Svizzera*. Il caso riguardava un ricorso presentato contro la Svizzera per la presunta violazione dell'art. 6 della Convenzione. I ricorrenti, iscritti nella lista del Comitato delle sanzioni istituito con la Risoluzione n. 1518 (2003) in quanto sospettati di avere contribuito al finanziamento dei servizi segreti iracheni durante il regime di Saddam Hussein, avevano adito il Tribunale federale svizzero per chiedere l'annullamento delle misure di confisca dei beni adottate nei loro confronti in esecuzione della Risoluzione del Consiglio di Sicurezza n. 1483 (2003). Il Tribunale respingeva la richiesta fondando la propria decisione sulla superiorità ex art. 103 dello Statuto delle Nazioni Unite del valore giuridico della risoluzione del Consiglio di Sicurezza chiamata in causa su qualsiasi altro obbligo internazionale vincolante per la Svizzera. Sulla vicenda relativa al caso *Al-Dulimi v. G. PALOMBELLA, The Principled, and Winding, Road to Al-Dulimi. Interpreting the Interpreters*, in *QIL-Questions of International Law*, 2014, reperibile sul sito internet [www.qil-qdi.org](http://www.qil-qdi.org); L. MAGI, *Gli obblighi incompatibili derivanti dalla CEDU e dalla Carta delle Nazioni Unite, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: riflessioni critico-ricostruttive*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3, 2015, p. 519 ss.; L. MAGI, *Applicazione del test della protezione equivalente alle Nazioni Unite: nessun contributo dalla sentenza della Grande Camera della Corte europea nel caso Al-Dulimi*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3, 2016, p. 609 ss.

<sup>11</sup> In questo senso v. L. MAGI, *Applicazione del test della protezione equivalente alle Nazioni Unite*, loc. cit., p. 613.

### 3. Considerazioni conclusive

Proprio in questo senso l'evoluzione giurisprudenziale operata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (che pure ha il limite di riferirsi ad un ambito regionale ben definito ed ad uno strumento specifico di tutela dei diritti umani) nel caso *Al Jeddah* ha avuto il merito di avere fissato l'attenzione su un punto fondamentale della questione: il Consiglio di sicurezza, anche quando agisce per assicurare il valore più importante per la comunità internazionale, vale a dire la pace, deve farlo nel rispetto dei principi e delle finalità delle Nazioni Unite, quali risultano dalla Carta di San Francisco.

Il rispetto dei diritti umani, rientrando tra i fini dell'organizzazione, costituisce, dunque, un innegabile vincolo all'azione del Consiglio di sicurezza, come dimostra, del resto, la circostanza che le risoluzioni a carattere individuale con le quali vengono disposte le *smart* o *targeted sanctions* contengono il riferimento alla tutela dei diritti umani. Per altro, anche l'obbligo che incombe agli Stati, in virtù dell'art. 25 della Carta, di dare esecuzione alle decisioni del Consiglio di sicurezza «in conformità alle disposizioni del presente Statuto» sembra voler indicare una sorta di «controllo» a livello interno dell'azione dell'organo consiliare, dal momento che gli ordinamenti nazionali sono tenuti ad eseguire le decisioni consiliari nel pieno rispetto delle norme statutarie. Del resto, sarebbe alquanto strano che l'obbligo che incombe agli Stati di rispettare i diritti umani venisse meno di fronte alla necessità di dare esecuzione a decisioni del Consiglio di sicurezza. Non solo una simile deroga, non essendo espressamente prevista nella Carta, non può considerarsi ammissibile, ma qualunque interpretazione in tale direzione sarebbe manifestamente contraria allo spirito che ha animato i lavori della Conferenza di San Francisco e sarebbe in netto contrasto con l'intera attività dell'organizzazione in materia di promozione e salvaguardia dei diritti fondamentali. Ne deriva che, laddove il fine della sicurezza internazionale necessita di essere protetto dalla minaccia terroristica, le misure da adottare per colpire i soggetti a vario titolo coinvolti in attività terroristiche devono essere il risultato del giusto bilanciamento tra due dei fini ugualmente importanti per l'organizzazione, rappresentati dal rispetto dei diritti umani e dal mantenimento della pace.

Non è superfluo ricordare che la stessa Assemblea generale ha dedicato alcune risoluzioni al tema della «Protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali nella lotta al terrorismo», sottolineando che gli Stati devono garantire che qualsiasi provvedimento adottato per combattere il terrorismo sia conforme agli obblighi previsti dal diritto internazionale, in particolare il diritto internazionale dei diritti umani, la protezione internazionale dei rifugiati ed il diritto internazionale umanitario.

Sono gli Stati, che, nel dare esecuzione alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza devono adottare misure che non mettano a repentaglio il godimento dei diritti fondamentali. E, qualora ciò si dovesse verificare, saranno tali misure a dover essere sottoposte a giudizio.

In tale ottica un ruolo fondamentale può essere svolto dalle corti interne e soprattutto dalle corti costituzionali, proprio in considerazione del fatto che sono le stesse risoluzioni del Consiglio di sicurezza a sottolineare la necessità che gli Stati rispettino i diritti umani<sup>12</sup>.

Se ciò permette di leggere in chiave diversa la questione del delicato e controverso rapporto tra azioni del Consiglio di sicurezza nel campo del mantenimento della pace e rispetto dei diritti umani, non risolve il problema delle possibili derive compiute proprio dagli Stati in nome della lotta al terrorismo, derive che proprio in un momento come quello attuale possono essere alimentate dai sovranismi e dai nazionalismi di varia matrice oggi dilaganti.

**Francesca Perrini\*\***

#### SINTESI

La tutela dei diritti umani ha sempre rivestito grande importanza nell'attività delle Nazioni Unite, come affermato nello Statuto e come risulta dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e dall'adozione di numerose Convenzioni.

Tuttavia, la lotta al terrorismo ha messo in evidenza la possibilità che l'azione del Consiglio di Sicurezza nell'ambito del mantenimento della pace potrebbe causare alcune violazioni dei diritti fondamentali. La procedura delle c.d. *black lists* implica infatti che individui sospetti terroristi siano colpiti da sanzioni, come le restrizioni alla mobilità o il congelamento di fondi, che costituiscono una minaccia per i diritti umani. In tale contesto la ricerca di un giusto bilanciamento tra mantenimento della pace e protezione dei diritti umani risulta, a volte, impossibile e/o difficile da realizzare. Il contributo della giurisprudenza europea appare, dunque, particolarmente interessante.

#### ABSTRACT

*Human rights have always had a great importance in UN activity, as it stated in the Charter, and as it results by the Universal Declaration of Human Rights*

<sup>12</sup> In proposito v. P. DE SENA, *Comunità internazionale e individui nella prassi del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite in tema di lotta al terrorismo*, reperibile sul sito internet [www.innovazionediritto.unina.it/archivionumeri/0603/desena.html](http://www.innovazionediritto.unina.it/archivionumeri/0603/desena.html).

\*\* Ricercatrice di Diritto internazionale / Università di Messina

---

*and by the adoption of numerous Conventions. But the fight against terrorism has showed the possibility that the Security Council action in the field of maintenance of peace could generate some violations of fundamental rights. The black lists procedure implies that individuals suspected of terrorism are affected by sanctions, such as travel ban or freezing of funds, that are a menace for human rights. In this context the research of a fair balance between maintenance of peace and protection of human rights sometimes is impossible and/or difficult to reach. For this reason the contribution of European jurisprudence to the question appears very interesting.*





# COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

---

## IL RINASCIMENTO DELL'ITALIA POST COVID-19 ATTRAVERSO LA ZONA ECONOMICA SPECIALE "DI SALVAGUARDIA" DEL PATRIMONIO PRODUTTIVO NAZIONALE

Dalla fine della Seconda Guerra Mondiale sia l'Europa sia l'Italia non hanno mai conosciuto una situazione drammatica di tipo sociale, economico e con evidenti riflessi anche di natura psicologica in tutta la popolazione, come quella provocata dall'emergenza sanitaria del COVID-19. Già ora si prospetta uno scenario economico di medio/lungo periodo, tipico di una situazione *post*-bellica alla cui eccezionalità bisogna rispondere con misure economiche eccezionali.

Tali non possono essere né una rimodulazione di finanziamenti UE già assegnati *ex ante* e *pro quota* a tutti gli Stati membri, non utilizzati in tutto o in parte, né il ricorso esclusivo a strumenti finanziari europei che rischiano di aumentare il debito pubblico, a danno di ulteriori successivi aggravii su famiglie e imprese. Neppure è sufficiente la semplice procrastinazione di qualche mese delle scadenze degli adempimenti fiscali, finanziari e contributivi, come previsto finora dal Governo con il Decreto c.d. «Cura Italia».

Il rischio di una recessione globale determinata dal *lockdown*, potrebbe provocare una reazione sull'offerta e sulla domanda aggregata, e la creazione di un panorama diffuso di crediti in sofferenza: il già strutturalmente difficile accesso alla liquidità, diverrebbe un vero e proprio mirag-

gio soprattutto per le numerose micro, piccole e medie imprese che caratterizzano il tessuto economico italiano, le quali, prive della garanzia di rapido *cash flow*, potrebbero giungere ad una situazione fallimentare.

Certamente è necessario un aumento del flusso di liquidità per il sistema produttivo. Tale soluzione, che gode anche dell'autorevole *endorsement* dell'ex Presidente della BCE Mario Draghi, è essenziale per garantire nel breve periodo la vitalità della linfa produttiva della nostra economia. Tuttavia, in relazione ad un orizzonte temporale più ampio, l'iniezione di liquidità, che molto presumibilmente verrà alimentata quasi esclusivamente da finanziamenti "a debito", da qualsiasi fonte provengano sia nazionale o dell'Unione europea, costituirà un beneficio nel medio e lungo periodo del tutto evanescente. Pertanto, tale strategia potrebbe non essere sufficiente poiché inevitabilmente, per compensare l'ovvio conseguente aumento del debito pubblico, comporterà ulteriori successivi aggravii su famiglie e imprese.

Serve una svolta epocale, atteso che già prima dell'emergenza del COVID-19 vi era uno stillicidio di dati negativi sulle *performances* dell'Italia in materia di sviluppo.

In base ad un'analisi della World Bank, l'Italia risultava l'ultimo Paese dell'Europa Occidentale e tra gli ultimi dell'Unione europea (insieme a Croazia, Slovenia, Bulgaria, Romania, Grecia e Ungheria) per efficienza governativa e, cosa ancor più grave (in quanto Paese erede della tradizione millenaria del diritto romano) per la qualità della sua legislazione.

Secondo il *World Economic Forum*<sup>1</sup>, su 141 Paesi, l'Italia è 96esima per efficienza amministrativa, 138esima per quantità e complessità della regolamentazione governativa (ossia, eccessiva onerosità per le aziende ai fini del rispetto dei requisiti stabiliti dalla pubblica amministrazione), 130esima per visione a lungo termine del governo, 124esima per creazione di un ambiente politico stabile per fare affari, 103esima per valorizzazione della meritocrazia e per la promozione delle competenze, 107esima per fiducia nella qualità dei quadri dirigenti, 130esima per proporzione del rapporto tra retribuzione e produttività, 130esima per tassazione del lavoro, 99esima per crescita di aziende innovative, 97esima per cultura imprenditoriale complessiva, 93esima per costi elevati relativi all'avviamento di un'attività imprenditoriale in percentuale rispetto all'RNL pro capite, e 97esima per aziende che abbracciano idee dirompenti.

<sup>1</sup> WORLD ECONOMIC FORUM, *The Global Competitiveness Report 2019*, reperibile on line al seguente indirizzo: [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_TheGlobalCompetitivenessReport2019.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_TheGlobalCompetitivenessReport2019.pdf).

Proprio quest'ultimo dato deve far riflettere. Quale futuro può avere un Paese che non è in grado di favorire l'esistenza di un ambiente che stimoli lo sviluppo di idee innovative capaci di rivoluzionare e "dirompere" le imprese, gli aspetti economici e commerciali, anche nel senso di creare una rottura rispetto ad un consolidato torpore del mercato?

Se si vuole veramente aiutare il mondo produttivo a ripartire con vigore bisogna assicurargli concretamente un ambiente operativo *business-oriented*, dove il regime applicato sia molto più coerente con le esigenze delle imprese.

Garantire questo sarebbe già sufficiente: ci penserebbero poi fantasia, laboriosità, qualità degli imprenditori italiani e del *brand* «*Made in Italy*» a rendere presto nuovamente competitivo il settore produttivo. Mai come ora la politica e le istituzioni dovrebbero assecondare le esigenze oggettive del mondo produttivo, l'unico che sa bene cosa serve sui mercati internazionali, dove quotidianamente si confrontano con i *competitors* esteri.

Per questo motivo bisogna rendere appetibile il Sistema Paese ricorrendo all'impiego di strategie di ripresa economica imperniate anche sull'impiego sistematico appunto delle zone economiche speciali, però secondo il *single approach* di una "Zona Economica Speciale di Salvaguardia per tutta l'Italia".

Dal punto di vista concettuale le Zone Economiche Speciali<sup>2</sup> sono aree geograficamente delimitate, talvolta disabitate (aventi un'estensione generalmente maggiore di una zona franca doganale<sup>3</sup>) nelle quali vigono leggi economiche più liberali di quelle generalmente presenti nel Paese all'interno del quale vengono istituite. Oltre alla concessione di agevolazioni essenzialmente di natura doganale, fiscale e contributiva (riguardanti ad esempio le imposte indirette e le imposte dirette, i tributi locali, i contributi previdenziali), sono previsti vantaggi finanziari e di tipo amministrativo per le imprese, con agevolazioni di carattere infrastrutturale, nonché benefici socio-economici per i lavoratori che operano al loro interno.

<sup>2</sup> Per un'analisi approfondita dell'argomento, si veda M. D'AMICO, *Le zone economiche speciali: una straordinaria opportunità per il rilancio dell'economia in Italia*, in questa *Rivista*, 2016, n. 4, p. 577; ID., *Le Zone Economiche Speciali. Una straordinaria opportunità per il rilancio dell'economia in Italia*, e-book, 2017, Editoriale Scientifica e Passerino Editore.

<sup>3</sup> Per una disamina dell'evoluzione storica delle "zone franche" nella dimensione europea e in quella italiana quali istituti del diritto doganale, si veda M. D'AMICO, *La disciplina delle zone franche - Parte Prima: La normativa comunitaria*, in questa *Rivista*, 2011, n. 3, p. 555 e ID., *La disciplina delle zone franche - Parte Seconda: La normativa italiana*, in questa *Rivista*, 2011, n. 4, p. 773.

Le ZES si caratterizzano, in particolare, per la maggiore capacità di catalizzare investimenti diretti esteri e per essersi rivelate un efficace strumento di accelerazione dello sviluppo economico offrendo anche una diretta connessione con i mercati esteri e le reti di produzione globale.

Inoltre le circa 5400 ZES attualmente operative a livello mondiale, sono soprattutto diventate nodi importanti che guidano ed indirizzano il commercio internazionale, riuscendo ad agevolare il trasferimento di tecnologia e di industria 4.0, e, nelle sue ultime evoluzioni, l'implementazione della tecnologia 5G, nonché fungendo da acceleratore di *start-up*.

Le ZES offrono una via immediata per l'assorbimento di *surplus* di domanda di lavoro, e quindi contribuiscono alla diminuzione del tasso di disoccupazione nonché al miglioramento, nel medio e lungo termine, del livello di qualificazione della forza lavoro locale.

Per quanto concerne gli esempi vincenti di zone economiche speciali, rilevano soprattutto le esperienze della Cina, degli Emirati Arabi Uniti, dell'India, della Russia, degli USA a livello mondiale, nel Bacino Mediterraneo soprattutto quelle del Marocco, ma anche di Egitto e Turchia.

Il panorama dell'Unione europea, oltre in passato ad esempi vincenti irlandesi (su tutti la *Shannon Free Zone*), offre il modello delle c.d. "tigri baltiche", e soprattutto quello della Polonia, ossia l'unico Paese europeo e dell'UE a non aver risentito della crisi recessiva iniziata nel 2009, ed anzi, uno dei più importanti Paesi al mondo come capacità attrattiva di investimenti esteri. Soprattutto tra il 2005 e il 2012 – grazie alle ZES – la Polonia è stata in grado di catalizzare circa 170 miliardi di euro di investimenti ponendo il Paese al 3° posto per attrattività dopo Cina e Usa.

Dalla prima ZES realizzata in Polonia nel 1995 alla fine del 2018 risultavano essere stati creati quasi 380.000 posti di lavoro. Alla fine del 2018, il valore totale degli investimenti catalizzati è stato di quasi 30 miliardi di euro.

Un esempio valga per tutte: la Zona Economica Speciale di Katowice. Essa annovera gli insediamenti di numerose società italiane, alcune delle quali anche molto famose, ed è stata considerata la migliore ZES europea negli anni 2015, 2016 e 2017 nonché al primo posto in Europa e la seconda migliore al mondo nel 2019. L'anno scorso ha attratto investimenti per un valore complessivo di 0,82 miliardi di euro. Attualmente operano al suo interno ben 400 aziende: finora sono stati investiti 8,46 miliardi di euro e sono stati creati circa 80.000 posti di lavoro.

Come contraltare, il regime normativo adottato in Italia in materia di Zone Economiche Speciali è inadeguato, frazionato com'è in diverse successive modifiche ed integrazioni, troppe in poco più di due anni (dal varo

del d.l. n. 91 del 20 giugno 2017 «Disposizioni urgenti per la crescita economica nel Mezzogiorno» convertito con modificazioni dalla legge 3 agosto 2017, n. 123) comprese quelle contenute nella Legge di Bilancio 2020<sup>4</sup>.

L'Italia è l'unico Paese al mondo che, nell'introdurre le Zone Economiche Speciali sul proprio territorio, anziché procedere all'emanazione di una legge organica dedicata alla regolamentazione in maniera compiuta di tali strumenti, ha adottato un approccio immotivatamente minimale, dedicando *ad hoc* soltanto due articoli come *corpus* fondamentale, inseriti in un più ampio testo normativo avente un oggetto diverso (la crescita economica del Sud Italia). Salvo poi essere state emanate norme successive, di rango secondario e di rango primario, ma queste ultime contenute in testi normativi "*omnibus*" o comunque di diversa finalità, nonché, per di più, non emanando disposizioni di dettaglio (inutilmente attese) esaustivamente chiarificatrici della reale portata di alcuni incentivi proclamati nella norma base (ad esempio, questo è il caso delle semplificazioni amministrative).

Il tutto ha prodotto uno stato di precarietà normativa "permanente", con conseguente generazione di una situazione di estrema confusione e incertezza operativa sia da parte degli enti territoriali tenuti all'iniziativa di richiesta di istituzione delle ZES e della redazione dei Piani di sviluppo strategico, sia da parte degli investitori, impossibilitati ad avere una chiara definizione *ex ante* dello scenario regolamentare ed operativo nel quale si accingono ad investire le proprie risorse economiche. Ciò è grave, perché talvolta anche soltanto l'esatta, chiara, compiuta e, soprattutto, stabile esposizione del novero dei diritti e dei doveri garantiti da una legge può fare la differenza nel rendere conveniente la realizzazione di un'attività di impresa e, quindi, nel fornire oggettivamente gli indicatori per una limpida prospettiva circa la redditività o meno di un investimento.

L'assoluta assenza di un concreto ed efficace programma di crescita del Paese, soprattutto da parte degli ultimi governi, è sancito anche dall'impetoso rapporto Eurostat sul divario fra i ricchi e i poveri pubblicato nello scorso mese di gennaio, che vede l'Italia ricoprire il poco invidiabile primato negativo tra i Paesi più popolosi dell'area Ue.

Pertanto l'evidente fallimento *start-up* delle ZES avvenuto finora in Italia è in gran parte riconducibile al modello delineato dal frammentato quadro normativo, dal quale è scaturito tutt'al più un simulacro di Zona Economica Speciale, che non corrisponde né per l'entità delle agevolazioni e dei benefici previsti, né per il quadro della *governance* prescelta, alle

<sup>4</sup> Legge 27 dicembre 2019, n. 160, Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022, in *Guri* n. 304 del 30 dicembre 2019.

ZES vere e proprie unanimemente riconosciute come vincenti a livello internazionale.

Il regime di *governance* scelto appare errato e incongruo nella sua strutturazione e funzionalità, tant'è che in base alla Legge di Bilancio 2020 sono stati previsti tanti commissari straordinari di governo quante sono le ZES. Essi presiedono i comitati d'indirizzo, peraltro discutibili sia nella composizione sia nel loro concepimento come organismo gestionale. Pertanto, nei fatti, si tratta di un ulteriore ampliamento e suddivisione della *governance*, vale a dire proprio ciò che nell'essenza finisce per "complicare ed appesantire" anziché "semplificare", l'attività di gestione delle ZES e le attività delle imprese che intendono investirvi.

Bisogna evidenziare che la maggior parte degli Stati che ha implementato con successo le ZES, ha istituito un'*authority* indipendente, per supportare le funzioni di governo sulle politiche inerenti al settore, che è spesso supervisionata da vertici governativi, come il presidente, il primo ministro o, in via residuale, un ministro prevalentemente dell'economia, del commercio o delle finanze.

Considerato che l'istituzione delle ZES in determinate parti del territorio nazionale corrisponde alla volontà di perseguire obiettivi di rilevante interesse economico e sociale per il Paese, proprio l'istituzione di una "*National SEZs Authority*" consentirebbe di assolvere all'esigenza di garantire uno sviluppo equilibrato di tali aree, esercitando funzioni di controllo sugli organismi incaricati della gestione ed amministrazione delle singole ZES, espletabili eventualmente anche attraverso uffici localmente decentrati.

Inoltre è innegabile che in presenza di rilevanti interessi economici nazionali, quali appunto sono quelli sollecitati dalle funzionalità delle ZES, intese come strumenti di accelerazione dello sviluppo economico per eccellenza, sarebbe estremamente opportuna la scelta di dotarsi di un'Autorità Amministrativa Indipendente, con personale avente qualificazioni altamente tecniche e una comprovata *expertise* nella materia delle ZES e in quelle collegate, in grado di tutelare i plurimi e variegati (dal punto di vista tipologico) interessi pubblici e della collettività coinvolti nello specifico settore. Ovviamente, tale *best practice* internazionale costituisce esattamente il contrario di ciò che prevede l'attuale quadro normativo italiano.

Quanto alle agevolazioni amministrative, il tema delle semplificazioni come è affrontato, le rende ben poca cosa, anzi si può dire che sono del tutto inconsistenti, anche considerando che l'Italia ha il ben poco invidiabile primato di avere, forse, il più burocratico apparato amministrativo del mondo, con un gravoso sistema legislativo e regolamentare, molto elefantico, confuso, frammentato e carente (si vedano gli ultimi rapporti inter-

nazionali) che non può che scoraggiare qualsiasi imprenditore, anche il più ostinato, desideroso di investirvi.

Di fronte alla sinora fallita operazione di *restyling* del Moloch burocratico della Pubblica amministrazione italiana in una direzione concretamente semplificativa, sembrano lontani anni luce gli esempi di *best practices* delle ZES di alcuni Paesi UE.

Come quelle della *Klaipeda Free Economic Zone* in Lituania, in cui l'attività produttiva può essere avviata in meno di tre mesi dalla presentazione della richiesta, all'interno di moduli organizzati in strutture produttive e amministrative, con infrastrutture e servizi compresi, quali acqua, elettricità, riscaldamento, gas, fognature, internet ad alta velocità, trasporto pubblico, parcheggio *in loco*. O come quelle della precitata ZES di Katowice in cui i tempi per iniziare l'attività produttiva dal momento della presentazione dell'istanza sono ancor più brevi, consistendo mediamente in circa un mese e mezzo. Per non dire degli esempi di estrema snellezza delle procedure attuate in ZES di Paesi extra-UE, rispetto all'ambito europeo molto diversi per contesti culturali e istituzionali, dove sono molto frequenti i casi in cui la durata delle procedure per la registrazione va da un giorno a circa tre ore.

A tutto questo si aggiungono altri due elementi problematici in Italia. Prima di tutto, l'assenza di una *vision* di medio e di lungo periodo che consenta di proiettare il sistema di incentivi contemplati in un lasso temporale adeguato, almeno, al recupero effettivo dell'investimento, ed inoltre il quadro degli incentivi previsti che, per di più, è assolutamente disancorato da una prospettiva che tenga conto dell'intero quadro finanziario pluriennale dell'UE 2021-2027 e degli atti normativi ad esso collegati.

Considerato che le ZES evocano di per sé – interpretando alla lettera la "specialità economica" che si intende attribuire ad un determinato territorio (in latino si direbbe efficacemente *in re ipsa sunt*) – concetti come la liberalità economica, l'innovazione, la *deregulation*, la semplificazione, ossia fattori che riconducono ad un ambiente concretamente *business-oriented*, allora il quadro normativo prescelto per tali strumenti nonché l'approccio adottato per regolamentare le condizioni per fare impresa, rappresentano l'esatta antitesi di ciò che sono, in senso lato, le «Zone Speciali».

Il mancato decollo delle ZES in Italia ad oltre due anni dal varo del quadro normativo di base, è plasticamente sintomatico di uno Stato "ingessato", privo di un piano di sviluppo economico e sociale a medio e a lungo termine, e, soprattutto, incapace di suscitare vitalità, nonché fiducia da parte di chi intende fare impresa, di chi desidera investire e quindi (traendo spunto dalla traduzione francese del termine imprenditore, «*entrepreneur*») di "intraprendere" nel territorio italiano. Non potrebbe essere

altrimenti, dato che chi vuole "intraprendere" in Italia, lo fa in un periodo storico in cui lo Stato stesso per diverse ragioni, è tutto fuorché "intraprendente", nel senso di essere capace di infondere sui mercati internazionali sensazioni di fiducia per la prontezza ed inventiva nell'aver una chiara e strutturata strategia di sviluppo economico, finalizzata a rendere conveniente dirigere capitali di investimento (nel caso di specie) nei territori eleggibili in base all'art. 4 del d.l. n. 91/2017 e successive modificazioni ed integrazioni.

La strategia di cui adesso il Paese ha bisogno per il suo rilancio e per essere veramente competitivo deve essere imperniata senz'altro sull'implementazione di tali eccezionali strumenti di accelerazione dello sviluppo economico, ma proiettando il discorso sul piano nazionale, come detto, attraverso un *single approach*.

L'istituzione per un periodo determinato di una *Zona Economica Speciale di "Salvaguardia" dell'intero patrimonio produttivo nazionale* che è ora in grave pericolo (anche in relazione a possibili rischi di speculazioni internazionali), sarebbe la soluzione in questo momento da preferire per fronteggiare uno scenario mai conosciuto prima dall'ultimo dopoguerra ad oggi.

Una riprova dell'attendibilità di tale approccio sta nel fatto che alcuni Stati, già dotati di ZES sul proprio territorio, per fronteggiare le conseguenze economiche del COVID-19 stanno estendendo il più possibile le superfici originarie assoggettate ai regimi favorevoli alle imprese.

Pertanto la ZES "di Salvaguardia" del patrimonio produttivo nazionale, in questa situazione emergenziale è lo strumento più idoneo per le esigenze di lavoratori, imprese e famiglie italiane, per le ragioni sinteticamente indicate di seguito.

1. *Avvalendosi delle agevolazioni previste secondo l'evoluzione funzionale delle best practices presenti nelle migliori ZES al mondo, è la strategia più efficace per l'insediamento di nuove imprese, l'attrazione di FDI e per la sopravvivenza nel lungo periodo delle imprese italiane già esistenti che supereranno questa crisi.*

In particolare, bisognerebbe rendere più incisivi i benefici fiscali previsti, introducendo un'effettiva defiscalizzazione, variamente regolata a seconda che si tratti di nuovi insediamenti o di imprese preesistenti, ed equamente rimodulata per i professionisti, la cui durata deve riguardare un periodo ragionevole a far ripartire il Sistema Paese. Il semplice impiego del credito d'imposta<sup>5</sup> è assolutamente risibile, se comparato con i benefici

<sup>5</sup> Cfr. l'art. 5, comma 2, del d.l. n. 91 del 20 giugno 2017, convertito con modificazioni, dalla l. n. 123 del 3 agosto 2017 e ss. mm. ii.



presenti in altri Paesi dotati di analoghi strumenti di accelerazione dello sviluppo economico.

Nella fattispecie, il riferimento non è certo ai Paesi extra-Ue, dove non vige il rigido limite della normativa dell'Unione europea sugli aiuti di Stato. Quando si pensa ad uno dei limiti del Sistema Paese che non riesce ad attirare grandi investimenti, si rifletta sul motivo per cui le multinazionali dovrebbero investire in Italia, quando nelle vere ZES ubicate ad esempio in Polonia le stesse godono all'atto dell'insediamento di un'effettiva esenzione dal pagamento di gravose imposte (ad esempio quella sul reddito delle società per determinati periodi di esercizio) e non devono assolvere subito, come avverrebbe se investissero in Italia, all'obbligo tributario, salvo poi attendere nel tempo la restituzione parziale dell'imposta versata.

A tale riguardo, merita di essere sottolineato che in tutta la letteratura economica dedicata a tale argomento, emerge che il Paese che ricorre alle ZES non deve successivamente rammaricarsene per il conseguente minor gettito fiscale complessivamente prodotto inizialmente, in quanto, come "contropartita", il superiore vantaggio reale di cui tale Paese beneficia, scaturisce dalle altre maggiori entrate determinate dai nuovi insediamenti produttivi e dall'aumento complessivo dei consumi generati.

Inoltre è indifferibile la svolta epocale di una modifica strutturale dell'ambiente amministrativo italiano in cui si muove sempre più con difficoltà l'imprenditoria italiana ed estera nonché l'intero *cluster* logistico (che con 85 miliardi di fatturato prodotto nel 2019, contribuisce per circa il 9% al PIL nazionale), da decenni bloccati in un autentico girone infernale di "pedantocrazia" come è definita la burocrazia italiana.

Infatti l'asfissiante *mix* di formalismo e di inefficienza della "burocrazia meccanica" italiana, (la cui evidente censura è ormai, come descritto precedentemente, una presenza costante nei rapporti negativi sulle *performances* in materia di sviluppo) rendono molto difficile fare impresa.

Qualcuno affermava che «La burocrazia è lo Stato immaginario accanto allo Stato reale (...)» ed appunto le imprese italiane, ora hanno bisogno di interlocuzioni con lo Stato-Apparato improntate esclusivamente su concretezza, rapidità ed essenzialità operativa, e soprattutto su quel buon senso istituzionale che sembra ormai sparito. In buona sostanza il "modello Genova", raro caso di celerità amministrativa italiana, dovrebbe diventare la regola.

2. *Consente di migliorare la competitività del "Made in Italy" sui mercati internazionali.*

3. *Garantisce dai rischi di probabili interventi speculativi a livello mondiale contro l'economia nazionale.*

4. *Costituisce un eccezionale ambito di incubazione istituzionale business-oriented.* Anzitutto tale strumento, secondo una nuova evoluzione funzionale, costituirebbe un laboratorio sperimentale di scelte strategiche e politiche innovative, oltre che di eminenti strumenti di accelerazione dello sviluppo economico.

5. *Rappresenta un'occasione unica per riposizionare il nostro cluster logistico-infrastrutturale nelle rinnovate dinamiche delle Global Value Chains* che a livello internazionale già si stanno modificando, come effetto "rebound" all'interruzione involontaria che si è prodotta sulle *supply chains* globali di numerose categorie merceologiche.

6. Dal punto di vista dell'introduzione di benefici di carattere fiscale *esistono le condizioni tecnico-giuridiche nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea per la realizzazione del modello di ZES descritta*, proprio perché "di Salvaguardia" di un Paese colpito da un evento di rilevante gravità. Rilevano ad esempio le disposizioni (ma non sono gli unici fondamenti giuridici di tale assunto) di cui all'art. 107, par. 2, lett. b. e in via residuale, par. 3, lett. b., del TFUE.

7. Di fronte all'oggettiva emersione dei limiti e delle inefficienze dell'attuale sistema economico, *consente l'opportunità di rimodulazioni finalizzate a favorire dinamiche di crescita che mettano il più possibile al centro l'uomo.*

Inoltre potrebbe fungere da contenitore di un programma strategico per la realizzazione nel nostro Paese della c.d. «*Orange Economy*», per garantire la crescita sostenibile attraverso l'innovazione, la creatività, la cultura, e quindi, uno sviluppo che, dopo gli ultimi oltre duecento anni in cui ancora è essenzialmente impostato sui rigidi criteri del razionalismo illuministico, dia finalmente spazio a criteri che favoriscano il conseguimento di obiettivi fatti propri nell'Agenda dello sviluppo sostenibile 2030.

In chiave europea, seconda un'ottica ben più aderente alla gravità ed eccezionalità dell'evento in corso di quanto possa essere rappresentato dalle soluzioni prospettate finora a Bruxelles, in aggiunta alla ZES "di Salvaguardia" si potrebbe aggiungere la creazione:

- di un Fondo UE di emergenza eccezionale *ad hoc* per l'Italia, come è stato fatto alla fine degli anni Ottanta per la Repubblica federale tedesca e per la ex DDR per l'eccezionale evento della riunificazione della Germania (che, peraltro si può ancora giovare anacronisticamente, delle agevolazioni previste in materia di aiuti di Stato nell'art. 107, par. 2, lett. c., del TFUE in quanto, pur essendo decorsi più di cinque anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il Consiglio UE ancora non ha adottato una decisione che abroghi tale disposizione);

- di un Fondo aggiuntivo UE per tutti i Paesi Euro-mediterranei (fra cui l'Italia evidentemente è il perno geopolitico) che, unitamente al blocco

dei "Paesi Visegrad", e a Bulgaria, Romania e Grecia, saranno economicamente ancor più esposti dopo l'emergenza COVID-19 alla forza impattante della *Belt and Road Initiative*, foraggiata dagli ingenti fondi dell'*Asian Investment Bank for Infrastructure (AIIB)*, che il Governo di Pechino sicuramente intensificherà con l'obiettivo di approfittare delle attuali scarse coesioni presenti nell'Unione europea per aumentare la sua influenza nel Mediterraneo.

Il comportamento dilatorio e la sostanziale scarsa solidarietà degli Stati settentrionali dell'Unione europea circa l'adozione di misure coese di aiuto al nostro Paese, richiedono una reazione ferma e coraggiosa.

Forse è arrivato il momento di rivitalizzare il concetto di Integrazione Euro-mediterranea che, rispetto ad un'idea di "Casa Comune Europea" *tout court*, ormai troppo sbilanciata verso i *diktat* degli Stati dell'Europa del nord (in particolare quelli della cd. Nuova Lega Anseatica), può senz'altro garantire maggiori comunanze culturali e storiche, nonché quell'identità di problemi socio-economici che, proprio nella comune difficoltà, potrebbe offrire all'Italia la fratellanza di Stati maggiore di quanto finora essa abbia avuto.

Per questo motivo il ricorso ad un strategia endogena di accelerazione dello sviluppo economico nazionale imperniata sulla Zona Economica Speciale di Salvaguardia, proprio sfruttando la maggiore presenza di varie formulazioni di ZES nell'area Euro-mediterranea, potrebbe anche facilitare dinamiche di crescita e di relazioni internazionali, aderendo a *trend* evolutivi geopolitici che privilegiano l'ottica della macroarea euro-mediterranea, in cui l'Italia, potrebbe svolgere un ruolo di assoluta centralità.

«Oggi è il momento in cui bisogna saper gettare via vecchi fardelli divenuti ingombranti, tenersi pronti al nuovo che sopraggiunge così diverso da tutto quello che si era immaginato, scartare gli inetti fra i vecchi e suscitare nuove energie tra i giovani. Oggi si cercano e si incontrano, cominciando a tessere la trama del futuro, coloro che hanno scorto i motivi dell'attuale crisi della civiltà europea, e che perciò raccolgono l'eredità di tutti i movimenti di elevazione dell'umanità, naufragati per incomprendimento del fine da raggiungere o dei mezzi come raggiungerlo. La via da percorrere non è facile né sicura, ma deve essere percorsa e lo sarà».

Sono ancora tanto attuali queste parole tratte dal Manifesto di Ventotene, nonostante siano state scritte ben 79 anni fa.

Di fronte allo smarrimento dell'essenza più profonda dell'autentico spirito europeista, è giunto il momento di riprendere le fila di un discorso che appare socialmente ed economicamente pieno di speranza, ma che ha bisogno, appunto di rinnovarsi sapendo «gettare via vecchi fardelli divenuti ingombranti», tenendosi «pronti al nuovo che sopraggiunge così diverso

da tutto quello che si era immaginato», scartando «gli inetti fra i vecchi» e suscitando «nuove energie tra i giovani».

Allora perché non realizzare il *New Deal* europeo, partendo da un "Nuovo Rinascimento italiano", ossia di un Paese strategico soprattutto nello scacchiere euro-mediterraneo, e crocevia per un dialogo concretamente più costruttivo tra le due sponde del Mediterraneo?

Il governo e i politici in generale non sembrano più in grado di elaborare un sistematico progetto di crescita con una visione di medio e di lungo periodo, che preveda strumenti strategici di sviluppo originali, innovativi e, soprattutto idonei ad incidere concretamente sul tessuto sociale ed economico degli italiani.

Sarebbe veramente necessario uno straordinario "Nuovo Rinascimento", capace di dare una svolta positiva ad un Paese fermo e privo di vitalità innovativa, che a volte, sembra quasi rassegnato a "galleggiare" nella mediocrità che lo contraddistingue, come si è precedentemente argomentato, per decrescita, inefficienza amministrativa e governativa, cieca ed asfissiante burocrazia, corruzione, deficienze e ritardi infrastrutturali, insicurezza, assenza di principi meritocratici, scarsi livelli di innovazione e di creatività.

L'Italia è certamente un Paese straordinario nelle emergenze. Ma è arrivato il momento di rendere l'Italia un Paese straordinario nel quotidiano.

Questa è la sfida da vincere e il modello di Zona Economica Speciale valevole per l'intero territorio produttivo nazionale, strutturata con la poliedricità funzionale che si è descritta può costituire lo strumento strategicamente centrale per conseguire questo obiettivo.

**Maurizio D'Amico\***

#### SINTESI

A causa dell'emergenza del COVID-19, si prospetta per l'Italia uno scenario economico di medio/lungo periodo tipico di una situazione *post*-bellica, alla cui eccezionalità bisogna rispondere con misure economiche eccezionali. Certamente è necessario un aumento del flusso di liquidità per il sistema produttivo. Ma ciò potrebbe non bastare. Se l'iniezione di liquidità verrà alimentata esclusivamente da finanziamenti "a debito", di fonte nazionale od UE, sarà un beneficio del tutto evanescente. Pertanto tale strategia potrebbe non essere sufficiente poiché per compensare l'ovvio conseguente aumento del debito pubblico, si avranno ulteriori

\* Avvocato; Membro dell'Executive Board di FEMOZA - Federazione Mondiale delle Zone Franche e delle Zone Economiche Speciali

successivi aggravii su famiglie e imprese. L'istituzione per un periodo determinato di una *Zona Economica Speciale di "Salvaguardia" dell'intero patrimonio produttivo nazionale*, che è ora in grave pericolo, sarebbe la soluzione da preferire per fronteggiare un panorama mai conosciuto prima dall'ultimo dopoguerra ad oggi. Inoltre il ricorso ad un strategia endogena di accelerazione dello sviluppo economico nazionale imperniata sulla ZES di Salvaguardia, sfruttando la maggiore presenza di varie formulazioni di ZES nell'area Euro-mediterranea, potrebbe anche facilitare dinamiche di crescita e di relazioni internazionali, in scenari evolutivi geopolitici che privilegiano l'ottica della macroarea Euro-mediterranea, in cui l'Italia potrebbe svolgere un ruolo di assoluta centralità. Allora un *New Deal* europeo, potrebbe partire da un "Nuovo Rinascimento dell'Italia", che è un Paese strategico soprattutto nello scacchiere euro-mediterraneo. L'Italia è certamente straordinaria nelle emergenze: ora è arrivato il momento di renderla un Paese straordinario nella quotidianità. Il modello di ZES proposto dall'Autore può costituire lo strumento strategicamente centrale per conseguire questo obiettivo.

#### ABSTRACT

*Because of the emergency of COVID-19, a medium / long-term economic scenario typical of a post-war situation is expected for Italy, to the exceptionality of which it's necessary to respond with exceptional economic measures. Certainly an increase in the flow of liquidity for the production system is necessary. But this may not be enough. If the injection of liquidity will be fueled exclusively with financing in the form of debt, towards the state or the EU, it will be a completely evanescent benefit. Therefore this strategy may not be sufficient since to compensate for the obvious consequent increase in public debt, there will be further subsequent burdens on households and businesses. The establishment for a specified period of a Special Economic Zone "of Safeguard" of the whole national productive heritage, which is now in grave danger, would be the preferred solution to face a panorama never known before since the last post-war period to today. Furthermore the use of an endogenous strategy of acceleration of national economic development based on the SEZ "of Safeguard", exploiting the greater presence of various SEZs formulations in the Euro - Mediterranean area, could also to ease growth dynamics and international relations, in geopolitical evolutionary scenarios that they promote the perspective of the Euro - Mediterranean macro area, in which Italy could play a role of absolute centrality. Then a European New Deal could start from a "New Renaissance of Italy", which is a strategic country especially in the Euro - Mediterranean chessboard. Italy is certainly extraordinary in emergencies: now the time has come to make it an extraordinary country in everyday life. The model of SEZ proposed by the Author can be the strategically central tool to achieve this goal.*



## **FORZA MAGGIORE ED ECCESSIVA ONEROSITÀ SOPRAVVENUTA NEL DIRITTO FRANCESE, ITALIANO E TEDESCO**

**Sommario:** *Premessa - I. Diritto francese - 1. Quali sono gli effetti sul contratto? - 2. Eccessiva onerosità sopravvenuta - 3. Libertà contrattuale - 4. Clausole penali e clausole risolutive espresse - 5. Buona fede contrattuale - II. Diritto italiano - 1. Il decreto «Cura Italia» e la forza maggiore - 2. Buona fede contrattuale - 3. Causa del contratto - III. Diritto tedesco - 1. Forza maggiore - 2. Impossibilità oggettiva o economica - 3. Circostanze imprevedibili - IV. Conclusioni.*

### **Premessa**

Quali soluzioni giuridiche sono a disposizione della parte contraente che non può adempiere ai suoi obblighi contrattuali o che può adempiere ai suoi obblighi solo in ritardo o con notevoli conseguenze finanziarie a causa della crisi sanitaria in corso?

Cosa può pretendere l'altro contraente in un simile contesto? Quale atteggiamento deve essere adottato in questi casi?

Le discussioni possibili tra le parti si concentrano in questo momento, in maniera particolare, sull'opportunità di invocare o meno un caso di forza maggiore.

Al di là della questione della forza maggiore, le aziende sono spesso tentate anche dalla possibilità di invocare l'eccessiva onerosità sopravvenuta, in modo da poter rinegoziare l'accordo contrattuale.

Qual è il contesto giuridico che regola queste due eccezioni contrattuali in Francia, in Italia ed in Germania? Quali sono le specificità di questi Paesi?

In questo articolo cercheremo di esporre i principi che regolano la materia nei tre Paesi europei che sono i principali *partner* commerciali a livello europeo.

## I. Diritto francese

Il caso di forza maggiore è definito dall'art. 1218 del Codice civile: «Si ha forza maggiore in materia contrattuale quando un evento al di fuori del controllo del debitore, che non poteva ragionevolmente essere previsto al momento della conclusione del contratto e i cui effetti non possono essere evitati con misure adeguate, impedisce al debitore di adempiere alla sua obbligazione».

Le condizioni di forza maggiore sono quindi l'esistenza di un evento

- a. al di fuori del controllo del debitore (esteriorità);
- b. che non poteva essere ragionevolmente previsto al momento della conclusione del contratto (imprevedibilità);
- c. e i cui effetti non possono essere evitati con misure adeguate (irresistibilità).

*La mera esistenza di un'epidemia come quella del Coronavirus non è di per sé sufficiente a costituire un caso di forza maggiore.*

La parte che invoca la forza maggiore dovrà quindi dimostrare che la situazione che si trova ad affrontare costituisce effettivamente un caso di forza maggiore.

In pratica, i tribunali francesi valutano, in base alle proprie circostanze, se le tre condizioni previste dall'art. 1218 del Codice civile sono soddisfatte.

L'imprevedibilità dell'epidemia di Coronavirus sarà senza dubbio valutata in base alla data di conclusione del contratto. Potrebbe essere più difficile da accettare quando i primi casi si sono verificati in Europa, e più specificamente in Francia, e probabilmente darà luogo a discussioni.

Per quanto riguarda l'irresistibilità, dovrà essere dimostrato che non esistono soluzioni alternative, che non si è in grado di attuare misure adeguate che consentano di adempiere agli obblighi contrattuali.

### 1. Quali sono gli effetti sul contratto?

Se l'evento è analizzato come caso di forza maggiore, due situazioni sono previste dall'art. 1218, comma 2, del Codice civile a seconda che l'impedimento sia temporaneo o permanente:

a. se l'impedimento è temporaneo, l'adempimento dell'obbligazione è *sospeso*, a meno che il ritardo che ne deriva non giustifichi la risoluzione del contratto;

b. se l'impedimento è permanente, il contratto viene *risolto* per effetto di legge e le parti sono liberate dai loro obblighi.



## 2. *Eccessiva onerosità sopravvenuta*

Se la presenza di un caso di forza maggiore appare discutibile, le parti possono tentare di invocare l'eccessiva onerosità sopravvenuta a causa di circostanze impreviste.

L'art. 1195 del Codice civile, che la disciplina, prevede quanto segue: «Se un cambiamento di circostanze imprevedibile al momento della conclusione del contratto rende l'adempimento eccessivamente oneroso per una parte che non aveva accettato di assumersi il rischio, tale parte può chiedere la rinegoziazione del contratto all'altra parte. Essa continua ad adempiere ai suoi obblighi durante la rinegoziazione. Se la rinegoziazione viene rifiutata o non riesce, le parti possono concordare di risolvere il contratto, alla data e alle condizioni da esse stabilite, oppure possono chiedere al tribunale di adattarlo di comune accordo. Se non viene raggiunto un accordo entro un termine ragionevole, il tribunale può, su richiesta di una delle parti, rivedere o risolvere il contratto, alla data e alle condizioni da esso stabilite».

Contrariamente alla forza maggiore, l'eccessiva onerosità sopravvenuta non consente a una parte di sospendere i propri obblighi, ma di richiedere una *rinegoziazione* del contratto. Se tale richiesta fallisce, le parti possono chiedere al giudice di adattare, rivedere o risolvere il contratto.

La parte che subisce le conseguenze dell'epidemia dovrà sostenere che tali circostanze non erano prevedibili al momento della stipula del contratto, ma soprattutto che l'esecuzione dell'obbligazione è diventata molto difficile.

## 3. *Libertà contrattuale*

Secondo il diritto francese le parti sono libere di definire nel contratto la nozione di forza maggiore specificando ciò che è o non è considerato un caso di forza maggiore dalle parti (in particolare un'epidemia). Le parti in particolare possono prevedere nel contratto gli effetti e le conseguenze del verificarsi di un caso di forza maggiore sull'esecuzione del contratto (obbligo di informazione; eventuali adeguamenti; termine prima dell'eventuale risoluzione del contratto, ecc.)

Le parti possono allo stesso modo escludere dal contratto l'applicazione dell'art. 1195 del Codice civile sopra citato.

## 4. *Clausole penali e clausole risolutive espresse*

Con l'Ordinanza del 25 marzo 2020 n. 2020-306 il Governo ha precisato in particolare che le penalità, le clausole penali, le clausole risolutive

e le clausole che prevedono la decadenza, quando hanno lo scopo di sanzionare l'inadempimento di un obbligo entro un determinato termine, si considerano non entrate in vigore o entrate in vigore, se tale termine scade entro un mese dalla data di cessazione dello stato di emergenza sanitaria fissata al 24 maggio 2020, cioè se il termine scade prima del 24 giugno 2020.

#### 5. *Buona fede contrattuale*

Durante le discussioni e gli scambi sulle conseguenze dell'epidemia di Coronavirus, le parti devono in ogni caso tenere presente il necessario rispetto dell'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto, al quale le parti non possono derogare (art. 1104 del Codice civile).

## II. Diritto italiano

### 1. *Il decreto «Cura Italia» e la forza maggiore*

Il Decreto «Cura Italia» (d.l. n. 18 del 17 marzo 2020, in *Guri* n. 70 del 17 marzo 2020), all'art. 91, comma 1, prevede: «il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti».

Il legislatore introduce una «particolare causa di forza maggiore», che non era prevedibile dal debitore e che lo giustifica, astrattamente, dall'inerzia e dal ritardo nell'adempimento, fungendo da evento sospensivo – o, se protratto nel tempo e stabilizzatosi, persino estintivo – delle obbligazioni gravanti sul debitore medesimo.

"Astrattamente" non vuol dire che il debitore sarà "liberato" dalle obbligazioni su di esso gravanti per aver semplicemente invocato l'art. 91 del succitato decreto: il debitore che volesse invocarne l'applicazione per andare esente da responsabilità dovrà dimostrare di aver fatto tutto quanto in suo possesso, con il grado di diligenza preteso dall'art. 1176 c.c., per evitare gli effetti dannosi che sarebbero potuti derivare al creditore dalla mancata attuazione del contratto.

### 2. *Buona fede contrattuale*

L'ordinamento italiano è basato sia sul rispetto dei principi di correttezza e di buona fede – durante le trattative così come nel momento del-

l'esecuzione del contratto (art. 1176 c.c.) – sia sull'osservanza dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale (art. 2 della Costituzione). Ed è proprio alla luce di tali principi, oltre che della normativa di nuovo conio, che bisognerà valutare la sussistenza o, comunque, il grado di responsabilità del debitore che risulti inadempiente.

### 3. *Causa del contratto*

La Cassazione ha statuito che «la causa in concreto – intesa quale scopo pratico del contratto, in quanto sintesi degli interessi che il singolo negozio è concretamente diretto a realizzare, al di là del modello negoziale utilizzato – conferisce rilevanza ai motivi, sempre che questi abbiano assunto un valore determinante nell'economia del negozio, assurgendo a presupposti causali, e siano comuni alle parti o, se riferibili ad una sola di esse, siano comunque conoscibili dall'altra» (Cass. civ., sez. I, 16 maggio 2017, n. 12069).

La valutazione in merito alla presenza o meno di una qualche responsabilità in capo al debitore dovrà tenere in conto anche la causa che le parti avevano inteso perseguire concretamente con quel dato contratto, avendo riguardo ai motivi che le hanno spinte alla conclusione con riferimento al valore – determinante o meno – che questi hanno assunto per ciascuna di esse.

Ne consegue che il debitore potrà andare esente o vedere, comunque, attenuata la propria responsabilità solo all'esito del contemperamento di tutti i principi e gli interessi in gioco, poiché la situazione di emergenza non gli attribuisce in automatico una sorta di canale preferenziale astrattamente idoneo per liberarsi dagli impegni contrattualmente assunti.

## **III. Diritto tedesco**

### 1. *Forza maggiore*

Il diritto tedesco non contiene disposizioni di legge specifiche in materia di forza maggiore.

In caso di crisi eccezionale dovuta all'epidemia di Coronavirus, possono essere invocate le seguenti disposizioni del Codice civile tedesco (BGB - Bürgerliches Gesetzbuch).

L'art. 275 del BGB (norme sull'impossibilità di esecuzione: «Unmöglichkeit») prevede che: «Il diritto all'adempimento dell'obbligazione è escluso se l'adempimento è impossibile per il debitore o per qualsiasi altra persona.

Il debitore può rifiutare di adempiere la sua obbligazione se questa richiede spese che, tenuto conto del rapporto di obbligazione e del principio

di buona fede, sono grandemente sproporzionate rispetto all'interesse del creditore all'adempimento. Nel determinare lo sforzo richiesto al debitore si deve tener conto se l'impedimento possa essergli imputabile.

Il debitore può inoltre rifiutare l'adempimento se deve eseguire l'obbligazione personalmente e, tenuto conto dell'impedimento e dell'interesse del creditore all'adempimento, non può essergli richiesto».

## 2. *Impossibilità oggettiva o economica*

L'art. 275 del BGB esonera quindi una parte del contratto dall'adempimento dei suoi obblighi in caso di impossibilità oggettiva (par. 1) o economica (par. 2).

Per quanto riguarda l'impossibilità oggettiva, si distingue tra impossibilità di fatto (ad esempio perdita della cosa dovuta) e impossibilità legale (ad esempio derivante da un testo adottato a seguito dell'epidemia di Coronavirus).

Naturalmente anche la controparte contrattuale non sarà obbligata ad eseguire il corrispettivo pattuito (cfr. art. 326, comma 1, BGB).

La parte che non è in grado di adempiere è responsabile per il danno se questo è dovuto ad una sua colpa. La colpa presuppone dolo o negligenza da parte della parte inadempiente ai sensi dell'art. 276 BGB.

Tuttavia, tale colpa non sussiste se l'inadempimento di una delle parti è dovuta ad un evento di forza maggiore. L'epidemia di Coronavirus può essere considerata un evento di questo tipo. In passato, ad esempio, l'epidemia di SARS è stata descritta da vari tribunali tedeschi come un evento di «forza maggiore».

## 3. *Circostanze imprevedibili*

Anche se l'esecuzione del contratto è ancora possibile, le circostanze che ne costituiscono la base possono essere modificate in modo grave e imprevedibile dopo la conclusione del contratto medesimo in modo tale che il suo rispetto non possa più essere richiesto ad una o ad entrambe le parti.

In tal caso, l'art. 313 del BGB conferisce in particolare, come nel diritto francese, il diritto di adattare il contratto in caso di circostanze imprevedibili: «Qualora le circostanze che hanno costituito la base del contratto siano seriamente mutate dopo la conclusione del contratto, cosicché le parti non avrebbero concluso il contratto o almeno non lo avrebbero concluso alle stesse condizioni, può essere richiesto un adattamento nella misura in cui l'esecuzione del contratto originario non possa essere richiesta ad una

delle parti, tenuto conto di tutte le circostanze del caso ed in particolare della distribuzione contrattuale o legale dei rischi.

Un cambiamento di circostanze è considerato tale se i concetti essenziali delle parti che erano alla base del contratto si rivelano erronei.

Se l'adattamento del contratto è impossibile o non può essere richiesto ad una delle parti, la parte svantaggiata può dichiarare il contratto annullato. La rescissione è sostituita dalla risoluzione in caso di contratto a tempo indeterminato».

Di volta in volta, l'insorgenza del Covid 19 può essere considerata come un cambiamento grave e imprevedibile delle circostanze. In tal caso, l'art. 313 del Codice civile tedesco consente ad entrambe le parti di richiedere un adeguamento del loro contratto. Solo se l'adeguamento contrattuale non è possibile o non può essere richiesto ad una delle parti, la parte svantaggiata può, a seconda dei casi, rescindere o risolvere il contratto.

#### **IV. Conclusioni**

L'analisi degli ordinamenti giuridici dei tre Paesi europei che hanno i maggiori scambi commerciali in Europa dimostra un'uniformità nella tutela del contraente che si trova di fronte ad un'impossibilità oggettiva di adempiere o che vede l'esecuzione della sua obbligazione fortemente modificata in un senso svantaggioso, a causa della crisi sanitaria in corso.

Ciò comporta, quindi, una conformità nei principi normativi applicabili ai rapporti commerciali.

Chiudiamo questa breve analisi con l'esame del caso di un contratto soggetto alle disposizioni della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci, che si applica salvo che sia stata contrattualmente esclusa tra le parti.

In tale fattispecie, le parti potranno, nella situazione attuale, fare riferimento alle disposizioni dell'art. 79, par. 1, della suddetta Convenzione, che prevede: «Una parte non è responsabile dell'inadempimento di uno qualsiasi dei suoi obblighi se prova che tale inadempimento è dovuta ad un impedimento indipendente dalla sua volontà e che non ci si poteva ragionevolmente attendere che essa lo prendesse in considerazione al momento della conclusione del contratto, che lo prevedesse o lo superasse, o che ne prevedesse o ne superasse le conseguenze».

L'art. 79, par. 4, della Convenzione aggiunge inoltre: «La parte che non dà esecuzione al contratto, deve avvisare l'altra parte dell'impedimento e delle sue conseguenze sulla sua capacità di esecuzione. Se l'avviso

non giunge a destinazione in un termine ragionevole a partire dal momento in cui la parte che non ha dato esecuzione era a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza dell'impedimento, quest'ultima è tenuta a dare danni-interessi a causa della mancata ricezione».

In ogni caso, occorre ricordare che la libertà contrattuale resta un principio fondamentale nella materia e che le parti contraenti dovranno esaminare il contratto che li lega e le clausole contrattuali, prima di verificare le previsioni della legge applicabile al contratto.

**Aurora Visentin\***

#### SINTESI

L'attuale crisi sanitaria legata all'epidemia di Coronavirus e le misure di contenimento applicabili in molti Paesi europei crea delle grandi difficoltà nell'esecuzione dei contratti commerciali.

Questo articolo vuole fornire una rapida visione incrociata tra le disposizioni normative applicabili in Italia, Francia e Germania per contenere e regolare l'impatto dell'epidemia di Coronavirus sull'esecuzione dei contratti commerciali nazionali e internazionali.

#### ABSTRACT

*The current health crisis linked to the Coronavirus epidemic and the containment measures applicable in many European countries creates great difficulties in the execution of commercial contracts.*

*This article aims to provide a quick cross-reference between the regulatory provisions applicable in Italy, France and Germany to contain and regulate the impact of the Coronavirus outbreak on the execution of national and international commercial contracts.*

\* Avvocato / Foro di Milano e Foro di Parigi

## **COME PREVENIRE IL VERIFICARSI DI UNA NUOVA PANDEMIA**

Vorrei permettermi di offrire un suggerimento, riguardante gli aspetti sanitari, che va direttamente alla radice del problema.

Gli sforzi immani che il mondo intero ha finora profuso, e dovrà ancora approfondire, sono necessari per far fronte alle conseguenze di una causa che poteva essere prevenuta ed evitata.

La causa risiede nel commercio di particolari animali selvatici in condizioni tali da consentire la trasmissione di virus patogeni dagli animali all'uomo.

Due celebri scienziati di indiscussa competenza (*Jared Diamond e Nathan Wolfe*) hanno confermato che i "laboratori" delle fonti patogene sono stati i mercati cinesi dove i predetti animali selvatici venivano commerciati (pipistrelli, pangolini etc.) per essere destinati ad uso alimentare.

Gli stessi scienziati hanno riconosciuto che i mercati nei quali tale commercio si verificava sono stati alla fine chiusi dalle Autorità cinesi.

In una comunicazione diffusa nel marzo 2020 gli scienziati hanno però segnalato (cfr. *La Repubblica*, 21 marzo 2020) che gli animali selvatici suscettibili di divenire l'origine di una fonte patogena analoga a quella contro la quale il mondo sta ora combattendo, vengono ancora commerciati in Cina non più per essere destinati ad uso alimentare, bensì per essere trasformati in prodotti cosmetici e prodotti farmaceutici.

Le conseguenze, secondo gli scienziati, possono essere ugualmente terrificanti.

Il suggerimento è quindi questo.

A Parigi, dal 1924, esiste l'OIE, un'organizzazione internazionale che comprende 160 Stati di tutto il mondo. OIE significa Organizzazione Internazionale delle Epizootie-malattie animali ed ha la funzione di studiare ed effettuare ricerche sulle malattie infettive degli animali incluse quelle trasmissibili all'uomo.

Attualmente l'OIE dispone di una immensa documentazione scientifica e di enormi conoscenze, ma, come Organizzazione internazionale non ha poteri cogenti che possano essere esercitati nei confronti degli Stati sovrani.

Tra i Paesi che fanno parte dell'OIE vi sono tutti i Paesi membri dell'Unione europea.

Ecco la proposta. L'Unione europea dovrebbe prendere posizione in modo ufficiale ed unanime per far sì che i 160 Stati (compresa la Cina) sopprimano in tempi brevissimi all'interno dei loro territori ogni tipo di commercio di animali che possano essere all'origine dei problemi in precedenza descritti.

Tra i rappresentanti italiani in posizione apicale presso l'OIE di Parigi, c'è il Professor *Romano Marabelli* che è stato prima Direttore generale, in seguito Capo del dipartimento della salute pubblica e infine Segretario generale del Ministero della salute italiano, al quale il Governo italiano potrebbe affidare l'incarico di avviare quanto prima l'iniziativa appena segnalata.

Se l'obiettivo venisse conseguito potremmo sperare di aggiungere un ulteriore elemento a difesa della salute umana.

**Fausto Capelli**



**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 CAIOLA, *Capo Unità al Servizio Giuridico / Parlamento europeo*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista (www.capellilex.it)*

MAURIZIO D'AMICO, *Avvocato; Membro dell'Executive Board di FEMOZA - Federazione Mondiale delle Zone Franche e delle Zone Economiche Speciali*

FEDERICO FORNI, *Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Bologna; Giurista / Commissione europea, Bruxelles*

FRANCESCA PERRINI, *Ricercatrice di Diritto internazionale / Università di Messina*

ANNA PITRONE, *Professore Associato di Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Messina*

GIAN FRANCO SIMONINI, *Docente a contratto / Università di Modena e Reggio Emilia*

ILARIA STICCHI, *Avvocato tributarista - Bruxelles*

MARIA TERESA STILE, *Ricercatore in Istituzioni di diritto pubblico; docente di Diritto dell'Unione europea / Università Telematica Pegaso*

ENRICO TRAVERSA, *Già Consigliere giuridico principale/Direttore della Sezione Giustizia e affari interni del Servizio giuridico della Commissione europea; Professore a contratto di Diritto dell'Unione europea nel Dipartimento di Scienze politiche e Relazioni internazionali / Università di Bologna*

AURORA VISENTIN, *Avvocato / Foro di Milano e Foro di Parigi*

