

DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

Anno LVI – n. 1-2 – *Gennaio-Giugno 2017*

Nuova serie de “Il diritto negli scambi internazionali”

Indice – Sommario

ARTICOLI

- Fausto Capelli* - Cultura dell'etica e della legalità in un mondo dominato dalla politica e dall'economia (*Come tutelare gli interessi della generalità dei cittadini e provvedere alla difesa dei beni comuni*) - PARTE PRIMA - Etica e legalità in politica e in economia: definizioni ed evoluzione storica Pag. 1
(*Culture of Ethics and Legality in a World Dominated by Politics and Economics* (How to Safeguard the Interests of the Citizens and Provide for the Defense of Common Goods) - PART ONE - *Ethics and Legality in Politics and Economics: Definitions and Historical Evolution*)
- Valentina Petralia* - La PESC e i suoi confini materiali. Il contributo delle istituzioni "minori" alla loro delimitazione » 19
(*The Material Boundaries of the EU CFSP. The Contribution of the "Minor" Institutions to Their Delimitation*)

COMMENTI

- Michela Capozzolo* - La contumacia quale *ficta confessio* ai fini della nozione di credito «non contestato» » 61
(*The Default as ficta confessio Respect to the Concept of «Uncontested Claim»*)

Federico Forni - Medicinale galenico e pubblicità: questo matrimonio non s'ha da fare? Pag. 83
(*Galenic Formulation and Advertising: Is this Marriage not to Be Performed?*)

Antonio Oddo - Il Consiglio di Stato nel dare attuazione ad una decisione della Corte di giustizia condanna la pubblica amministrazione al risarcimento dei danni per violazione della direttiva n. 98/34/Ce in materia di ostacoli tecnici al commercio » 141
(*The Italian State Council Implementing a Decision of the Court of Justice has Condemned the Public Administration to Restore Damages for Breach of Directive no. 98/34/Ec Concerning Technical Obstacles on Trade*)

Federico Ferri - Il marchio dell'Unione europea tra legislazione e giurisprudenza: la recente evoluzione del diritto dei marchi Ue » 167
(*The European Union Trade Mark within Legislation and Case Law: the Recent Evolution of the Law Relating to EU Trade Marks*)

Gian Franco Simonini - Il problema della distrazione del conducente di una vettura indotta dall'utilizzo dei sistemi informatici di bordo (*Why is technology an issue?*) » 213
(*The Problem of Driver Distraction Induced by the Use of In-Vehicle Computer Systems - Why is Technology an Issue?*)

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

Marco Vitale - Amore e coraggio. Riflessioni sull'enciclica «*Laudato si'*» » 253
(*Love and courage. Reflections on Encyclical «Laudato si'»*)

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

Libera circolazione delle decisioni giudiziarie: per la Corte di giustizia un credito è «non contestato» quando il debitore non si costituisce in giudizio, benché invitato con atti

scritti, o non compare in udienza

Sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 2016 in causa
n. C-511/14

Pebros Servizi Srl c. Aston Martin Lagonda Ltd
(con commento di *Michela Capozzolo*)

Pag. 59

Pubblicità e medicinali galenici

Sentenza della Corte di giustizia del 26 ottobre 2016 in causa
n. C-276/15

*Hecht-Pharma GmbH c. Hohenzollern Apotheke, Winfried
Ertelt*

(con commento di *Federico Forni*)

» 81

II. MASSIMARIO ANNOTATO

(a cura di *Enrica Adobati*)

**La Corte di giustizia indica i criteri per la determinazione
dell'ammenda a carico dei partecipanti ad un'intesa con-
traria alla normativa *antitrust***

Sentenza della Corte di giustizia del 26 gennaio 2017 nella
causa n. C- 619/13 P

Mamoli Robinetteria SpA c. Commissione europea

» 115

**Il Tribunale accoglie due ricorsi di cittadini europei e
annulla le decisioni della Commissione per la mancanza
di motivazione nel rifiuto di registrazione della proposta
di iniziativa e per la difesa del principio di democrazia**

Sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 3 febbraio
2017 in causa n. T-646/13

*Bürgerausschuss für die Bürgerinitiative Minority SafePack -
one million signatures for diversity in Europe sostenuto da
Ungheria c. Commissione europea sostenuta da Repubbli-
ca Slovacca e da Romania*

» 117

Sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 10 maggio
2017 in causa n. T-754/14

Michael Efler e altri c. Commissione europea

» 119

**La Corte di giustizia interpreta la direttiva sulla pubbli-
cità comparativa nell'ambito di un confronto di prezzi di**

prodotti venduti in negozi diversi quanto a dimensioni o tipologia

Sentenza della Corte di giustizia dell'8 febbraio 2017 in causa n. C-562/15

Carrefour Hypermarchés SAS c. ITM Alimentaire International SASU

Pag. 122

Tutela dei consumatori nell'ambito delle comunicazioni telefoniche con riferimento alle tariffe richieste

Sentenza della Corte di giustizia del 2 marzo 2017 in causa n. C-568/15

Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs Frankfurt am Main eV c. comtech GmbH

» 125

Il datore di lavoro può vietare il velo islamico alla dipendente

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

Samira Achbita e Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV

» 126

Sentenza della Corte di giustizia del 14 marzo 2017 in causa n. C-188/15

Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH) c. Micropole SA, già Micropole Univers SA

» 127

Diritto d'autore: la Corte di giustizia si pronuncia sulla diffusione di programmi per elaboratore e di lettori multimediali senza l'autorizzazione del titolare

Sentenza della Corte di giustizia del 26 aprile 2017 in causa n. C-527/15

Stichting Brein c. Jack Frederik Wullems

» 130

Sentenza della Corte di giustizia del 12 ottobre 2016 in causa n. C-166/15

Aleksandrs Ranks, Jurijs Vasiļevičs, in presenza di: Finanšu un ekonomisko noziegumu izmeklēšanas prokuratūra, Microsoft Corp.

» 131

La compagnia aerea, senza la prova che i passeggeri siano stati informati della cancellazione del volo, è tenuta a risar-

cire il danno ai sensi del Regolamento (Ce) n. 261/2004

Sentenza della Corte di giustizia dell'11 maggio 2017 in
causa n. C-302/16

*Bas Jacob Adriaan Krijgsman c. Surinaamse Luchtvaart
Maatschappij NV*

Pag. 134

**GIURISPRUDENZA
ITALIANA E STRANIERA**

**Il Consiglio di Stato – sulla base di una decisione della Corte
di giustizia dell'Unione europea – condanna l'amministra-
zione al risarcimento del danno riformando la sentenza del
TAR del Lazio che aveva indebitamente ritenuto legittimo
un provvedimento nazionale restrittivo della libera circola-
zione delle merci**

Sentenza del Consiglio di Stato, sezione III, del 22 settembre-
24 novembre 2016 n. 4954

Beca Engineering srl c. Ministero dell'interno e altri
(con commento di *Antonio Oddo*)

» 137

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

**Versione codificata del Regolamento sul marchio europeo
adottata dal Parlamento europeo e dal Consiglio**

Regolamento (Ue) n. 2017/1001 del Parlamento europeo e del
Consiglio del 14 giugno 2017 sul marchio dell'Unione
europea (versione codificata)

(con il contributo di *Federico Ferri*)

» 165

Consiglio europeo

Riunione straordinaria del Consiglio europeo del 29 aprile
2017 - Orientamenti a seguito della notifica del Regno Unito
a norma dell'art. 50 del TUE

» 201

DOCUMENTAZIONE

I pericoli che gli strumenti di bordo possono creare al conducente di una vettura

Salvare vite umane: migliorare la sicurezza dei veicoli nell'UE - Relazione sul monitoraggio e la valutazione delle caratteristiche avanzate di sicurezza dei veicoli, del loro rapporto costi-benefici e della fattibilità di una revisione dei regolamenti sulla sicurezza generale dei veicoli e sulla protezione dei pedoni e di altri utenti della strada vulnerabili (Doc. Com(2016)787 fin. del 12 dicembre 2016)

(con il contributo di *Gian Franco Simonini*)

Pag. 207

RECENSIONI

Susanna Cafaro, *L'Unione Economica e Monetaria dopo la crisi. Cosa abbiamo imparato?* (Giuseppe Gioffredi)

» 261

Hanno collaborato a questo numero

» 263

ARTICOLI

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

PARTE PRIMA*

ETICA E LEGALITÀ IN POLITICA E IN ECONOMIA: DEFINIZIONI ED EVOLUZIONE STORICA

Sommario: **I.** *Premesse* - **II.** *Il tema in esame* - **III.** *Rapporti di etica e legalità con politica ed economia in generale* - **IV.** *L'etica e la legalità nel mondo della politica* - **V.** *L'etica e la legalità nel mondo dell'economia.*

I. Premesse

Il modo più sicuro per apparire pedante è quello di cominciare uno scritto o un articolo con le definizioni, come ricordava il Professor Carlo M. Cipolla¹.

In questo scritto, però, mi sento costretto a farlo, perché il titolo indica un tema impegnativo nonché complesso che può prestarsi ad interpretazioni diverse.

* La Redazione informa i lettori che la Parte seconda del presente articolo sarà pubblicata nel fascicolo n. 3/2017.

¹ Cfr. CARLO M. CIPOLLA, *Istruzione e sviluppo (Il declino dell'analfabetismo nel mondo occidentale)*, Bologna, Il Mulino, 1969, p. 21.

Conviene pertanto fornire fin dall'inizio alcuni chiarimenti, anche di carattere etimologico sui termini impiegati, per rendere più agevole la comprensione dei concetti che saranno in seguito esposti.

Spero, inoltre, che le definizioni fornite, riferendosi a termini di uso comune sui quali raramente l'attenzione si concentra, possano anche offrire spiegazioni istruttive e gradevoli.

Il primo termine da prendere in considerazione è *cultura*. Esso deriva direttamente dalla parola latina *cultura*, che possiede, nella lingua originale, il significato concreto e quello figurato propri della parola *cultura* mantenuti anche nella lingua italiana e può essere così inteso sia nel senso concreto di *coltura*, *coltivazione*, sia in quello figurato di *cura*, *riguardo*².

Nella sua evoluzione il termine *cultura* è stato inteso come complesso di conoscenze ed esperienze rientranti nel patrimonio intellettuale e spirituale di una persona, così da diventarne la parte caratterizzante la sua identità³.

Nel presente lavoro, essendo il termine *cultura* associato all'*etica* e alla *legalità*, esso viene inteso come complesso di conoscenze, esperienze, proprietà e sensibilità acquisite da una persona, che entrano a far parte della sua personalità, condizionandone il comportamento nello svolgimento di determinate attività.

Il secondo termine da prendere in considerazione è *etica* che, come è noto, secondo la dottrina degli stoici costituiva la terza scienza dopo la *logica* (scienza della conoscenza) e la *fisica* (scienza della realtà). L'*etica* sarebbe quindi la scienza del comportamento che ognuno deve tenere di fronte alla realtà.

Il termine *etica*, di origine greca (*ethos*), che corrisponde alla parola italiana morale, ha lo stesso significato del termine latino *mores* dal quale il termine italiano deriva.

In effetti, sia il termine greco *ethos*, sia il termine latino *mos-moris* (da cui: morale) si riferiscono, entrambi, nella rispettiva accezione originaria, a *costume*, *usanza*.

Ne consegue che i due termini *etica* e *morale* possono essere considerati sinonimi e, come tali, verranno impiegati nel presente lavoro⁴.

² Il verbo latino cui vien fatto riferimento è *colere* che significa tanto *coltivare*, in senso proprio, quanto *ornare*, *curare*, *rispettare*, in senso figurato (*colere artes* = coltivare le arti).

³ Con l'espressione *cultura animi*, sia Cicerone sia Orazio hanno inteso far riferimento all'*educazione*. Sul concetto di cultura, cfr. da ultimo, M. FERRI, *Dalla partecipazione all'identità: l'evoluzione della tutela internazionale dei beni culturali*, Milano, Ed. Vita e Pensiero, 2015, p. 42 ss.

⁴ Ovviamente, sotto il profilo semantico, che viene però trascurato in questa prima parte del presente lavoro, si possono operare distinzioni tra *morale* ed *etica*. Si può, ad esempio,

Il terzo termine che occorre considerare è *legalità*. Esso deriva direttamente dal termine latino *legalis*, inteso non solo come relativo alla legge ma anche come conforme alla legge.

Nel presente articolo, il termine *legalità* verrà impiegato nella sua normale accezione di conformità sia alle norme legislative sia alle disposizioni amministrative o regolamentari applicabili⁵.

Gli ultimi due termini da prendere in considerazione sono *politica* ed *economia*.

Di entrambi ci limitiamo a far nostre le definizioni usuali più frequentemente seguite.

La politica viene quindi semplicemente intesa, nel presente articolo, come l'arte di governare la cosa pubblica nelle sue diverse articolazioni e strutture.

Nel corso del presente saggio verranno ovviamente effettuati anche specifici approfondimenti riguardanti la funzione della *politica*, a partire da quella indicata da *Aristotele* nella sua celebre *Politica*, secondo cui «*il fine dello Stato è vivere bene*»⁶, ma, nella sostanza, l'analisi condotta nel testo è fondamentalmente basata sulla nozione di politica sopra riportata.

L'ultimo termine, *economia*, che dobbiamo prendere in considerazione, può essere ugualmente inteso nell'accezione più comune e conosciuta. Non occorre fornirne una definizione e ci limitiamo a precisare che, nell'articolo, il termine *economia* sarà inteso come riferito tanto all'economia dello Stato quanto all'economia dei privati⁷.

impiegare il termine *morale* attribuendo ad esso un valore eminentemente soggettivo in quanto riservato all'individuo (su questi aspetti si ritornerà nella terza parte del presente lavoro), mentre il termine *etica* potrebbe assumere una connotazione collettiva e riguardare un'intera categoria (ad esempio, etica professionale: avvocati, medici etc.; etica sportiva: calciatori, ciclisti etc.) il cui comportamento potrebbe essere disciplinato da un *Codice etico*. Per quanto riguarda i rapporti tra *etica* e *politica*, possiamo considerare assicurato il rispetto dell'etica quando si tengono comportamenti ispirati a: lealtà, onestà, generosità, umanità. Nei rapporti tra *etica* ed *economia*, i comportamenti potrebbero ispirarsi a: correttezza e puntualità, mantenimento della parola data, ragionevolezza.

⁵ Il principio di legalità serve a delimitare il potere giudiziario e soprattutto quello esecutivo. Secondo Platone (*Leggi*, 715 d): «Dove la legge è sottomessa a coloro che governano ed è priva di autorità, io vedo la rovina della città; dove invece la legge comanda ai governanti che da essa dipendono, io vedo la salvezza della città». Anche Aristotele (*Politica*, 1287 a) segue la stessa linea di pensiero: «È preferibile, senza dubbio, che governi la legge più che un qualunque cittadino e, secondo questo stesso ragionamento, anche se è meglio che governino alcuni invece che uno solo, costoro devono essere guardiani delle leggi e ad esse subordinati».

⁶ Cfr. A. SEN, *Etica ed economia*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2007, p. 10 e nota 3; cfr. anche J. HABERMAS, *Morale, diritto, politica*, Torino, Edizioni Comunità, 2001, *passim*.

⁷ Per un originale chiarimento e un approfondimento del significato del termine «*economia*», riportiamo qui di seguito un brano del Capitolo Primo della celebre opera di ARTHUR CECIL PIGOU, *Economia del benessere*, (Torino, Utet, 1968, p. 10). «L'economia studia l'umanità nelle vicende ordinarie della vita», e non è di certo nelle vicende ordinarie della vita che l'umanità più interessa e stimola il pensiero. Chi desiderasse conoscere l'uomo dal

Dopo gli essenziali chiarimenti sul significato dei termini contenuti nel titolo, passiamo ora alla trattazione del tema.

II. Il tema in esame

A nostro avviso, il corretto approccio al tema da trattare nel presente lavoro può essere agevolato da un esauriente inquadramento, sotto il profilo storico, degli aspetti deducibili dal titolo del quale abbiamo fornito, nelle *Premesse*, le delucidazioni essenziali.

Il titolo contiene, come abbiamo visto, oltre a un termine di portata generale: *cultura*, quattro termini particolari, ciascuno dei quali, come si ricava dalle *Premesse*, possiede un suo specifico significato che lo distingue dagli altri, avendo un suo proprio fondamento.

Il termine *etica*, come sopra riferito, si fonda sulla morale, mentre il termine *legalità* si fonda sul diritto.

Orbene, già limitandoci a far riferimento a questi due termini, potrebbero essere ipotizzati comportamenti conformi all'*etica* ma contrari alla *legalità*, come pure altri comportamenti conformi alla *legalità* ma contrari all'*etica*⁸.

Se una persona espone e difende in pubblico le proprie legittime convinzioni politiche o religiose e viene condannata in base ad una legge di uno Stato totalitario che vieta la libertà di parola, quella persona avrà tenu-

punto di vista ideale soltanto, studierebbe la storia dei suoi entusiasmi religiosi, dei suoi martirii, dei suoi amori, e non quella della sua attività mercantile. Se noi siamo decisi ad osservare il gioco degli interessi di tutti i giorni, interessi che sono talvolta volgari ed ignobili, il nostro impulso non è quello del filosofo, conoscenza per amore della conoscenza, ma piuttosto quello del fisiologo, conoscenza per il bene a cui questa conoscenza può condurre. La meraviglia, disse CARLYLE, è l'inizio della filosofia: ma l'inizio della scienza economica non è la meraviglia, bensì piuttosto l'entusiasmo sociale che ci fa fremere di fronte alla bruttura di strade inabitabili e di fronte alla infelicità di tante vite sciupate. Qui e non altrove si può applicare la grande frase di COMTE: "Il cuore deve suggerirci i problemi, l'intelligenza deve risolverli ... l'unico fine dell'intelletto è quello di servire le sue inclinazioni sociali"».

⁸ Ricordiamo, a questo proposito, la celebre distinzione di KANT (*La metafisica dei costumi*, Bari, Laterza, 1973, Introduzione III), relativa al principio di legalità: «Il primo accordo o disaccordo di un'azione con la legge, senza riguardo alcuno al suo impulso (portata), si definisce legalità (conformità alla legge); quando invece l'idea del dovere derivata dalla legge (portata) è nello stesso tempo impulso all'azione, abbiamo la moralità». Secondo Aristotele (*Rhetorica*, 1374 a) il principio di legalità può eccezionalmente subire un correttivo imposto dal principio di equità «L'equità è la giustizia che va oltre la legge scritta». Su questo indirizzo aristotelico, P. P. PORTINARO (*Enciclopedia delle scienze sociali*, Treccani, 1996) fonda la celebre massima di Cicerone (*De Legibus*, III, 1, 2) secondo cui il magistrato è la «legge parlante» mentre la legge è il «magistrato muto». In modo analogo si esprimerà MONTESQUIEU molti secoli più tardi nel suo capolavoro (*L'esprit des Lois*, XI, 6), «Il giudice è la bocca che pronunzia la parola della legge».

to un comportamento conforme all'*etica* anche se contrario al diritto e, quindi, alla *legalità*.

Se, per converso, un marito commette in Italia un furto ai danni della propria moglie (o, viceversa, la moglie ai danni del marito) terrà un comportamento contrario all'*etica*, anche se non contrario al diritto e alla *legalità*, perché non assoggettato ad alcuna sanzione alla luce dell'art. 649 del codice penale che esclude la punizione del furto tra coniugi.

I contrasti che nei casi analoghi a quelli appena ipotizzati non sono nella realtà molto frequenti, diventano invece frequentissimi laddove l'*etica* e la *legalità*, rispettivamente fondate sulla morale e sul diritto, non arrivano fra loro a confliggere, ma entrano in rapporto con la politica o con l'economia, la prima delle quali ha come fondamento l'interesse all'esercizio del governo e l'aspirazione al potere⁹, mentre la seconda ha come fondamento il soddisfacimento di un interesse consistente nel miglioramento delle proprie condizioni di vita e nel desiderio di benessere¹⁰.

Come si sarebbero dovuti sviluppare i rapporti di etica e legalità con politica ed economia è materia oggetto di importanti analisi svolte nei secoli da vari studiosi che saranno in prosieguo esposte nella loro evoluzione storica.

III. Rapporti di etica e legalità con politica ed economia in generale

Tra i primi studiosi del passato che si sono occupati dell'attività politica e dei precetti da seguire per esercitarla, *Aristotele* è stato il solo che abbia scritto anche sui principi dell'economia¹¹.

Si può addirittura affermare, come ricordato da vari commentatori¹², che *Aristotele* è stato il primo autore dell'antichità che si sia cimentato con

⁹ Cfr. MAX WEBER, *La politica come professione*, Roma, Armando, 1997, p. 33: «Chi fa politica aspira al potere: potere come mezzo al servizio di altri obiettivi, ideali o egoistici, o potere "in senso stretto", cioè per godere del senso di prestigio che esso conferisce».

¹⁰ Cfr. ADAM SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, Torino, Utet, 1975: «Un aumento di ricchezza è il mezzo con il quale la maggior parte degli uomini si propone e desidera migliorare la propria condizione».

¹¹ Ovviamente, anche altri autori, ancor prima di *Aristotele*, come *Senofonte*, discepolo di *Socrate*, hanno scritto di questioni economiche. *Senofonte*, ad esempio, è autore di due importanti testi, *La Ciropedia*, che, trattando di problemi economici, analizza, tra l'altro, i problemi della divisione del lavoro, nonché *Economico* che tratta dell'amministrazione dei beni. Sono però testi di economia, non sull'economia e sui suoi principi.

¹² Tra i commentatori possiamo citare *Karl Marx* che commenta *Aristotele* nel primo libro del *Capitale*, nonché *J. A. Schumpeter* che lo commenta nella sua opera *Storia dell'analisi economica*. Anche *Benedetto Croce* dedica nella sua *Filosofia della pratica (economica ed etica)*, alcune riflessioni sulle tesi di *Aristotele*.

i principi e i concetti di base dell'economia. Aristotele affronta questi argomenti in alcune pagine dell'ottavo capitolo del quinto libro dell'*Etica Nicomachea*¹³. In tali pagine Aristotele, dopo aver descritto le funzioni della politica, che ricomprende tra le altre scienze pratiche anche quella economica, fa riferimento all'etica e all'economia, fondando il rapporto fra di esse su uno scambio equo che deve essere misurabile mediante uno strumento adeguato: la moneta.

Orbene, se lo scambio che avviene tra gli interessati, misurato in base alla moneta, appare equo, l'etica deve ritenersi rispettata.

In sostanza, in tali pagine, Aristotele pone i principi dell'economia, mettendone in evidenza i meccanismi di base: scambio, mercato, moneta, prezzo.

L'etica viene quindi rispettata se il prezzo risultante dallo scambio, misurato sul mercato grazie alla moneta, appare agli interessati accettabile (giusto) e, quindi, equo.

Dopo l'*Etica Nicomachea*, oltre allo stesso Aristotele, numerosi altri autori si occuperanno, attraverso i secoli, di economia e scriveranno di economia, ma si tratterà in generale di scritti *di* economia e non di scritti *sull'* economia e *sui* suoi principi¹⁴.

Per arrivare a leggere veri scritti *sull'* economia, occorrerà attendere le opere degli studiosi del 1700, soprattutto le opere degli autori che hanno contribuito a creare l'economia classica¹⁵.

¹³ Cfr. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2012, p. 189 ss. L'*Etica Nicomachea*, come ritengono gli studiosi, prende il nome da Nicomaco, figlio di Aristotele, al quale era dedicata. Le altre due etiche attribuite ad Aristotele hanno come titolo *Etica Eudemia* e *Grande Etica*. Di Aristotele si è celebrato, nell'anno 2016, il 2400° anniversario della nascita, essendo nato a Stagira nel 384 a.C.

¹⁴ Tra questi possiamo ricordare Tommaso D'Aquino e i suoi discepoli. Un'originale riflessione sui principi dell'economia – anche se limitata agli aspetti relativi alla produzione di reddito per effetto dell'impiego di capitale monetario – è stata svolta in passato da due monaci francescani, *Pietro di Giovanni Olivi* (1248-1298) e *Alessandro di Alessandria* (1270-1314) che hanno ispirato i successivi scritti di *San Bernardino da Siena* (1380-1440) e dell'arcivescovo *Sant'Antonino* (1389-1459). In sostanza i due monaci francescani, che avevano affrontato il secolare problema del divieto imposto dalla Chiesa al creditore di esigere un interesse sul denaro prestato (operazione, come è noto, definita: usura), erano pervenuti ad un'interessante soluzione. Essi avevano, infatti, operato una distinzione tra il denaro comunemente prestato senza fini di lucro e quello che il debitore riceveva e utilizzava per scopi economici ricavando un reddito dal suo impiego. In quest'ultimo caso, secondo i due francescani, il creditore aveva diritto ad ottenere un interesse dal debitore come compenso per il capitale monetario ricevuto in prestito. Su questi aspetti si vedano le interessanti considerazioni di DARIO ANTISERI in *L'attualità del pensiero francescano*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2008, p. 64 ss., con la bibliografia *ivi* citata.

¹⁵ Pensiamo, in particolare, ad Adam Smith, autore della fondamentale opera *La ricchezza delle nazioni*.

Nelle opere di questi autori i problemi relativi ai rapporti tra etica (e legalità) ed economia saranno presi nella dovuta considerazione e ad esse dedicheremo la nostra attenzione più avanti nel presente lavoro.

Anche i rapporti tra etica (e legalità) e politica sono stati nel passato oggetto di scarsi e limitati approfondimenti scientifici¹⁶. Possono essere comunque segnalate concrete attenzioni ai relativi problemi, come denota la celebre invettiva di Agostino, vescovo di Ippona: «*Remota itaque iustitia, quid sunt regna nisi magna latrocinia*» che così prosegue «*Latrocinia sunt regna et piratarum infestatio*¹⁷».

Esula comunque dagli scopi del presente lavoro un'indagine di carattere generale sull'evoluzione della dottrina che si è occupata, nel passato, dei rapporti che qui interessano.

Per quanto riguarda i rapporti tra etica (e legalità) e politica, la nostra indagine si limiterà, pertanto, ad esaminare la dottrina su tali rapporti prendendo avvio dalle tesi sostenute nell'opera fondamentale di Niccolò Machiavelli, *Il Principe*¹⁸.

IV. L'etica e la legalità nel mondo della politica

Come è ormai pacificamente ammesso da tutti gli studiosi, l'Autore che è arrivato a teorizzare la dissociazione tra *etica* (intesa come virtù) e *politica* (intesa come arte di governo), è stato Niccolò Machiavelli nel suo capolavoro *Il Principe*.

Secondo Benedetto Croce, Machiavelli «*scopre la necessità e l'autonomia della politica che è di là, o piuttosto, di qua, dal bene e dal male morale, che ha le sue leggi a cui è vano ribellarsi, che non si può esorcizzare e cacciare dal mondo con l'acqua benedetta*»¹⁹.

Machiavelli, pertanto, individua una «*virtù politica*» distinta dalla «*virtù morale*» (corrispondente all'etica) con la quale non deve essere con-

¹⁶ Secondo Benedetto Croce, lo scarso interesse scientifico per tali rapporti era generalmente dovuto alla necessità di seguire i problemi causati dai continui dissidi tra Chiesa e Impero che hanno interessato per secoli la storia degli Stati europei, cfr. B. CROCE, *Etica e Politica*, Bari, Laterza, 1956, p. 255.

¹⁷ Cfr. AGOSTINO, *De civitate Dei contra Paganos*. Secondo Agostino, pertanto, se si toglie la giustizia, intesa anche come equità, i regni sono assimilabili a congreghe di briganti e a covi di pirati. Sulla posizione di Agostino si veda, in generale, H. A. DEANE, *The political and social Ideas of St. Augustin*, New York, Columbia University Press, 1963, *passim*.

¹⁸ Per agevolare la lettura de *Il Principe*, l'Editore Donzelli ha provveduto a pubblicare una traduzione del testo in italiano moderno, nel 2013, a cura di CARMINE DONZELLI.

¹⁹ Cfr. B. CROCE, *Etica e politica*, cit. *supra*, nota 16, p. 256.

fusa; essa acquisisce il carattere di «*ragion di Stato*» che può entrare in conflitto con la «*virtù morale*»²⁰.

Secondo Machiavelli, questa distinzione è necessaria perché gli uomini sono «*ingrati, volubili, fuggitivi di pericoli, cupidi di guadagno*», in una parola perché gli uomini sono cattivi.

Infatti, egli precisa che «*se gli uomini fossero tutti buoni*» i suoi precetti «*non sariano buoni*».

Essendo gli uomini cattivi, il Principe non li può governare secondo criteri basati sulla «*virtù morale*».

Il potere di chi governa deve essere invece salvaguardato con il ricorso alla «*virtù politica*» che prescinde dalla «*virtù morale*», dall'etica. Per ben governare gli uomini, il Principe deve quindi agire come "volpe" o come "leone", a seconda delle necessità.

Che gli uomini fossero cattivi per cui appariva necessario governarli secondo i precetti appena indicati, Machiavelli l'aveva già anticipato in un'altra opera famosa terminata nel 1520, *Discorsi sulla prima decade di Tito Livio*.

Nel Libro Primo (capitolo terzo) di tale opera si legge: «*Come dimostrano tutti coloro che ragionano del vivere civile e come ne è piena di esempi ogni istoria, è necessario a chi dispone una repubblica ed ordina leggi in quella, presupporre tutti gli uomini essere cattivi, e che li abbino sempre ad usare la malignità dello animo loro, qualunque volta ne abbino libera occasione*».

Certamente Machiavelli avrebbe suggerito ai governanti altri precetti, se le condizioni fossero state diverse, ma di fronte agli orrori narrati dalla storia, non erano consentite al Principe, che intendeva esercitare il potere, altre modalità di governo.

Di ciò Machiavelli grandemente si rammaricava, perché vivendo in «*tempi cattivi*» egli sentiva «*immenso desiderio di seguire i buoni*».

Questo atteggiamento ha indotto B. Croce ad affermare: «*Innanzi a così aperti segni di un'austera e dolorosa coscienza morale, desta stupore come si sia tanto ciarlato dell'immoralità di Machiavelli; senonché il volgo chiama morale solo l'unzione moralistica e l'ipocrisia bacchettona*²¹».

²⁰ L'espressione *Ragion di Stato*, risale, come è noto, allo scrittore politico GIOVANNI BOTERO, che ha pubblicato nel 1574 il libro *La Ragion di Stato*, anche per confutare la tesi di Machiavelli secondo cui «*il fine giustifica i mezzi*». Un altro importante studioso di politica di quel periodo da tenere presente, è il francese JEAN BODIN, autore della celebre opera *I sei libri della Repubblica* (1576), nella quale sono poste le basi dello Stato di diritto e viene messo in evidenza il ruolo dell'economia nella gestione degli affari dello Stato.

²¹ Cfr. B. CROCE, *Etica e politica*, cit. supra, nota 16, p. 257.

La dottrina di Machiavelli trova la sua continuazione nel pensiero di Thomas Hobbes (1588-1679) che viene accomunato al primo nell'indirizzo chiamato *realismo politico*²².

Thomas Hobbes, nelle sue opere, accentua la dissociazione teorizzata da Machiavelli e giunge ad una completa separazione della politica dall'etica e dalla morale. Nel suo capolavoro, *Il Leviatano*, Hobbes afferma: «Così in primo luogo pongo, come inclinazione generale di tutti gli uomini, un desiderio perpetuo e senza tregua di potere, che cessa solo con la morte»²³. Alla base della filosofia di Hobbes vi è, come è noto, il principio di utilità, formulato in un'altra sua celebre opera, *De Cive*, secondo cui: «in statu naturae [e quindi nella realtà] mensuram iuris esse utilitatem»²⁴. Ed è proprio nel *De Cive* che Hobbes giunge a separare definitivamente la politica dall'etica e dalla morale.

Le altre massime, ben note, ricavabili dalle opere di Hobbes costituiscono conferma dell'indirizzo filosofico appena indicato: «*Homo Homini lupus*», «*Bellum omnium contra omnes*» e «*Mors tua vita mea*».

L'atteggiamento di sfiducia nei confronti degli uomini che impone ai governanti di operare con cautela e diffidenza, si ritrova successivamente anche in altri celebri autori come *David Hume*, il quale scrive, nel 1742, che: «*Gli scrittori politici hanno stabilito come massima che, nell'escogitare un sistema qualunque di governo e nel fissare i molti freni e controlli della Costituzione, si deve supporre che ogni uomo sia un furfante e non abbia, in tutte le sue azioni, altro fine che l'interesse personale*»²⁵.

Nel corso del 1700 si registra però un cambiamento di indirizzo, grazie soprattutto al contributo determinante di *Montesquieu*, l'ideatore del principio della separazione dei poteri, il quale pone la legge, adottata in base a tale principio, come fondamento di una forma di governo rispettosa anche dell'etica.

Come è noto, nel capolavoro di *Montesquieu* pubblicato nel 1748, *Lo spirito delle leggi*, e precisamente nel Libro XI, viene consacrato il principio fondamentale della separazione del potere esecutivo da quello legisla-

²² Cfr. A. PANEBIANCO, *Il potere, lo Stato, la libertà*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 28.

²³ Cfr. TH. HOBBS, *Leviatano*, Roma, Editori Riuniti, 1976, p. 64.

²⁴ Cfr. TH. HOBBS, *De Cive*, Torino, Utet, 1988. Il principio di utilità, per quanto riguarda i suoi risvolti politici, può essere fatto risalire, a ben vedere, alla celebre massima che *Platone* mette in bocca a *Trasimaco* nel Libro I della *Repubblica* (Milano, Rizzoli, 1953, p. 88) «*Il giusto è ciò che è utile al più forte*». Sulle implicazioni politiche di tale massima, v. A. M. IACONO, *Autonomia, potere, minorità*, Milano, Feltrinelli, 2000, pp. 42-50. Su questa massima ritorneremo nella *Prima Sezione* della *Terza parte* del presente lavoro.

²⁵ D. HUME, *Saggio n. 6 «Sull'indipendenza del Parlamento»* in «*Saggi e Trattati morali, letterari, politici ed economici*», a cura di M. DAL PRA - E. RONCHETTI, Torino, Utet, 1974.

tivo sulla base di una considerazione di natura essenzialmente etica, in quanto le stesse persone che esercitano il potere legislativo non possono esercitare anche il potere esecutivo, diversamente «*non ci sarebbe più libertà perché i due poteri si troverebbero riuniti, le stesse persone avendo talvolta parte – e potendo prenderla in ogni momento – all’una e all’altra attività*²⁶».

Ho avuto modo di esprimere, in altra sede, una certa meraviglia nel constatare che era sfuggita ai commentatori di *Montesquieu* questa particolare motivazione, che suggerirebbe di inserire negli ordinamenti di tutte le democrazie parlamentari, almeno in base ad una legge ordinaria, il principio dell’incompatibilità tra l’esercizio della funzione parlamentare e quello della funzione di governo²⁷.

Secondo Montesquieu, pertanto, chi fa parte del governo non deve far anche parte del Parlamento.

Una soluzione siffatta sarebbe un modo ragionevole, come più avanti nella terza parte di questo lavoro si chiarirà, per cominciare ad introdurre una forma di etica nella politica, come arte di governo.

L’evoluzione successiva della dottrina, che stiamo esaminando, porta ad individuare, nel corso del 1800, una soluzione che curiosamente richiama alla mente la visione di Aristotele sui rapporti tra le varie scienze sociali in precedenza menzionata, quando abbiamo commentato alcuni passi dell’*Etica Nicomachea*. In effetti, come è stato opportunamente ricordato²⁸, da un programma accademico presentato nel 1829 all’Università di Oxford, è scaturita una proposta che ha portato ad operare una distinzione concettuale tra politica, etica ed economia.

Secondo tale proposta, la *politica* deve occuparsi degli obiettivi che la società (lo Stato) intende perseguire. L’etica deve contribuire invece ad individuare e a fornire i valori in grado di orientare i comportamenti individuali e collettivi, sia in ambito privato sia in ambito pubblico.

L’economia, infine, deve prendere in esame, studiare e mettere a disposizione i mezzi da impiegare per raggiungere gli obiettivi che la politica intende perseguire, nell’osservanza delle regole dettate dall’etica.

Il raggiungimento di questa conclusione è stato indubbiamente reso possibile grazie all’apporto fornito dagli studiosi di economia al termine di

²⁶ Cfr. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, a cura di S. COTTA, Torino, Utet, 1965, vol. I, p. 283.

²⁷ Considerazioni critiche sul punto sono contenute nell’articolo di F. CAPELLI, *Governo dei tecnici e sistema costituzionale in Europa e in Italia*, in questa *Rivista*, 2012, p. 640.

²⁸ Cfr. S. ZAMAGNI, *Prudenza*, Bologna, Il Mulino, 2015, p. 53 ss.

una difficile evoluzione degli studi in materia economica. Occorre pertanto dedicare la nostra attenzione a tali studi e alla loro evoluzione.

V. L'etica e la legalità nel mondo dell'economia

Come agli inizi abbiamo ricordato, nel quinto libro dell'*Etica Nicomachea*, Aristotele ha affermato che l'Etica deve considerarsi rispettata, se lo scambio liberamente effettuato sul mercato, misurato mediante la moneta, appare equo (giusto) agli interessati. In tal caso, infatti, risulterebbero soddisfatti gli interessi di tutti i partecipanti allo scambio. Come abbiamo pure ricordato, questi aspetti, relativi ai principi dell'economia e all'incidenza dell'etica sull'economia, non diventeranno però oggetto di approfondimenti nel corso dei secoli, fino a quando la materia economica non verrà affrontata in modo sistematico dagli studiosi di economia del 1700, vale a dire dagli studiosi che hanno posto le basi dell'economia classica²⁹.

La ragione per la quale gli aspetti etici e i problemi della morale apparivano ampiamente approfonditi e dibattuti negli scritti dei predetti studiosi di economia è ben nota ai cultori della scienza economica. L'economia, nel corso del 1700, era infatti considerata una semplice parte della dottrina morale. Lo stesso *Adam Smith*, ritenuto il padre dell'economia classica, era, come noto, professore di filosofia morale all'Università di Glasgow ed autore dell'opera *Teoria dei sentimenti morali*, pubblicata nel 1759, che egli considerava il suo capolavoro, nonostante la celebrità gli fosse in seguito derivata dalla *Ricchezza delle nazioni*, pubblicata nel 1776, che è considerata da tutti la Bibbia dell'economia classica.

Gli intrecci tra morale (etica) ed economia, anche in considerazione delle implicazioni di ordine religioso, erano causa di non pochi problemi che gli studiosi di economia, compreso Adam Smith, hanno avuto difficoltà a superare.

Il problema di fondo, che trovava la sua radice nella religione, risaliva alla teoria di *Agostino*, vescovo di Ippona, sulla contrapposizione tra *Amor Dei* e *Amor sui*, vale a dire tra l'amore di Dio che è anche altruismo e l'amor proprio che porta invece a seguire gli istinti egoistici della natura umana³⁰.

²⁹ Tra gli studiosi che hanno contribuito all'approfondimento di tali tematiche, dobbiamo ricordare gli italiani *Antonio Genovesi*, *Ferdinando Galiani* (l'Abate Galiani), autore del Trattato *Della moneta*, *Cesare Beccaria* e *Pietro Verri*, autore di *Meditazioni di economia politica*. Su *Antonio Genovesi* v. le note bibliofile di G. DIOGUARDI, *Antonio Genovesi e Adam Smith, alle origini dell'economia come scienza*, consultabile sul sito internet http://www.gianfrancodioguardi.it/articoli_new.asp.

³⁰ Cfr. H. A. DEANE, *The political and social Ideas of St. Augustin*, cit. supra, nota 17.

L'amor proprio (*amor sui*), in effetti, privilegiando l'appagamento degli interessi personali che vengono soddisfatti grazie all'ottenimento di vantaggi e benefici, è stato sempre considerato un male da evitare. Questa contrapposizione tra l'amore di Dio, considerato sublime e l'amor proprio considerato esecrabile, ha raggiunto il suo apice nel corso del 1600, segnatamente negli scritti degli autori giansenisti e, in particolare, in quelli di *Pascal*.

Se si leggono i *Pensieri* di *Pascal*, si rimane impressionati dalla implacabile durezza con cui egli condanna l'amor proprio in tutte le sue manifestazioni. È sufficiente riportare un passo dal pensiero n. 100 per rendere evidente l'infimo valore che *Pascal* attribuiva all'uomo sotto il profilo morale: «L'uomo non è dunque che dissimulazione, menzogna e ipocrisia ed in sé e riguardo agli altri [...] e tutte queste disposizioni [...] hanno una radice naturale nel suo cuore».

Ma lo scrittore moralista che ha esercitato una grande influenza sugli economisti del 1700, accentuando in loro le difficoltà relative ai problemi in precedenza indicati, è stato il Duca francese *François de La Rochefoucauld*, autore delle celebri *Massime* che hanno avuto una straordinaria diffusione anche in Inghilterra. Adam Smith conosceva bene le massime di *La Rochefoucauld*, che aveva pure citato nella sua opera *Teoria dei sentimenti morali*³¹. La grande influenza che *La Rochefoucauld* ha esercitato sul pensiero di Adam Smith è stata illustrata e messa in evidenza in scritti ben noti che hanno analizzato i problemi sollevati dalle massime di *La Rochefoucauld* nelle coscienze degli economisti del 1700 e, in particolare, nel pensiero di Adam Smith³².

³¹ Per rendersi conto dello straordinario impatto delle massime di *La Rochefoucauld*, basta leggere quelle di seguito riportate, dedicate soprattutto all'egoismo e all'ipocrisia: «Molti tra quelli che consideriamo affetti sono soltanto abitudini o legami che non abbiamo il coraggio di far cessare»; «Le liti non durerebbero così a lungo se il torto fosse da una parte sola»; «La gente considera le persone generalmente prive delle qualità che ostentano»; «L'unico vero amore è quello non corrisposto. Tutti gli altri non sono che forme mascherate di egoismo»; «Se si giudica l'amore dalla maggior parte dei suoi effetti, assomiglia più all'odio che all'amicizia»; «Ciò che si chiama liberalità il più delle volte è soltanto vanità di donare, che amiamo di più di quel che doniamo»; «Gli uomini non vivrebbero a lungo in società se non si ingannassero l'un l'altro»; «È più facile sembrare adatti alle cariche che non si hanno che a quelle che si ricoprono»; «I vecchi si compiacciono di dare buoni consigli per consolarsi di non poter più dare cattivi esempi»; «Amiamo sempre quelli che ci ammirano; non sempre amiamo quelli che noi ammiriamo»; «Tutti abbiamo forza d'animo sufficiente per sopportare i mali altrui»; «I difetti sono sempre più perdonabili dei mezzi usati per nasconderli»; «L'amor proprio è il più insidioso di tutti gli adulatori»; «La virtù non andrebbe lontano se la vanità non le tenesse compagnia».

³² Cfr. S. LATOUCHE, *L'invenzione dell'economia*, Torino, Bollati-Boringhieri, 2010, v. in particolare il capitolo sesto, p. 109 e ss.

In effetti Adam Smith, che nella sua *Teoria dei sentimenti morali* si appoggiava sugli aforismi di La Rochefoucauld³³ per condannare l'amor proprio nelle sue diverse manifestazioni egoistiche e per valorizzare, di contro, i sentimenti umani di amicizia e simpatia nei confronti del prossimo, trovava difficoltà a giustificare la funzione svolta dall'amor proprio, inteso come interesse personale, nelle questioni economiche. Se, infatti, l'amor proprio, inteso come soddisfacimento degli interessi personali, costituiva un valore decisamente negativo nell'ambito dei rapporti umani, perché contrastante con i principi insegnati dalla religione, con difficoltà esso poteva trasformarsi in un valore positivo per il solo fatto di indirizzarsi ai rapporti economici.

Come si vede, si trattava di conciliare due posizioni antitetiche, ricorrendo a due interpretazioni diverse del concetto di amor proprio che, sotto il profilo morale, aveva sempre avuto una connotazione negativa.

Questa operazione di cosmesi per via interpretativa appariva difficile non solo perché incontrava ostacoli sotto il profilo della logica, ma anche perché era in contrasto con l'orientamento religioso ormai consolidato, sopra riferito, ed erano noti, a quei tempi, i pericoli che potevano derivare dall'assunzione di posizioni contrarie all'indirizzo religioso dominante.

Un sostegno efficace alla buona riuscita dell'operazione di cosmesi appena accennata, è stato fornito da *Bernard Mandeville* con la sua celebre opera «*La favola delle api, ovvero vizi privati, pubblici benefici*», apparsa in prima versione nel 1714, che riportava, prima della versione definitiva del 1723, un sottotitolo estremamente significativo: «*I difetti degli uomini nell'umanità depravata possono essere utilizzati a vantaggio della società civile e sostituire le virtù morali*».

Dal sottotitolo appena riportato, si deducono gli obiettivi perseguiti da Mandeville con la sua opera³⁴. L'amor proprio, inteso come amor di sé, che è considerato un difetto di carattere morale dell'uomo, secondo la religione, può diventare invece uno stimolo importante nei rapporti economici e produrre benefici di rilievo destinati ad estendersi all'intera società.

³³ Gli aforismi di *La Rochefoucauld* prendono di mira un ampio ventaglio di difetti umani che si manifestano, in modo specifico, per esemplificare, nei comportamenti relativi a: Moda, Aggressività, Ambizione, Amici, Amore, Bellezza, Bugie, Carattere, Colpa, Consigli, Coraggio, Cultura, Donna, Egoismo, Errore, Felicità, Giovinezza, Giustizia, Ipocrisia, Invidia, Moralisti, Noia, Opportunismo, Paura, Ragione, Ridicolo, Snobismo, Successo, Utopia, Verità, Virtù, Vita; cfr. *Il libro aperto degli aforismi*, a cura di F. CAPELLI, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2015.

³⁴ Cfr. B. DE MANDEVILLE, *La favola delle api*, Roma-Bari, Laterza, 1987.

Secondo Mandeville, pertanto, occorre operare una distinzione tra amor proprio che può avere una connotazione egoistica e, quindi, negativa, e amore di sé, che invece presenta lati positivi.

L'intuizione di Mandeville, come è stato ricordato³⁵, sarà successivamente sviluppata da *Jean Jacques Rousseau* nel suo *Discorso sull'origine della disuguaglianza*, scritto nel 1754, nel quale si legge: «Non bisogna confondere l'amor proprio e l'amor di sé; si tratta di due passioni molto diverse per la loro natura e per i loro effetti. L'amor di sé è un sentimento del tutto naturale che porta ogni animale a vegliare sulla propria conservazione e che nell'uomo, governato dalla ragione e temperato dalla pietà, dà luogo all'umanità e alla virtù. L'amor proprio invece, è solo un sentimento relativo, artificioso, nato nella società, che porta l'individuo a far più caso a sé che a ogni altro, e che ispira agli uomini tutto il male che si fanno a vicenda».

Su tale distinzione Rousseau ritorna, alcuni anni dopo, nella sua celebre opera *Emile* (sull'educazione) precisando che: «L'amore di sé è sempre buono e sempre conforme all'ordine. Ciascun individuo essendo particolarmente incaricato della propria conservazione, la prima e la più importante delle sue cure è e deve essere quella di vegliarvi senza posa».

Come si vede, con la distinzione fra *amor proprio* inteso, in senso negativo, come egoismo, e *amore di sé* inteso, in senso positivo, come tutela di sé, si prepara il terreno al raggiungimento, per via interpretativa, della conciliazione dei due concetti antitetici sopra riferiti. In effetti, Adam Smith, già in apertura della sua *Teoria dei sentimenti morali*, scritta nel 1759, riconosce che: «Per quanto egoista si possa ritenere l'uomo, sono chiaramente presenti nella sua natura alcuni principi che lo rendono partecipe della fortuna altrui e che rendono per lui necessaria l'altrui felicità».

Questi principi positivi presenti nella natura dell'uomo convivono, dunque, con quelli negativi prodotti dall'amor proprio, inteso come egoismo. Il problema per Adam Smith consisteva quindi nel trovare il modo per risolvere questa contraddizione che egli stesso aveva d'altra parte ammesso in un passo della *Teoria dei sentimenti morali*, nel quale riconosceva che la società potrebbe continuare ad esistere sulla base di semplici rapporti di scambio tra le persone senza alcuna necessità di ricorrere all'amicizia e all'altruismo³⁶. Scrive infatti Adam Smith nella sua opera ap-

³⁵ Cfr. S. LATOUCHE, *L'invenzione dell'economia*, Torino, Bollati-Boringhieri, 2010, p. 122.

³⁶ Nella stessa *Teoria dei sentimenti morali*, A. SMITH aveva anche ammesso che «Prima di poter provare un forte interessamento per gli altri, dobbiamo essere a nostro agio. Se sia-

pena citata che: «*La società può sussistere tra uomini diversi, come tra diversi mercanti, per il senso della sua utilità, senza alcun amore o affetto reciproco; e anche se nessun uomo in essa dovesse essere soggetto ad alcun obbligo o avere legami di gratitudine con un altro, sarebbe tuttavia tenuta in piedi da un mercenario scambio di buoni uffici, secondo una valutazione concorde*».

Appare sorprendente, ma Adam Smith riprende, in sostanza, in questo brano, dopo oltre duemila anni, gli stessi argomenti svolti da Aristotele nell'*Etica Nicomachea* che agli inizi abbiamo esaminato.

Aristotele, come sappiamo, aveva individuato la soluzione del problema nello scambio tra soggetti interessati, misurato per mezzo della moneta e ritenuto equo dagli interessati medesimi. Questo modo di procedere rendeva possibile il rispetto dell'etica che costituiva l'effettivo risultato voluto da Aristotele, il quale non aveva preoccupazioni di ordine religioso e, soprattutto, non doveva difendere le proprie opinioni dalle critiche di qualche casta sacerdotale.

Diversa era invece la situazione degli economisti del 1700 i quali, come abbiamo visto, dovevano affrontare problemi che, rientrando nell'ambito della filosofia morale, erano sottoposti al giudizio e al controllo delle Autorità civili e religiose³⁷. Si comprende pertanto la loro esitazione a sostenere posizioni che avrebbero potuto suscitare le opposizioni specie delle autorità religiose. *Bernard Mandeville*, ad esempio, nella prima metà del 1700 era stato più volte condannato per le opinioni da lui espresse e insistentemente divulgate³⁸.

mo angustiati nella nostra miseria, non abbiamo il tempo [né la voglia] di occuparci di quella del vicino».

³⁷ È noto che per sottrarsi ai rigori della legge e della censura, gli autori di testi ritenuti non "ortodossi" erano costretti a pubblicarli in Olanda o in Svizzera, Paesi nei quali vigevano regimi più liberali. In ogni caso i testi apparivano senza indicazione del nome dell'autore. Lo stesso *Montesquieu* ha dovuto pubblicare il suo capolavoro, *Lo spirito delle leggi*, a Ginevra, dove il libro apparve anonimo nel 1748. In Inghilterra la situazione non era molto diversa: gli anglicani avevano da tempo affermato il loro predominio in campo religioso e forti della loro supremazia nei confronti dei cattolici la esercitavano specialmente all'interno delle Università e in particolare in quelle più importanti di Oxford e di Cambridge, cfr. BASIL WILLEY, *La cultura inglese del Seicento e del Settecento*, Bologna, Il Mulino, 1975, nonché ALBERT V. DICEY, *Diritto e opinione pubblica nell'Inghilterra dell'Ottocento*, Bologna, Il Mulino, 1997. Anche in Inghilterra, gli autori "dissenziati" dovevano pubblicare spesso i loro scritti all'estero e in forma anonima.

³⁸ Anche DANIEL DEFOE, il celebre autore di *Robinson Crusoe*, è stato condannato agli inizi del 1700 per aver scritto il saggio *La via più breve per i dissenzianti* (*The shortest way with the dissenters*), che era stato considerato un testo diffamatorio della Chiesa anglicana. Oltre alla prigione, Daniel Defoe ha dovuto subire anche la gogna e il suo saggio è stato messo al rogo in una pubblica piazza.

Per questo è possibile ritenere che Adam Smith, avendo constatato la funzione essenziale svolta dall'interesse personale che caratterizza la natura umana, nel mondo dell'economia, i cui meccanismi di funzionamento egli aveva descritto con efficacia straordinaria nella sua opera *Ricchezza delle nazioni*, ed intendendo però nel contempo evitare di sostenere tesi che avrebbero determinato forti opposizioni in campo morale per motivi di ordine religioso, come sopra abbiamo ricordato, sia stato indotto a trovare una soluzione di compromesso. La soluzione è stata quella di distinguere l'interessamento che le persone manifestano nei rapporti economici, da quello che le stesse manifestano nei rapporti sociali. Nei rapporti sociali l'interessamento deve essere ispirato a sentimenti di amicizia e altruismo, con la conseguenza che la tutela dell'interesse personale, in tali rapporti, deve essere intesa come manifestazione di egoismo e deve sempre essere condannata.

Al contrario, l'interessamento che si manifesta nei rapporti economici, pur essendo fondato sull'interesse personale, può essere giustificato ed approvato perché produttivo di effetti utili per l'economia e per la società.

Per questo potrebbe essere stato ritenuto necessario nobilitare l'interesse personale e, probabilmente, per rendere possibile questa nobilitazione, Adam Smith ha ritenuto opportuno far riferimento alle funzioni svolte dalla celeberrima "*mano invisibile*"³⁹, una sorta di Provvidenza divina che, all'insaputa di chi svolge un'attività economica utile e pensa unicamente ai propri interessi personali, finisce per creare conseguenze non intenzionali, contribuendo ad estendere gli effetti benefici di tale attività all'economia e alla società⁴⁰.

³⁹ Cfr. A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, Torino, Utet, 1975, p. 584: L'uomo d'affari «dirigendo quell'industria in modo tale che il suo prodotto possa essere il massimo valore (...) mira soltanto al proprio guadagno e in questo, come in molti altri casi, egli è condotto da una mano invisibile a promuovere un fine che non entrava nelle sue intenzioni. Perseguendo il proprio interesse, egli spesso promuove quello della società in modo più efficace di quanto non intenda realmente promuoverlo». Anche Newton parlava della «Mano di Dio» per giustificare il mistero della forza di gravità che non riusciva a spiegarsi, ma in realtà lo faceva per difendersi dagli attacchi della Chiesa che lo accusava di aver escluso Dio dal suo sistema astronomico.

⁴⁰ Si sostiene che l'idea della *mano invisibile* risalga a Cicerone il quale, nel *De Divinatione*, aveva fatto riferimento agli interventi degli dei, e di Giove in particolare, nei casi della vita. Ciò confermerebbe la tesi esposta nel testo: Cicerone era infatti ricorso all'azione degli dei per spiegare la capacità degli aruspici di prevedere il futuro, capacità alla quale Cicerone non credeva affatto, ma che non poteva apertamente disconoscere perché egli stesso faceva parte della loro casta e non intendeva inimicarseli. È noto l'aneddoto del secondo libro dell'opera *De Divinatione* riferito a Catone, il quale accenna ai due aruspici che si incontrano per strada, i quali, secondo Catone, guardandosi in faccia, sarebbero riusciti a stento a trattenersi dal ridere. È certo, peraltro, che Adam Smith ha ripreso l'idea della *mano invisibile* la prima volta nella sua *Storia dell'Astronomia* (in *Saggi filosofici* di A. SMITH, Milano, Franco Angeli, 1984), in seguito nella *Teoria dei sentimenti morali* e, infine, nella *Ricchezza delle*

Sappiamo benissimo che numerose e molto diverse sono le interpretazioni fornite dagli autori che hanno cercato di spiegare la funzione della mano invisibile⁴¹. Non è questa però la sede per dibattere una questione del genere. Ciò che preme qui sottolineare è che diversi interpreti hanno considerato la "mano invisibile" come un pretesto per giustificare un liberismo totale in materia economica. Gli autori che hanno sposato questa interpretazione, hanno creduto di poter fondatamente accusare gli economisti classici di propugnare l'esclusione di ogni forma di intervento regolatore sul mercato ad opera delle pubbliche autorità.

L'interpretazione corretta del pensiero degli economisti classici è però diversa. *Luigi Einaudi*, che non era un sostenitore del liberismo selvaggio, lo ha chiarito in un suo famoso articolo, apparso con il titolo «*Il fantoccio liberistico*», sul *Corriere della Sera* del 22 agosto 1948, che è stato l'ultimo articolo da lui pubblicato su un giornale, dopo la sua nomina a Presidente della Repubblica nel 1948.

In tale articolo, Einaudi ribadisce con forza che: «*Invano ho ricordato infinite volte il titolo di un piccolo libretto, Les économistes classiques et leurs adversaires di Schullern-Schrattenhofen, nel quale, coi testi alla mano, l'autore dimostra che gli economisti classici, detti comunemente liberisti, hanno, assai prima e meglio dei loro avversari, messo in chiaro i casi nei quali l'intervento dello Stato è necessario e vantaggioso per regolare l'attività privata quando questa, se fosse lasciata libera, sarebbe cagione di danno alla collettività*»⁴².

Si ritornerà su queste tematiche nella seconda e nella terza parte del presente lavoro.

Con le dichiarazioni di Einaudi possiamo così concludere la prima parte di questo lavoro contenente le considerazioni essenziali sull'evol-

nazioni (cfr. *supra*, nota 39). Occorre però, in ogni caso, ricordare che la teoria della realizzazione di obiettivi non intenzionalmente perseguiti, intesa come *eterogenesi dei fini*, deve essere fatta risalire alla *Scienza nuova* di *Giambattista Vico*, pubblicata nel 1725 e che l'economista italiano *Ferdinando Galiani* (noto come l'Abate Galiani), ha anticipato in modo sicuro la teoria della mano invisibile nella sua opera *Della moneta*, pubblicata nel 1750, riconoscendo che «*E questo equilibrio alla giusta abbondanza de' comodi della vita ed alla terrena felicità maravigliosamente confà, quantunque non dall'umana prudenza o virtù, ma da vilissimo stimolo di sordido lucro derivi: avendo la Provvidenza, [... ..] talmente congegnato l'ordine del tutto, che le vili passioni nostre spesso, quasi a nostro dispetto, al bene del tutto sono ordinate*». Di conseguenza, conclude l'Abate Galiani, «*Benedico al contrario la Suprema Mano ognora che contemplo l'ordine con cui il tutto è a nostra utilità costituito*».

⁴¹ Cfr. l'interessante analisi di *EMMA ROTHSCILD*, svolta nel suo libro *Sentimenti economici, Adam Smith, Condorcet e l'Illuminismo*, Bologna, Il Mulino, 2003. Ugualmente interessanti sono le considerazioni di *LUIGI EINAUDI*, in *Liberismo e Liberalismo*, ripreso in *Il Buongoverno* (a cura di *Ernesto Rossi*), Bari, Laterza, 1954, p. 213.

⁴² Lo stesso *Adam Smith*, nel suo *La ricchezza delle nazioni*, ha scritto molte pagine per illustrare la necessità dell'intervento regolatore dello Stato nell'economia.

zione storica dei concetti di etica e di legalità nel mondo dell'economia e della politica.

Nella seconda parte si procederà all'esame degli stessi problemi facendo riferimento alla situazione concretamente sviluppatasi nel sistema degli Stati democratici.

Nella terza parte, infine, l'attenzione sarà dedicata alla situazione dell'Italia con particolare riguardo alla realtà attuale e si procederà a svolgere opportune riflessioni propositive da sottoporre ad esame e a discussione.

Fausto Capelli

SINTESI

L'articolo costituisce la prima parte di un saggio dedicato alla cultura dell'etica e della legalità in un mondo dominato dalla politica e dall'economia. In questa prima parte vengono analizzati i concetti e le definizioni di politica e di economia nella loro evoluzione storica.

Per quanto riguarda il concetto e le definizioni di politica, l'Autore inizia la propria analisi partendo dalle opere di Machiavelli, mentre, per quanto riguarda l'economia, le ricerche iniziano con le opere di Aristotele e terminano con quelle degli economisti del 1700.

ABSTRACT

The article is the first part of an essay dedicated to the culture of ethics and legality in a world dominated by politics and economics. In this first part the Author analyzes the concepts and definitions of politics and economics in their historical evolution.

With regard to the concept and the definitions of politics, the Author starts his analysis with the works of Machiavelli, while, as far the economy, the research begins with the works of Aristotle and ends with those of the economists of the 1700s.

LA PESCE E I SUOI CONFINI MATERIALI. IL CONTRIBUTO DELLE ISTITUZIONI "MINORI" ALLA LORO DELIMITAZIONE

Sommario: **1.** *I confini tra la politica estera e di sicurezza comune e le altre competenze dell'Unione europea: premessa* - **2.** *Inquadramento normativo generale della politica estera e di sicurezza comune* - **3.** *La delimitazione dei confini tra le politiche materiali dell'Unione e la politica estera e di sicurezza comune* - **4.** *Il processo di istituzionalizzazione della politica estera e di sicurezza comune: il ruolo del Parlamento europeo* - **5.** *Segue: Il ruolo della Commissione europea* - **6.** *Brevi considerazioni conclusive.*

1. I confini tra la politica estera e di sicurezza comune e le altre competenze dell'Unione europea: premessa

Anche a seguito delle importanti innovazioni apportate dal Trattato di Lisbona nell'ordinamento dell'Unione europea, in particolare la proclamata abolizione della struttura in pilastri¹, la politica estera e di sicurezza co-

¹ Sulla formale eliminazione dei pilastri e sugli effetti di tale modifica si vedano E. CANNIZZARO, *La fusione dei "pilastri": politica estera e politiche materiali nel progetto di Costituzione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2003, p. 1068 ss.; C. HILLION - R. A. WESSEL, *Competence distribution in EU external relations after Eco Was: clarification or continued fuzziness?*, *CMLR*, 2009, p. 551 ss.; P. KOUTRAKOS, *Primary law and policy in EU external relations-moving away from the big picture*, in *Eur. Law. Rev.*, 2008, p. 666 ss.; L. PALADINI, *I conflitti fra i pilastri dell'Unione europea e le prospettive del trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. Eur.*, 2010, p. 87 ss.; P. PAWLAK, *The External Dimension of the Area of Freedom, Security and Justice: Hijacker or Hostage of Cross-pillarization?*, in *Journal of European Integration*, 2009, p. 25 ss.; D. RINOLDI, *Il pilastro resistente. Contrasto al terrorismo e competenze dell'Unione europea in materia di «politica estera e di sicurezza comune»: "liste nere" e spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in G. GRASSO - L. PICOTTI - R. SICURELLA (a cura di),

mune dell'Unione ha continuato a conservare, rispetto alle altre politiche, la propria natura eminentemente intergovernativa. In particolare, in questo settore, si registra un equilibrio interistituzionale assolutamente diverso: continua a prevalere il ruolo delle istituzioni rappresentative degli Stati e sopravvive il criterio dell'unanimità, almeno in via prevalente, ai fini dell'adozione degli atti; il Parlamento europeo – che costituisce l'espressione della sovranità popolare – e la Commissione – che invece rappresenta gli interessi generali dell'Unione – continuano a ricoprire ruoli marginali. Questo giustifica l'uso dell'aggettivo «minori» al quale si ricorre quando

L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona, Milano, Giuffrè, 2011, p. 219 ss.; M. L. TUFANO, *La PESC nel progetto di Costituzione per l'Europa*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, p. 1815 ss.; P. VAN ELSUWEGE, *EU external action after the collapse of the pillar structure: in search of a New Balance between Delimitation and Consistency*, *CMLR*, 2010, p. 987 ss.

Cfr. anche R. BARATTA, *Overlaps between European Community and European Foreign Policy Activity*, in E. CANNIZZARO (ed.), *The European Union as an actor in International Relations*, The Hague, London, New York, Kluwer Law International, 2002, p. 51 ss.

Sulle novità introdotte dal Trattato di Lisbona con specifico riferimento alla politica estera e di sicurezza comune, si vedano, tra i tanti, M. COMELLI - N. PIROZZI, *La Politica estera dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Documenti dell'Istituto Affari Internazionali*, 2013, n. 72, (http://www.iai.it/pdf/Oss_Polinternazionale/pi_a_0072.pdf); P. DE PASQUALE, *La politica estera e di sicurezza comune*, in AA.Vv., *Atti del Convegno su Il Trattato di Lisbona: due anni di applicazione. Atti della giornata di studio in ricordo di Francesco Caruso*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 145 ss.; P. DE PASQUALE - S. IZZO, *La politica di sicurezza e di difesa dopo il Trattato di Lisbona tra Unione europea e Stati membri*, in N. PARISI - M. FUMAGALLI MERAVIGLIA - D. RINOLDI - A. SANTINI (a cura di), *Studi in onore di Ugo Draetta*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p. 187 ss.; G. FIENGO, *Politica estera e di sicurezza comune dopo Lisbona. Brevi considerazioni a margine della sentenza Bamba c. Consiglio*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2011, p. 1555 ss.; F. FURLAN, *Il dopo trattato di Lisbona: chi guiderà la politica estera dell'Unione europea?*, in *Quad. cost.*, 2010, p. 139 ss.; E. GIANFRANCESCO, *La politica estera e di sicurezza europea prima e dopo il trattato di Lisbona*, in *Diritto e società*, 2011, p. 209 ss.; I. GOVAERE, *Multi-faceted Single Legal Personality and a Hidden Horizontal Pillar: EU External Relations Post-Lisbon*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2011, vol. 13, p. 87 ss.; K. KOEHLER, *European Foreign Policy After Lisbon: Strengthening the EU as an International Actor*, in *Caucasian Review of International Affairs*, 2010, vol. 4, (http://criaonline.org/Journal/10/Done_European_Foreign_Policy_After_Lisbon_Strengthening_the_EU_as_an_International_Actor_Kateryna%20Koehler.pdf); P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union's external relations a year after Lisbon*, in *Cleer Working Papers*, 2011, n. 3; N. LAZZERINI, *La tutela giurisdizionale degli individui rispetto agli atti PESC nella prospettiva del trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. int.*, 2009, p. 1086 ss.; A. MISSIROLI, *The new EU "Foreign Policy" System after Lisbon*, in *European Foreign Affairs Review*, 2010, p. 427 ss.; L. PANELLA, *La politica estera, di sicurezza e di difesa comune*, in C. ZANGHÌ - L. PANELLA (a cura di), *Il trattato di Lisbona tra conferme e novità*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 341 ss.; C. RISI, *L'azione esterna dell'Unione europea dopo Lisbona*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010; L. VAI, *La politica estera europea a quattro anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ed il SEAE: bilanci e prospettive*, in *Documenti dell'Istituto Affari Internazionali*, 2014, n. 92 (http://www.iai.it/sites/default/files/pi_a_0092.pdf); A. L. VALVO, *L'Unione europea dal Trattato "costituzionale" al Trattato di Lisbona. Le Istituzioni, la politica estera e di difesa, i diritti umani*, Roma, Aracne, 2008; U. VILLANI, *Gli sviluppi del trattato di Lisbona in materia di politica estera e di sicurezza comune*, in *Studi integr. eur.*, 2011, p. 9 ss.

ci si riferisce all'intervento in essa di istituzioni diverse da quelle che rappresentano gli Stati *uti singuli*².

Ciò ha determinato una serie di conseguenze che sono riassunte dall'art. 24, par. 1, comma 2, TUE, a tenore del quale «[l]a politica estera e di sicurezza comune è soggetta a norme e procedure specifiche». In particolare, essa «è definita e attuata dal Consiglio europeo e dal Consiglio» ed «è messa in atto dall'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza e dagli Stati membri in conformità dei trattati». Nel suo ambito non possono essere adottati atti legislativi: conseguentemente il Parlamento europeo non può esercitare i propri poteri normativi, ma svolge un «ruolo specifico (...) definito dai trattati». Allo stesso modo la Commissione europea non esercita i propri poteri esecutivi al pari di quanto avviene per le altre politiche dell'Unione. Anche la Corte di giustizia si vede attribuite competenze ben più limitate: essa non è competente riguardo alle disposizioni relative alla politica estera e di sicurezza comune, ad eccezione della competenza a controllare il rispetto dell'art. 40 TUE e la legittimità delle decisioni che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche adottate dal Consiglio sulla base delle disposizioni in materia di politica estera e di sicurezza comune, come previsto dall'art. 275, comma 2, TUE.

Lo specifico assetto della politica estera e di sicurezza comune determina un diverso equilibrio istituzionale: sul piano procedurale si rileva un differente grado di coinvolgimento delle istituzioni che partecipano alla funzione normativa³ e a quella esecutiva; sul piano dei poteri esercitabili e degli atti adottabili, basterà ricordare l'esclusione della possibilità di adottare atti legislativi e quindi di esercitare le correlate funzioni. Infine, sul piano giurisdizionale, permane un limitato grado di giustiziabilità degli atti adottati sulla base delle disposizioni relative alla politica estera e di sicurezza comune.

Di fronte al quadro sommariamente richiamato, una delle questioni problematiche riguarda la delimitazione dei confini tra la politica estera e di sicurezza comune e le altre politiche dell'Unione che rientrano nel raggio dell'azione esterna – queste ultime assoggettate al metodo c.d. comunitario – proprio al fine di determinare quali siano i poteri esercitabili, le

² Sull'equilibrio interistituzionale conseguente alle modifiche introdotte con il Trattato di Lisbona si veda L. DANIELE, *Le istituzioni politiche dell'Unione europea dopo il trattato di Lisbona: verso un nuovo equilibrio?*, in *Studi integr. eur.*, 2009, p. 43 ss.; S. MANGIAMELLI, *Il disegno istituzionale dell'Unione europea dopo il trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. Eur.*, 2011, p. 377 ss.

³ Intesa in senso lato.

procedure attivabili, gli atti adottabili e gli strumenti di controllo esperibili nell'ambito di volta in volta individuato.

L'esperienza ha dimostrato che una separazione netta delle politiche dell'Unione non è praticabile⁴, tanto da aver indotto le istituzioni ad adottare misure c.d. *cross-pillar*. La *cross-pillarization* sarebbe indice della sfocatura tra materie «comunitarie» e materie «intergovernative» e costituirebbe una naturale conseguenza della diversificazione delle materie di competenza dell'Unione⁵. L'accavallarsi dei diversi ambiti di competenza ha portato con sé il rischio – che di fatto si è poi realizzato – di incursioni di un ambito in un altro e anche di una duplicazione delle misure; in definitiva, di un perseguimento non coordinato degli obiettivi⁶.

Fin dall'attribuzione di competenze in materia di politica estera e di sicurezza comune all'Unione europea, a salvaguardia del regime di separazione che ha sempre contraddistinto tale politica dalle altre, è stato dettato l'art. 47 TUE⁷ a tenore del quale «[f]atte salve le disposizioni che modificano il trattato che istituisce la Comunità economica europea per creare la Comunità europea, il trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio ed il trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica, nonché le presenti disposizioni finali, nessuna disposizione del presente trattato pregiudica i trattati che istituiscono le Comunità europee né i trattati e atti successivi che li hanno modificati o completati». Tale disposizione stabiliva un regime di salvaguardia⁸ a favore delle competenze comunitarie contro le competenze intergovernative. Essa è stata successivamente sostituita dall'art. 40 TUE (nella versione di Lisbona) ai sensi del quale «[l]'attuazione della politica estera e di sicurezza comune lascia

⁴ In argomento C. HILLION - R.A. WESSEL, *Competence distribution in EU external relations after Eco Was: clarification or continued fuzziness?*, cit. supra, nota 1, p. 551 ss. Cfr. anche M. E. BARTOLONI, *Politica estera e azione esterna dell'Unione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, specificamente p. 19.

⁵ In tema di delimitazione del confine tra i pilastri caratterizzanti la struttura dell'Unione europea prima del Trattato di Lisbona e di trasversalità delle azioni dell'Unione europea si veda P. PAWLAK, *The External Dimension of the Area of Freedom, Security and Justice: Hijacker or Hostage of Cross-pillarization?*, cit. supra, nota 1, p. 25 ss.: «blurriness of EU pillar structure and refers to policies, actors and processes that transcend the artificial borders between Community policies (pillar one), Common Foreign and Security Policy (pillar two), and Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters (pillar three)». Cfr. anche R. VAN OOIK, *Cross-pillar Litigation before the ECJ: Demarcation of Community and Union Competences*, in *European Constitutional Law Review*, 2008, p. 399 ss.

⁶ Sul tema M. L. TUFANO, *La PESC nel progetto di Costituzione per l'Europa*, cit. supra, nota 1, p. 1815 ss.

⁷ Ex art. M TUE (nella versione di Maastricht).

⁸ Il regime di salvaguardia entra in gioco in presenza di un pregiudizio alle competenze comunitarie. Sul concetto di pregiudizio si rinvia a M. E. BARTOLONI, *Politica estera e azione esterna dell'Unione europea*, cit. supra, nota 4, pp. 179-187.

impregiudicata l'applicazione delle procedure e la rispettiva portata delle attribuzioni delle istituzioni previste dai trattati per l'esercizio delle competenze dell'Unione di cui agli articoli da 3 a 6 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea» e «[l]'attuazione delle politiche previste in tali articoli lascia parimenti impregiudicata l'applicazione delle procedure e la rispettiva portata delle attribuzioni delle istituzioni previste dai trattati per l'esercizio delle competenze dell'Unione a titolo del presente capo». In virtù di questa norma è stato stabilito un regime di salvaguardia, per così dire, reciproco: le istituzioni, nell'esercizio dei propri poteri, sono chiamate a garantire il rispetto delle attribuzioni conferite e delle procedure distintamente previste per ciascun settore di competenza dell'Unione. A presidio di ciò, la Corte di giustizia è competente a controllare il rispetto dell'art. 40 TUE⁹.

Nonostante le cautele previste per evitare reciproche incursioni tra le politiche dell'Unione, non può non rilevarsi la difficoltà di preservare il «regime di specificità» della politica estera e di sicurezza comune¹⁰. Già nel quadro della precedente struttura in pilastri, nonostante la separatezza delle politiche e la frammentazione istituzionale, si rilevava un processo di erosione e di «*de-pillarization*» dei procedimenti decisionali¹¹: «[i]l paradigma della separazione è apparso vacillante già prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona»¹². Dalla prassi, infatti, emergeva «una ricca trama di interferenze e rimandi reciproci fra le due dimensioni»¹³.

Allo stato attuale, tale difficoltà è accentuata dal fatto che la politica estera e di sicurezza comune, pur caratterizzandosi per la propria natura eminentemente intergovernativa rispetto a tutte le altre politiche dell'Unio-

⁹ Come previsto dall'art. 275, comma 2, TFUE.

¹⁰ Sui criteri di demarcazione tra azioni in ambito PESC e azioni che non rientrano nell'ambito PESC si veda F. RASPADORI, *La politica estera dell'Unione europea. Istituzioni e strumenti di pace*, Perugia, Morlacchi Editore, 2007, p. 17 ss.

¹¹ Così S. STETTER, *Cross-pillar politics: functional unity and institutional fragmentation of EU foreign policies*, in *Journal of European Public Policy*, 2004, p. 720 ss.

¹² M. E. BARTOLONI, *Politica estera e azione esterna dell'Unione europea*, cit. supra, nota 4, pp. 1-20.

¹³ *Ivi*. Secondo l'A. il rischio di reciproca interferenza tra i settori di competenza dell'Unione «emerge chiaramente dalla prassi di inserire, sia negli atti fondati sulle politiche materiali che in quelli PESC, le c.d. clausole di coordinamento. (...) clausole siffatte, nel rispondere all'esigenza di un coordinamento reciproco tra misure adottate in ambiti diversi, si giustificano proprio in quanto le politiche materiali e la PESC possono, nella loro concreta attuazione, collidere, sovrapporsi o interferire le une con l'altra e viceversa». In argomento cfr. anche R. BARATTA, *Overlaps between European Community Competence and European Union Foreign Activity*, cit. supra, nota 1, p. 50 ss.; F. HOFFMEISTER, *Inter-Pillar Coherence in the European Union's Civilian Crisis Management*, in S. BLOCKMANS (ed.), *The European Union and Crisis Management. Policy and Legal Aspects*, The Hague, Springer, 2008, p. 157, specificamente p. 160 ss.

ne, è stata inserita in un edificio unitario¹⁴ al cui interno «la separatezza strutturale e funzionale della Pesc rispetto all'ambito – ed al metodo – più propriamente comunitario [è] andata incontro ad un significativo processo di erosione che ha intaccato la stessa architrave di tale separatezza, ovvero il predominio del principio intergovernativo (...) [È] l'intera configurazione della Pesc come pilastro isolato ed autoreferenziale ad essere oggetto di una rilettura critica e limitativa»¹⁵. Infatti, la politica estera presenta una natura *overlapping*¹⁶, «ovvero in grado di sovrapporsi per segmenti più o meno estesi ad altre materie di competenza dell'Unione»¹⁷.

Nel rilevare la fluidità dei confini tra la politica estera e di sicurezza comune e le altre politiche dell'Unione, la dottrina si è interrogata sulla «maggiore attrattività» del versante intergovernativo rispetto a quello comunitario o viceversa¹⁸, o se ancora si possa parlare di dicotomia tra ap-

¹⁴ In tal senso A. MIGNOLLI, *L'azione esterna dell'Unione europea e il principio della coerenza*, Napoli, Jovene, 2009, pp. 133-134.

¹⁵ E. GIANFRANCESCO, *La politica estera e di sicurezza europea prima e dopo il trattato di Lisbona*, cit. supra, nota 1, p. 209 ss., nonché la dottrina citata in nota 13.

¹⁶ Così R. BARATTA, *Overlaps Between European Community Competence and European Union Foreign Policy Activity*, cit. supra, nota 1, p. 51 ss. Cfr. anche D. THYM, *Reforming Europe's Common Foreign and Security Policy*, in *European Law Journal*, 2004, p. 5 ss.; ID., *Un nuovo equilibrio istituzionale nella politica estera europea*, in *Diritto e cultura*, 2003, p. 487 ss.

¹⁷ E. GIANFRANCESCO, *La politica estera e di sicurezza europea prima e dopo il trattato di Lisbona*, cit. supra, nota 1, p. 209 ss.

¹⁸ In argomento si rinvia a M. DOUGAN, *The Treaty of Lisbon 2007: winning minds, not hearts*, *CMLR*, 2008, p. 217 ss.; Y. DEVUYST, *The European Union's Institutional Balance After the Treaty of Lisbon*, in *European Foreign Affairs Review*, 2012, p. 327 ss.; E. GIANFRANCESCO, *La politica estera e di sicurezza europea prima e dopo il trattato di Lisbona*, cit. supra, nota 1, p. 209 ss. e alla dottrina ivi richiamata in nota 74; C. KADDOUS, *High Representative for Foreign Affairs and Security Policy*, in S. GRILLER - J. ZILLER (eds.), *The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Wien, Springer, 2008, p. 220 ss.; P. VAN ELSUWEGE, *EU external action after the collapse of the pillar structure: in search of a New Balance between Delimitation and Consistency*, cit. supra, nota 1, p. 987 ss.; E. TRIGGIANI, *Gli equilibri politici interistituzionali dopo la riforma di Lisbona*, in *Studi integr. eur.*, 2010, p. 9 ss.; nonché M. SAVINO, *La Pesc e lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 226 ss. Secondo quest'ultimo A., «[l']area della cooperazione intergovernativa si contrae e, almeno in parte, si "de-specializza", essendo ricondotta alla nuova cornice istituzionale e giuridica disegnata dal Trattato di Lisbona» e che le norme dettate in materia di politica estera e di sicurezza comune «rendono l'idea di un pilastro a sé, ancora forgiato sul paradigma intergovernativo, e tuttavia caratterizzato da un forte dinamismo istituzionale e da una spiccata tendenza evolutiva in senso sovranazionale».

Si veda anche L. DANIELE, *Le istituzioni politiche dell'Unione europea dopo il trattato di Lisbona: verso un nuovo equilibrio?*, cit. supra, nota 2, p. 43 ss. Secondo l'A., le riforme istituzionali del Trattato di Lisbona «si muovono in due direzioni diverse, se non addirittura contraddittorie. Da un lato esse portano ad un indubbio rafforzamento dei poteri del Parlamento europeo e di un ampio (seppure non integrale) riequilibrio di poteri rispetto al Consiglio, nel senso di un esercizio congiunto delle funzioni più importanti, in particolare di quella legislativa. Da questo punto di vista, il Trattato di Lisbona segna un ulteriore passo in avanti nella direzione dell'adozione, per l'Unione europea, di una forma di governo vicina al modello della democrazia rappresentativa. D'altro lato, il notevole rafforzamento della posizione del Consiglio europeo conferisce al disegno di riforma una caratterizzazione marcatamente verticistica,

proccio sovranazionale e approccio intergovernativo con riferimento alle relazioni esterne dell'Unione europea¹⁹.

Si tratta di una questione che è stata risolta, sul piano giurisprudenziale, secondo la dottrina c.d. del *centre of gravity* o degli obiettivi prevalenti che la Corte di giustizia ha sviluppato proprio sulla base dell'art. 40 TUE (e dell'art. 47, suo predecessore). Quando si sono posti problemi di sovrapposizione tra competenze soggette al metodo c.d. comunitario e competenze intergovernative, i giudici europei – chiamati a stabilire se una certa azione rientrasse nell'ambito di pertinenza della politica estera e di sicurezza comune o se invece facesse capo alle altre politiche dell'Unione – hanno giocato un ruolo determinante nella delimitazione dei rispettivi confini dei settori di azione dell'Unione. Nel far ciò hanno mantenuto un orientamento definito *pro-first pillar*, determinando l'attrazione di ampi spazi di settori rientranti nella politica estera e di sicurezza comune entro «l'area di influenza del[l'allora] "primo pilastro"»²⁰.

Tuttavia, il campo di indagine non può essere limitato alla giurisprudenza relativa alla corretta applicazione dell'art. 40 TUE. Un contributo importante è ricavabile anche dal potere di controllo esercitato dalla Corte in ordine al rispetto di altre disposizioni dei Trattati che hanno aperto la strada a nuove «incursioni» della Corte sul terreno della politica estera e di sicurezza comune e a nuove forme di attrazione della politica estera entro il metodo «comunitario», determinate dall'esigenza di preservare l'unitarietà dell'ordinamento giuridico dell'Unione, soprattutto dal punto di vista istituzionale.

In questa prospettiva, al fine di verificare il livello di attrattività del versante comunitario su quello intergovernativo, appare imprescindibile indagare in due direzioni. La prima attiene all'individuazione di criteri certi che consentano di ricondurre una certa azione nell'ambito delle politiche materiali dell'Unione, pur in presenza di profili che – se isolabili – rica-

largamente basata sul principio dell'unanimità e perciò stesso lontana dal metodo sovranazionale» (pp. 53-54).

Si parla anche di una certa «comunitarizzazione» della politica estera e di sicurezza comune: così A. BANDIERA, *La politica estera e di sicurezza comune e la politica europea di sicurezza e difesa dell'Unione Europea*, in *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri*, 2002, p. 27 ss.

¹⁹ P. VAN ELSUWEGE, *EU external action after the collapse of the pillar structure: in search of a New Balance between Delimitation and Consistency*, cit. *supra*, nota 1, p. 987 ss.

²⁰ Così E. GIANFRANCESCO, *La politica estera e di sicurezza europea. Rilevi costituzionalistici*, in *Rassegna parlamentare*, 2009, p. 359 ss. Sul ruolo della Corte di giustizia nei settori intergovernativi si vedano anche A. HINAREJOS, *Judicial Control in the European Union: Reforming Jurisdiction in the Intergovernmental Pillars*, Oxford, Oxford University Press, 2009; G. FIENGO, *Politica estera e di sicurezza comune dopo Lisbona. Brevi considerazioni a margine della sentenza Bamba c. Consiglio*, cit. *supra*, nota 1, p. 1555 ss.

drebbero invece nel dominio della politica estera e di sicurezza comune. La seconda fa leva sugli effetti che il processo di istituzionalizzazione della politica estera e di sicurezza comune e la sua riconduzione entro un quadro istituzionale ormai unificato determinano sulla specificità di tale politica.

2. Inquadramento normativo generale della politica estera e di sicurezza comune

Con riferimento alla delimitazione dei confini tra la politica estera e di sicurezza comune e le altre politiche che rientrano nell'azione esterna dell'Unione deve preliminarmente rilevarsi che, benché la natura intergovernativa della politica estera e di sicurezza comune dell'Unione europea sia stata riaffermata anche dal Trattato di Lisbona, la materia è stata oggetto di rilevanti innovazioni sotto più profili.

Dal punto di vista sistematico, essa è stata iscritta nel più ampio quadro degli obiettivi²¹, primo fra tutti l'obiettivo di portata generale di promozione della pace, dei valori e del benessere dei popoli degli Stati membri²², che l'Unione deve perseguire specularmente sia sul piano interno che sul piano delle relazioni internazionali²³. In altri termini anche la politica

²¹ Come stabiliti all'art. 3 TUE.

²² Nella versione del Trattato precedente alle innovazioni apportate dal Trattato di Lisbona, la nozione di pace era riscontrabile solo all'interno delle disposizioni relative alla politica estera e di sicurezza comune e non come obiettivo di portata generale. Sulla vocazione pacifista della politica estera e di sicurezza comune si veda F. RASPADORI, *La politica estera dell'Unione europea. Istituzioni e strumenti di pace*, cit. supra, nota 10, 2007, p. 11; nonché ID., *La nozione di pace nell'ordinamento e nella politica estera dell'Unione europea*, in *I diritti dell'uomo - cronache e battaglie*, 2005, p. 5 ss.

²³ Sul piano interno, l'Unione offre ai propri cittadini «uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima» (art. 3, par. 2, TUE); «instaura un mercato interno [e] [s]i adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa (...), che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente»; «promuove il progresso scientifico e tecnologico»; «combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore»; «promuove la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri»; «rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigila sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo» (art. 3, par. 2, TUE). Sul piano esterno, l'Unione «afferma e promuove i suoi valori e interessi, contribuendo alla protezione dei suoi cittadini. Contribuisce alla pace, alla sicurezza, allo sviluppo sostenibile della Terra, alla solidarietà e al rispetto reciproco tra i popoli, al commercio libero ed equo, all'eliminazione della povertà e alla tutela dei diritti umani, in particolare dei diritti del minore, e alla rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale, in particolare al rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite» (art. 3, par. 5, TUE).

estera e di sicurezza comune ha come fine il benessere della popolazione degli Stati membri dell'Unione europea. Pertanto, si può essere d'accordo con chi argomenta che «la politica estera sia in realtà *interna*» e che «politica interna e politica estera non possono essere intese come "politiche" (*policies*) separate e distinte, ma al contrario *continue* e coesenziali e (...) devono conseguentemente essere *coerenti*: ciò che un governo fa verso l'esterno deve corrispondere a ciò che fa al suo interno»²⁴.

Si è inteso ricondurre ad unitarietà e a coerenza la proiezione esterna dell'Unione²⁵ e lo si è fatto disegnando un quadro normativo unico dell'azione esterna dell'Unione europea, ovvero le politiche materiali²⁶, da una parte, e la politica estera e di sicurezza comune dall'altra²⁷, facendo tuttavia salve le specificità proprie di quest'ultima²⁸. Cionondimeno la pretesa unitarietà è stata limitata al piano dei principi e degli obiettivi²⁹. Da qui la rilevanza del principio di coerenza³⁰: sebbene le politiche dell'Unio-

Questa prospettiva è ben messa in luce dalla *Strategia europea in materia di sicurezza*, intitolata «*Un'Europa sicura in un mondo migliore*», redatta sotto la responsabilità dell'allora Alto rappresentante per la politica estera e di sicurezza comune, Javier Solana, e approvata dal Consiglio europeo tenutosi a Bruxelles il 12 dicembre 2003.

Sulla base di questa convergenza è stato elaborato il c.d. principio del parallelismo delle competenze. In proposito si vedano U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 214 ss. e la giurisprudenza *ivi* citata; R. ADAM - A. TIZZANO, *Manuale di Diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 430-431 e la giurisprudenza *ivi* citata in nota 12.

²⁴ Così L. BONANATE, *Politica e diritto nella formazione della politica estera dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 14. Cfr. anche D. RINOLDI, *Principio di coerenza. Commento*, in A. DAMATO - P. DE PASQUALE - N. PARISI (a cura di), *Argomenti di diritto penale europeo*, Torino, Giappichelli, 2011, I edizione, pp. 37-38.

²⁵ Ma anche «ripoliticizzare» le politiche materiali dell'Unione: così E. CANNIZZARO, *La fusione dei "pilastri": politica estera e politiche materiali nel progetto di Costituzione europea*, *cit. supra*, nota 1, p. 1068 ss.

²⁶ Quali la politica commerciale comune, la cooperazione allo sviluppo, la cooperazione economica, finanziaria e tecnica con i Paesi terzi; l'aiuto umanitario.

²⁷ Nell'ambito della politica estera e di sicurezza comune spetta al Consiglio e all'Alto rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza il compito di assicurare l'unità, la coerenza e l'efficacia dell'azione dell'Unione, come stabilito all'art. 26, par. 2, TUE. In argomento si rinvia a K. KOEHLER, *European Foreign Policy After Lisbon: Strengthening the EU as an International Actor*, *cit. supra*, nota 1; nonché C. RAUCEA, *Il principio di coerenza: Unione europea e questioni irrisolte nella lotta al terrorismo internazionale*, in *I quaderni europei, online working paper*, 2010, n. 22, specificamente pp. 10-15.

²⁸ In argomento si vedano A. LANG - P. MARIANI, *La politica estera dell'Unione europea. Inquadramento giuridico e prassi applicativa*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 3 ss.

²⁹ Come sanciti agli artt. 21 e 22 TUE ai quali rinviano l'art. 205 TFUE in riferimento alle politiche disciplinate dalla Parte V del medesimo Trattato (politica commerciale comune; cooperazione allo sviluppo; cooperazione economica, finanziaria e tecnica con i Paesi terzi; aiuto umanitario) nonché l'art. 216 per il perseguimento di uno degli obiettivi fissati dai trattati nell'ambito delle politiche dell'Unione. Analogamente l'art. 23 TUE in relazione alla politica estera e di sicurezza comune e alla politica di sicurezza e di difesa comune.

³⁰ Il principio fu sancito per la prima volta dall'art. C TUE (nella versione di Maastricht). Tuttavia, come rilevato in dottrina, il Trattato di Maastricht «non [avrebbe] disposto gli stru-

ne rientranti nel raggio dell'azione esterna non siano soggette a una disciplina comune, esse si fondano tutte sui medesimi principi e perseguono gli stessi obiettivi. Tale principio implica, sul piano generale, che l'Unione assicuri «la coerenza tra le sue varie politiche e azioni, tenendo conto dell'insieme dei suoi obiettivi e conformandosi al principio di attribuzione delle competenze»³¹ e che il quadro istituzionale dell'Unione, nel promuovere i suoi valori e perseguire i suoi obiettivi, garantisca «la coerenza, l'efficacia e la continuità delle sue politiche e delle sue azioni»³².

Con specifico riferimento all'azione esterna, tale principio lega inscindibilmente i plurimi settori dell'azione esterna dell'Unione tra di essi, nonché tra azione esterna complessivamente intesa e dimensione interna dell'Unione³³. Inoltre, in una prospettiva verticale, il principio di coerenza deve improntare di sé il rapporto tra le azioni esterne di ciascuno degli Stati membri e l'azione esterna dell'Unione³⁴.

La frammentarietà della disciplina applicabile alle diverse politiche di competenza dell'Unione³⁵ emerge già dalla natura delle competenze eserci-

menti necessari per assicurare la coesione e la coerenza tra la PESC e le altre azioni esterne dell'Unione». In tal senso A. DE FRANCHIS, *La politica estera e di sicurezza dell'Unione europea*, in *Rivista di studi politici internazionali*, 1995, p. 205.

³¹ Art. 7 TUE.

³² Art. 13, par. 1, TUE.

³³ A norma dell'art. 21, par. 3, comma 2, TUE, «[l']Unione assicura la coerenza tra i vari settori dell'azione esterna e tra questi e le altre politiche. Il Consiglio e la Commissione, assistiti dall'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, garantiscono tale coerenza e cooperano a questo fine». Si tratta di una coerenza «intrinseca» all'Unione stessa (detta anche orizzontale), sulla base della quale le azioni (interne ed esterne) delle istituzioni e degli organi dell'Unione dovrebbero essere convergenti.

In argomento si veda D. RINOLDI, *Principio di coerenza. Commento*, cit. supra, nota 24, pp. 37-38.

³⁴ Costituisce manifestazione operativa del principio l'art. 22, par. 1, comma 2, TUE, laddove si stabilisce che le decisioni del Consiglio europeo sugli interessi e sugli obiettivi strategici dell'azione esterna dell'Unione fissano «la rispettiva durata e i mezzi che l'Unione e gli Stati membri devono mettere a disposizione». Il vincolo di coordinamento tra l'Unione e gli Stati membri trova ulteriore conferma nelle norme dei Trattati dettate specificamente per ciascuna materia rientrante nell'azione esterna dell'Unione: si vedano, a titolo esemplificativo e non esaustivo, gli artt. 24, par. 3; 26, par. 2, comma 2; 28; 29; 32; 34, par. 1, TUE, in materia di politica estera e di sicurezza comune; l'art. 210 TFUE in materia di cooperazione allo sviluppo; nonché l'art. 214, par. 6, in materia di aiuto umanitario.

In argomento si vedano, tra i tanti, I. PERNICE, *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action*, in *Columbia Journal of European Law*, vol. 15, 2009, p. 399; M. COMELLI - N. PIROZZI, *La Politica estera dell'Unione europea dopo Lisbona*, cit. supra, nota 1.

³⁵ Le relazioni a carattere economico sono disciplinate dalla Parte V del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (artt. 205-222). La politica estera e di sicurezza comune «è soggetta a procedure specifiche» (art. 24, par. 1, comma 2, TUE): a essa si applica la Sezione I, Capo II, Titolo V, TUE (artt. 23-41).

Ulteriori disposizioni particolari sono inoltre previste dalla Sezione II del medesimo Capo (artt. 42-46), in riferimento alla politica di sicurezza e difesa comune che «costituisce parte integrante della politica estera e di sicurezza comune» (art. 42, par. 1), anche se, rispetto a quest'ultima ne è stata messa in luce la natura ibrida (così F. RASPADORI, *La politica estera*

tabili dall'Organizzazione in funzione della materia. Muovendo dal principio di attribuzione delle competenze, da esso scaturiscono due ordini di problematiche: la prima attiene alla natura di tali competenze e alla ripartizione verticale di queste tra gli Stati e l'Organizzazione internazionale (c.d. «limiti verticali»³⁶); la seconda riguarda l'individuazione della corretta base giuridica su cui si fonda l'esercizio delle diverse competenze e le corrispondenti procedure decisionali (c.d. «limiti orizzontali»³⁷). Infatti, il Trattato di Lisbona ha introdotto una esplicita classificazione delle competenze dell'Unione – distinguendole in competenze esclusive, concorrenti e di coordinamento, completamento, sostegno³⁸ – e ha fornito una elencazione tassativa dei settori nei quali l'Unione ha competenza esclusiva e quelli nei quali ha competenza di coordinamento, completamento, sostegno; infine ha sancito la natura residuale delle competenze concorrenti³⁹. In questo quadro, una menzione a parte è dedicata, tra le altre, alla definizione e attuazione di una politica estera e di sicurezza comune, compresa la definizione progressiva di una politica di difesa comune⁴⁰.

La dottrina si è interrogata sulla riconducibilità della politica estera e di sicurezza comune entro l'anzidetta classificazione delle competenze e sono emerse soluzioni diverse⁴¹. Benché il dato testuale⁴² induca a ritenere che esse siano riconducibili alla categoria delle competenze concorrenti, da un lato è stato sostenuto che tale politica sarebbe riconducibile alla ca-

*dell'Unione europea. Istituzioni e strumenti di pace, cit. supra, nota 10, p. 19), tanto da essere stata definita come una sorta di «mezzo pilastro» (così R. BARATTA, *Le principali novità del trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, p. 21 ss., specificamente pp. 57-61).*

³⁶ C. CELLERINO, *Soggettività internazionale e azione esterna dell'Unione europea*, Roma, Aracne, 2015, pp. 51-52.

³⁷ *Ibidem.*

³⁸ Art. 2, par. 1, 2, 5, TFUE. Sulle tipologie di competenze dell'Unione si rinvia a U. DRAETTA, *Elementi di Diritto dell'Unione europea, cit. supra, nota 23, p. 57 ss.*

³⁹ «L'Unione ha competenza concorrente con quella degli Stati membri quando i trattati le attribuiscono una competenza che non rientra nei settori di cui agli artt. 3 [settori di competenza esclusiva] e 6 [settori di competenza di coordinamento, completamento, sostegno]» (art. 4, par. 1, TFUE).

⁴⁰ Art. 2, par. 4, TFUE. Oltre che alla politica estera e di sicurezza comune, una menzione a parte è dedicata, inoltre, alla definizione delle politiche economiche e occupazionali degli Stati membri (art. 2, par. 3, TFUE). In argomento si rinvia a U. DRAETTA, *Le competenze dell'Unione europea nel trattato di Lisbona*, in questa *Rivista*, 2008, p. 245 ss. Cfr. anche E. CANNIZZARO, *Le relazioni esterne della Comunità: verso un nuovo paradigma unitario?*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, p. 223 ss.

⁴¹ In generale, sulla natura e sulle dinamiche delle competenze esterne dell'Unione europea si veda A. MIGNOLLI, *L'azione esterna dell'Unione europea e il principio della coerenza, cit. supra, nota 14, pp. 179-197.*

⁴² Si fa riferimento all'elencazione tassativa delle competenze esclusive e di coordinamento, completamento, sostegno, di cui agli artt. 3 e 6 TFUE, nonché alla residualità delle competenze concorrenti, di cui all'art. 4 dello stesso Trattato.

tegoria delle competenze di coordinamento, completamento o sostegno⁴³, sul presupposto che «le disposizioni del trattato sull'Unione europea riguardanti la politica estera e di sicurezza comune, compresa la creazione della carica di alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza e l'istituzione di un servizio per l'azione esterna, lasciano impregiudicate sia le competenze degli Stati membri, quali esistono attualmente, per la formulazione e la conduzione della loro politica estera sia la loro rappresentanza nazionale nei paesi terzi e nelle organizzazioni internazionali»⁴⁴. Per giungere a tale conclusione si è rilevato che i settori nei quali l'Unione è abilitata a esercitare delle competenze sono talvolta individuati in maniera ampia e generica «per poter fornire un'indicazione precisa (...) circa l'effettiva portata delle corrispondenti competenze attribuite all'Unione», pertanto «è necessario rifarsi (...) alle disposizioni [dei Trattati] specificamente dedicate a ciascuno di quei settori»⁴⁵, come peraltro prescritto dall'art. 2, par. 6, TUE, a tenore del quale «[l]a portata e le modalità d'esercizio delle competenze dell'Unione sono determinate dalle disposizioni dei trattati relative a ciascun settore».

Secondo una diversa prospettiva, facendo leva sulla «ampiezza della sfera di azione "esterna" dell'Unione in uno con la necessaria natura programmatica dei suoi contenuti», è stato ritenuto problematico ricondurre la politica estera e di sicurezza comune entro una delle categorie di competenze delineate dai Trattati⁴⁶. Essa costituirebbe un settore a sé stante: «[n]on solo [troverebbe] un posto a sé nell'elenco delle categorie e settori di competenza dell'Unione, ma [sarebbe] anche l'unico caso in cui non si delimitano le rispettive sfere di azione dell'Unione e degli Stati membri»⁴⁷. La competenza per la definizione e l'attuazione di una politica estera e di

⁴³ In argomento R. ADAM - A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione europea*, II ed., Torino, Giappichelli, 2010, p. 44.

⁴⁴ Dichiarazione (n. 13) relativa alla politica estera e di sicurezza comune, primo *alinea*.

⁴⁵ R. ADAM - A. TIZZANO, *Manuale di Diritto dell'Unione europea*, cit. *supra*, nota 23, pp. 428-429.

⁴⁶ Così F. MUNARI, *La politica estera e di sicurezza comune (PESC) e il sistema delle fonti ad essa relative*, in *Dir. Un. Eur.*, 2011, p. 941 ss., specificamente p. 947. Nella medesima prospettiva di escludere la riconducibilità della politica estera e di sicurezza comune entro una delle tre categorie «tipiche» di competenze dell'Unione, P. VAN ELSUWEGE, *EU external action after the collapse of the pillar structure: in search of a new balance between delimitation and consistency*, cit. *supra*, nota 1, p. 987 ss.; M. CREMONA, *Defining competence in EU external relations: lesson form the Treaty reform process*, in A. DASHWOOD - M. MARESCEAU (eds.), *Law and Practice of EU External Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 34 ss.

⁴⁷ Così A. LANG - P. MARIANI, *La politica estera dell'Unione europea. Inquadramento giuridico e prassi applicativa*, cit. *supra*, nota 28, p. 7.

sicurezza comune sembrerebbe costituire una competenza atipica, *sui generis*⁴⁸, un *quartum genus*⁴⁹.

Se la catalogazione delle competenze operata dal Trattato di Lisbona è stata pensata per dare risposta all'esigenza di una migliore definizione della ripartizione di competenze tra l'Unione e gli Stati membri nelle diverse materie, la politica estera e di sicurezza comune sfugge a tale catalogazione, venendo a costituire «[u]n'eccezione alla nuova struttura virtualmente unitaria del sistema giuridico dell'Unione»⁵⁰; «[e]ssa mantiene uno status a sé nell'ambito dei Trattati, restando retta da disposizioni procedurali e istituzionali speciali, che non ne consentono un agevole inserimento nelle categorie di competenze previste rispettivamente agli artt. 3, 4 e 6 del TFUE. Ed infatti, essa non figura in alcuna di queste liste, e trova invece la sua disciplina nell'ambito del TUE. Al punto che qualcuno potrebbe ancora suggerire, come avvenuto in passato, che la PESC non costituisca una competenza dell'Unione, ma continui a rappresentare soltanto una cornice istituzionale e operativa per l'esercizio di competenze che restano interamente in capo agli Stati membri»⁵¹. Si tratterebbe di una competenza a «definire e attuare» una politica estera di sicurezza e difesa strutturalmente diversa dalla «attività, di natura prevalentemente normativa di regolamentazione, che l'Unione generalmente svolge nella gran parte delle altre politiche. Infatti, la definizione e attuazione di una politica estera comune consiste nell'individuazione di orientamenti politici comuni e nella predisposizione di strumenti operativi, tipici delle relazioni internazionali, che consentano di metterne in atto i rilevanti obiettivi. Una volta quindi elaborata in seno all'Unione, e secondo le procedure previste dai Trattati, la volontà politica comune su tematiche di politica estera aventi interesse generale, sono prevalentemente funzioni di carattere operativo che consentono di attuare la politica in questione, attraverso l'adozione di decisioni che definiscono le

⁴⁸ In questo senso L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea. Sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze*, Milano, Giuffrè, 2010; P. VAN ELSUWEGE, *EU external action after the collapse of the pillar structure: in search of a New Balance between Delimitation and Consistency*, cit. *supra*, nota 1, p. 987 ss.

⁴⁹ L. MEZZETTI, *Luci e ombre nella Costituzione europea della sicurezza e della difesa*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, p. 1807 ss.

⁵⁰ C. CELLERINO, *Soggettività internazionale e azione esterna dell'Unione europea*, cit. *supra*, nota 36, pp. 107-109.

⁵¹ *Ivi*. Anche se tale questione risulta risolta dalla previsione contenuta nell'art. 2, par. 4, TFUE, a tenore della quale «l'Unione ha competenza, conformemente alle disposizioni sul Trattato dell'Unione europea, per definire e attuare una politica estera e di sicurezza comune, compresa la definizione progressiva di una politica di difesa comune».

posizioni che l'Unione deve assumere, le azioni che deve intraprendere, e le modalità per la loro realizzazione»⁵².

La politica estera e di sicurezza comune è stata altresì definita come un'area di azione collettiva «concepita in principio in senso ampio, ma che deve essere precisata volta per volta attraverso un accordo politico unanime che traduce, in un atto giuridicamente vincolante, la specifica azione che gli Stati membri intendono esercitare congiuntamente». Gli Stati non avrebbero trasferito le proprie sovranità all'Unione: «[l]e norme mirano semplicemente a individuare aree di possibile cooperazione. In realtà, il processo decisionale – fondato ancora sull'unanimità – dimostra che una determinata politica comune si forma se e quando gli Stati membri decidono di farlo e nei limiti in cui essi lo ritengono opportuno»⁵³.

Per poter prendere posizione in ordine a tale questione bisogna verificare su quali schemi si fondi l'azione di Unione e Stati membri in questo settore. Certamente è da escludere una competenza esclusiva dell'Unione perché, dal punto di vista formale, la politica estera e di sicurezza comune non rientra nell'elencazione tassativa delle materie indicate all'art. 2, par. 1, TUE, ma soprattutto, dal punto di vista sostanziale, gli Stati conservano ampi margini di manovra.

È da escludersi anche la riconducibilità entro le competenze di coordinamento, completamento e sostegno, nonostante vi sia una certa somiglianza rispetto a esse⁵⁴, sia per la tassatività delle materie a esse riconducibili, sia per il loro diverso operare. Queste implicano un'azione di sostegno agli Stati da parte dell'Unione che non impedisce l'azione statale e che non può comportare un'armonizzazione normativa degli ordinamenti nazionali. L'azione dell'Unione in materia di politica estera, invece, è autonoma rispetto a quella degli Stati, e tuttavia è legata alla capacità degli Stati di coordinarsi in seno alle istituzioni.

Nemmeno può essere ricondotta tra le competenze concorrenti. Infatti non pare agevole immaginare l'applicazione del meccanismo della *preemption*⁵⁵ alla politica estera e di sicurezza comune⁵⁶. Né, parimenti, può

⁵² C. CELLERINO, *Soggettività internazionale e azione esterna dell'Unione europea*, cit. *supra*, nota 36.

⁵³ In argomento si rinvia a R. BARATTA, *Le principali novità del trattato di Lisbona*, cit. *supra*, nota 35, p. 21 ss.

⁵⁴ Così L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea. Sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze*, cit. *supra*, nota 48, p. 386.

⁵⁵ Sul principio della *preemption* si rinvia a A. ARENA, *Il principio della preemption in diritto dell'Unione europea, esercizio delle competenze e ricognizione delle antinomie tra diritto derivato e diritto nazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013.

⁵⁶ In questo senso C. CELLERINO, *Soggettività internazionale e azione esterna dell'Unione*

farsi luogo all'applicazione del principio di sussidiarietà in quest'ambito. Basti pensare che, a norma dell'art. 32 TUE, gli Stati possono intraprendere azioni sulla scena internazionale⁵⁷. Gli unici vincoli risiedono nel fatto che prima di intraprendere qualsiasi azione o di assumere qualsiasi impegno che possa ledere gli interessi dell'Unione devono consultare gli altri Stati membri in sede di Consiglio europeo o di Consiglio; sono legati da un principio di solidarietà; inoltre devono assicurare, mediante la convergenza delle loro azioni, l'affermazione dei valori e degli interessi dell'Unione sulla scena internazionale. Un preventivo obbligo di consultazione di tale portata mal si concilia con il principio per cui un'azione statale da sola sufficiente al raggiungimento degli obiettivi perseguiti non abbisogna di attivare il livello di governo superiore. Peraltro, anche quando l'Unione abbia definito un approccio comune (art. 32 TUE), il potere di intervento torna nelle mani degli Stati, i quali devono coordinare le proprie attività nell'ambito del Consiglio.

È stata dunque avanzata l'idea che si tratti di una competenza «parallela», in virtù della quale, da una parte, sia gli Stati membri sia l'Unione avrebbero la competenza ad agire, senza che l'intervento di un livello di governo precluda l'intervento dell'altro; per altro verso, «il conferimento e l'esercizio di competenze PESC in capo all'Unione [è] idoneo a produrre vincoli sull'ordinamento degli Stati membri. A tale riguardo, anzi, limiti all'agire degli Stati membri in materia di politica estera possono derivare sia direttamente dalle norme del Trattato sia dall'esercizio delle competenze dell'Unione, alla luce del carattere vincolante degli atti ivi adottati dall'Unione, nonché del generale operare del principio di leale collaborazione che trova, proprio in ambito PESC, una speciale formulazione all'art. 24.3 TUE»⁵⁸.

Ne deriva la natura *sui generis* delle competenze dell'Unione in materia di politica estera e di sicurezza comune.

europa, cit. *supra*, nota 36, pp. 201-121.

⁵⁷ Ciò, peraltro, appare confermato dalle Dichiarazioni relative alla politica estera e di sicurezza comune (nn. 13 e 14) a tenore delle quali «le disposizioni del trattato sull'Unione europea riguardanti la politica estera e di sicurezza comune (...) lasciano impregiudicate sia le competenze degli Stati membri, quali esistono attualmente, per la formulazione e la conduzione della loro politica estera sia la loro rappresentanza nazionale nei paesi terzi e nelle organizzazioni internazionali. (...)» (Dichiarazione n. 13) e «le disposizioni riguardanti la politica estera e di sicurezza comune [...] non incidono sulla base giuridica, sulle responsabilità e sui poteri esistenti di ciascuno Stato membro per quanto riguarda la formulazione e la conduzione della sua politica estera, il suo servizio diplomatico nazionale, le relazioni con i paesi terzi e la partecipazione alle organizzazioni internazionali compresa l'appartenenza di uno Stato membro al Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite. (...)» (Dichiarazione n. 14).

⁵⁸ Così C. CELLERINO, *Soggettività internazionale e azione esterna dell'Unione europea*, cit. *supra*, nota 36, pp. 201-121.

3. La delimitazione dei confini tra le politiche materiali dell'Unione e la politica estera e di sicurezza comune

Come già anticipato, dalla tanto aspirata demarcazione tra politiche comunitarie e politica estera e di sicurezza comune discende l'esigenza di individuare preliminarmente l'ambito di competenza sulla base del quale l'Unione agisce, al fine di stabilire quali siano i poteri esercitabili, le procedure attivabili, gli atti adottabili e gli strumenti di controllo esperibili nell'ambito individuato.

Si tratta di un'operazione estremamente complessa per vari ordini di ragioni. Anzitutto, l'art. 24, par. 1, comma 1, TUE nel delimitare la politica estera e di sicurezza utilizza una formula estremamente ampia: essa «riguarda tutti i settori della politica estera e tutte le questioni relative alla sicurezza dell'Unione, compresa la definizione progressiva di una politica di difesa comune che può condurre a una difesa comune». Sarebbe stata proprio «l'estrema ampiezza della nozione di politica estera che [avrebbe] spinto gli Stati membri, dopo aver enunciato l'ambito teoricamente "sconfinato" della PESC, a far seguire previsioni che circoscrivono [nell'attuale art. 21⁵⁹] l'azione della politica estera europea»⁶⁰. L'unico dato testuale ricavabile dai Trattati, e utile a tracciare una delimitazione del suo ambito, sarebbe costituito dall'elencazione degli obiettivi contenuta nell'art. 21 del Trattato. Si parla, in quest'ottica di natura «accentuatamente finalistica»⁶¹, di una materia che, diversamente dalle politiche materiali dell'Unione, è definibile non in termini oggettivi, ma in termini teleologici, e per questa sua natura si caratterizza come una politica trasversale dalle rilevanti potenzialità espansive⁶².

Tuttavia, nella formulazione precedente dei Trattati la politica estera e di sicurezza comune perseguiva obiettivi propri; oggi quegli obiettivi sono divenuti obiettivi generali dell'azione esterna. Soccorrerebbe allora il principio – sancito dalla Corte di giustizia – della prevalenza di una competenza specifica su quella generale. In quest'ottica, «[c]onsidering that the TFEU mentions many other areas where the EU has external competences, one will have to conclude that "foreign policy" is everything that is not

⁵⁹ Che sostituisce il precedente art. 11 TUE.

⁶⁰ Così F. RASPADORI, *La politica estera dell'Unione europea. Istituzioni e strumenti di pace*, cit. supra, nota 10, p. 46 ss.

⁶¹ Così E. GIANFRANCESCO, *La politica estera e di sicurezza europea prima e dopo il trattato di Lisbona*, cit. supra, nota 1, p. 209 ss.

⁶² E. GIANFRANCESCO, *La politica estera e di sicurezza europea. Rilievi costituzionalistici*, cit. supra, nota 20, p. 359 ss.

covered by other competences»⁶³ e che quindi avrebbe carattere residuale⁶⁴. Peraltro, una competenza così generale si estenderebbe fin dove gli Stati lo consentano⁶⁵.

La delimitazione in positivo delle competenze dell'Unione in materia di politica estera e di sicurezza comune sulla base degli obiettivi e del rapporto di generalità/specialità tra le politiche comunitarie e la politica estera contribuisce solo in parte a segnare i confini. Un temperamento determinante è svolto dalla clausola di «bilateralizzazione reciproca»⁶⁶ contenuta nell'art. 40 del Trattato di Unione. Nel quadro normativo previgente tale disposizione era riprodotta solo in parte nell'allora art. 47 TUE *pre* Lisbona. Era previsto che l'attuazione della politica estera e di sicurezza comune non potesse pregiudicare le attribuzioni comunitarie, ma non era previsto il converso. In quel quadro normativo si parlava di «clausola di subordinazione» all'*acquis communautaire* delle altre competenze dell'Unione europea: poiché l'art. 47 TUE *pre* Lisbona mirava a «salvaguardare i settori d'azione della Comunità in maniera che l'Unione europea non interferi[sse] in essi con modalità di cooperazione meno integrate di quelle previste dal trattato CE, [...] si pot[eva] sostenere che la PESC comprende[sse] "tutti i settori della politica estera e di sicurezza" ad eccezione delle forme di politica estera che rientra[vano] nella competenza della Comunità»⁶⁷. La delimitazione tra le competenze «comunitarie» e le competenze intergovernative si determinava in funzione della identificazione dello scopo della misura: se perseguiva il fine esclusivo o principale di mantenere la pace e/o rafforzare la sicurezza internazionale, rientrava nella politica estera e di sicurezza comune, in caso contrario rientrava nelle altre politiche del-

⁶³ Così R. A. WESSEL, *Lex Imperfecta: Law and Integration in European Foreign and Security Policy*, in *European Papers* (www.europeanpapers.eu), 2016, pp. 439-468, specificamente p. 449.

⁶⁴ P. VAN ELSUWEGE si esprime in termini di rapporto tra *lex generalis* (costituita dagli atti di politica estera e di sicurezza comune) e *lex specialis*, costituita dagli atti «comunitari». La prima troverebbe applicazione quando non vi sono disposizioni più specifiche applicabili (*EU external action after the collapse of the pillar structure: in search of a New Balance between Delimitation and Consistency*, *cit. supra*, nota 1, p. 987 ss.).

⁶⁵ In questa prospettiva E. CANNIZZARO, *Commento all'articolo 11 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Commentari ai trattati sull'Unione e la Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 66.

⁶⁶ L'espressione è di E. GIANFRANCESCO, *La politica estera e di sicurezza europea prima e dopo il trattato di Lisbona*, *cit. supra*, nota 1, p. 209 ss.

⁶⁷ È quanto si ricava dalle conclusioni dell'Avvocato Generale del 19 settembre 2007 in causa n. C-91/05, *Commissione c. Consiglio*, punti 122-123. In tema di sovrapposizione tra i pilastri dell'Unione europea si vedano S. STETTER, *EU Foreign and Interior Policies: Cross-Pillar and the Social Constructions of Sovereignty*, in *Journal of Common Market Studies*, 2007, p. 759 ss.; J. HELISKOSKI, *Small arms and light weapons within the Union's pillar structure: an analysis of article 47 of the EU Treaty*, in *European Law Review*, 2008, p. 898 ss.

l'allora Comunità⁶⁸. Sulla base di questo orientamento, la politica estera e di sicurezza comune finiva per costituire una categoria residuale rispetto alle altre relazioni esterne dell'Unione⁶⁹.

L'impostazione finalistica è stata avallata dalla Corte di giustizia⁷⁰, la quale ha affermato che «la scelta del fondamento normativo di un atto comunitario deve basarsi su elementi oggettivi, suscettibili di sindacato giurisdizionale, tra i quali, in particolare, lo scopo e il contenuto dell'atto»⁷¹ e che, posto che l'adozione di certe misure nell'ordinamento dell'Unione potrebbe essere funzionale al perseguimento di plurimi obiettivi, alcuni dei quali rientranti nel campo delle competenze comunitarie, altre nel campo delle competenze intergovernative, la base giuridica per l'adozione della misura va identificata sulla base dell'obiettivo principale⁷², non potendo gli obiettivi cosiddetti accessori determinare la scelta della base giuridica⁷³ (teoria c.d. del *centre of gravity*). Inoltre, se i due oggetti della misura sono tra loro inscindibili, senza che uno di essi appaia accessorio all'altro, la natura particolare delle relazioni tra l'Unione europea e la Comunità doveva spingere a preferire il fondamento normativo comunitario. Secondo la Corte, infatti, qualora le finalità di un atto non potessero essere considerate l'una accessoria all'altra, bensì vi fosse un rapporto di equivalenza⁷⁴, la «clausola di subordinazione» all'*acquis communautaire* doveva determinare la riconduzione della misura entro il pilastro comunitario, sulla base della preferenza accordata a esso⁷⁵. L'orientamento della Corte denotava la

⁶⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale in causa n. C-91/05, *cit. supra*, nota 67, punto 189.

⁶⁹ J. HELISKOSKI, *Small arms and light weapons within the Union's pillar structure: an analysis of article 47 of the EU Treaty*, *cit. supra*, nota 67, p. 898 ss.

⁷⁰ Si veda, in tal senso, la sentenza del 13 settembre 2005 in causa n. C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 7879 ss., EU:C:2005:542, e i richiami giurisprudenziali in essa contenuti (in particolare le sentenze dell'11 giugno 1991 in causa n. C-300/89, *Commissione c. Consiglio*, punto 10, EU:C:1991:244; in questa *Rivista*, 1992, p. 677, con commento di G. SCOGNAMIGLIO, *Le basi giuridiche dell'azione ambientale: relazione tra l'art. 100 A e l'art. 130 S del Trattato*, *ivi*, p. 683, e del 19 settembre 2002 in causa n. C-336/00, *Huber*, punto 30).

⁷¹ Sentenza della Corte di giustizia del 13 settembre 2005 in causa n. C-176/03, *loc. cit.*, punto 45.

⁷² *Ivi*, punto 51.

⁷³ Sul tema dell'identificazione della base giuridica si veda J. HELISKOSKI, *Small arms and light weapons within the Union's pillar structure: an analysis of article 47 of the EU Treaty*, *cit. supra*, nota 67, p. 898 ss.

⁷⁴ La dottrina parla di «centre of gravity test». In argomento si vedano A. DASHWOOD, *Article 47 TEU and the Relationship Between First and Second Pillar Competences*, e M. CREMONA, *Defining Competence in EU External Relations: Lessons from the Treaty reform process*, entrambi in A. DASHWOOD - M. MARESCAU (eds.), *Law and Practice of EU External Relations*, *cit. supra*, nota 46, rispettivamente p. 70 ss. e 34 ss.

⁷⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 20 maggio 2008 in causa n. C-91/05, *Commissione c. Consiglio dell'Unione europea*, specificamente punti 75-77, in *Raccolta*, 2008, I, p. 3651

tendenza «ad attribuire una portata ampia al principio di protezione codificato nell'art. 47 TUE»⁷⁶.

In dottrina è stato sostenuto che tale posizione della Corte precludeva non solo l'adozione di misure in ambito di politica estera e di sicurezza comune quando gli obiettivi «comunitari» fossero prevalenti o anche solo equivalenti agli obiettivi di politica estera e di sicurezza comune, ma impediva altresì l'adozione di misure fondate su più basi giuridiche (c.d. *measures having a cross-pillar dimension*): da un lato, infatti, «if the measure is both about EC and CFSP matters, without one being incidental to the other, the measure will have to be based on the EC Treaty. (...) This suggests that cross-pillar instruments (EC–EU), including external agreement, are in principle precluded»⁷⁷. Dall'altro, quando fosse stato prevalente l'obiettivo di politica estera e di sicurezza comune ma, incidentalmente e/o in via accessoria, erano altresì perseguiti obiettivi rientranti nelle competenze comunitarie, al fine di evitare di incidere su queste ultime, «the Community ought at least to take part in the adoption of the act (and possibly lead to the adoption of a cross-pillar measure), if not adopt a separate instrument dealing specifically with those EC aspects, to ensure compliance with article 47 TEU»⁷⁸.

ss., EU:C:2008:288. In argomento si veda I. GOVAERE, *Multi-faceted Single Legal Personality and a Hidden Horizontal Pillar: EU External Relations Post-Lisbon*, cit. supra, nota 1, p. 87 ss.

⁷⁶ Così R. MASTROIANNI, *Commento all'articolo 40 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 291 ss., specificamente p. 292.

⁷⁷ Così C. HILLION - R. A. WESSEL, *Competence distribution in EU external relations after Eco Was: clarification or continued fuzziness?*, cit. supra, nota 1, p. 551 ss., specificamente p. 574. In senso contrario M. E. BARTOLONI, *Sulla partecipazione del Parlamento europeo alla formazione di accordi in materia di politica estera e di sicurezza comune*, in *Riv. dir. int.*, 2012, p. 796 ss.; nonché H. MERKET, *The European External Action Service and the Nexus between CFSP/CSDP and Development Cooperation*, in *European Foreign Affairs Review*, 2012, fasc. 4, vol. 17, p. 625 ss. Secondo quest'ultimo A., «any approach that maintains the "watertight" delimitation between CFSP and non-CFSP external action, seems to go against the new Treaties' rationale of integrated and consistent external action» (p. 629).

⁷⁸ Così C. HILLION - R. A. WESSEL, *Competence distribution in EU external relations after Eco Was: clarification or continued fuzziness?*, cit. supra, nota 1, p. 551 ss., specificamente p. 576. Una conferma in tal senso potrebbe leggersi nell'art. 218, par. 6, TFUE, a tenore del quale, «[t]ranne quando l'accordo riguarda esclusivamente la politica estera e di sicurezza comune, il Consiglio adotta la decisione di conclusione dell'accordo: a) previa approvazione del Parlamento europeo (...). Sarebbe l'utilizzo dell'avverbio «esclusivamente» ad aprire la strada alla partecipazione del Parlamento in casi in cui l'accordo riguardi non esclusivamente, ma solo prevalentemente la politica estera e di sicurezza comune. Diversamente, i redattori dei Trattati si sarebbero preoccupati di prevedere oltre all'avverbio «esclusivamente», anche l'avverbio «prevalentemente» o «principalmente», come hanno fatto nel par. 3: «La Commissione, o l'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza quando l'accordo previsto riguarda esclusivamente o principalmente la politica estera e di sicurezza comune, presenta raccomandazioni al Consiglio, il quale adotta una decisione che autorizza l'avvio dei negoziati e designa, in funzione della materia dell'accordo previsto, il negoziatore o il capo della squadra di negoziato dell'Unione».

In senso contrario P. VAN ELSUWEGE, *EU external action after the collapse of the pillar*

La questione non è di poco conto: dal punto di vista teorico dovrebbe esservi «una relazione univoca fra atto e base giuridica, nel senso che, normalmente, ogni atto deve essere adottato, in via di principio, sul fondamento di una sola base giuridica (...), [e] il conflitto fra più basi giuridiche concorrenti non è mai conflitto tra basi giuridiche ugualmente competenti, bensì conflitto fra una base giuridica competente ed una incompetente»⁷⁹; tuttavia, sul piano pratico non sempre vi è una correlazione univoca tra una norma e una base giuridica. Alla luce di ciò un atto potrebbe essere adottato sul fondamento di basi giuridiche concorrenti, tutte ugualmente valide⁸⁰. In questa prospettiva, l'art. 47 del Trattato era deputato a fornire un criterio di risoluzione del conflitto tra basi giuridiche non in termini di competenza – atteso che più basi giuridiche potevano ugualmente legittimare l'adozione di un atto –, bensì di prevalenza⁸¹. Conseguentemente, l'atto doveva essere adottato sul fondamento di un'unica base giuridica: quella comunitaria se equivalente o prevalente⁸².

In dottrina è stato rilevato che, sulla base di questo orientamento della Corte, l'art. 47, oltre a tutelare l'ordinamento giuridico comunitario, esplicava l'effetto di distogliere una misura «astrattamente fondata su una disposizione del Trattato sull'Unione, dalla propria base giuridica e fondarla

structure: in search of a New Balance between Delimitation and Consistency, cit. supra, nota 1, p. 987 ss.

⁷⁹ M. E. BARTOLONI, *Politica estera e azione esterna dell'Unione europea, cit. supra, nota 4, pp. 236-237.*

⁸⁰ *Ivi*, p. 239.

⁸¹ *Ibidem.*

⁸² Sentenza della Corte di giustizia del 20 maggio 2008 in causa n. C-91/05, *cit. supra, nota 75*. In senso contrario, è stata messa in evidenza l'inidoneità delle politiche materiali a perseguire scopi di politica estera, facendo leva sull'art. 215 TFUE, a tenore del quale il Consiglio può adottare sanzioni di natura commerciale per il perseguimento di scopi di politica estera e di sicurezza comune: l'esistenza di una specifica norma che fonda la possibilità di perseguire obiettivi di politica estera con strumenti «comunitari», implicherebbe che «[n]on sarebbe affatto necessaria una norma *ad hoc* che abiliti l'Unione ad adottare sanzioni economiche internazionali attraverso l'impiego della politica commerciale comune se questa potesse essere utilizzata per realizzare anche scopi di politica estera». Non basterebbe il carattere intrinsecamente commerciale della misura per ascriverla nell'ambito della politica commerciale. Così M. E. BARTOLONI, *Politica estera e azione esterna dell'Unione, cit. supra, nota 4, specificamente p. 40.*

Una diversa soluzione, tuttavia, si ricaverebbe dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale ha affermato che «un provvedimento che abbia l'effetto di impedire o restringere l'esportazione di determinati prodotti (...) non può essere escluso dall'ambito della politica commerciale comune per il fatto che esso mira a raggiungere obiettivi di politica estera e di sicurezza» (sentenza del 17 ottobre 1995 in causa n. C-70/94, *Werner c. Germania*, punto 10, in *Raccolta*, 1995, I, p. 3189 ss., EU:C:1995:328, in questa *Rivista*, 1996, p. 499, con commento di A. SANTINI, *Disciplina delle esportazioni di beni a duplice uso: misure nazionali e regolamentazione comunitaria, ivi*, p. 509. Si veda anche la sentenza del 17 ottobre 1995 in causa n. C-83/94, *Leifer e altri*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 3231 ss., EU:C:1995:329).

invece su una disposizione del Trattato CE»⁸³. Tale interferenza si giustificava sulla base della funzione di salvaguardia svolta dalla norma.

Le nuove disposizioni contenute nell'art. 40 TUE, che hanno sostituito il previgente art. 47, sembrerebbero aver messo in discussione – almeno sul piano formale – la clausola di subordinazione all'*acquis communautaire* delle altre politiche dell'Unione. Esse avrebbero piuttosto stabilito una *mutual non-affectation clause*⁸⁴ per dare risposta alla volontà degli Stati di «conferire maggiore peso e rilevanza alla PESC (dunque, al metodo intergovernativo, che lascia loro maggiore possibilità di controllo) rispetto al passato»⁸⁵. Sarebbe venuta meno «the presumption in favour of using non-CFSP powers»⁸⁶. La nuova disposizione dovrebbe garantire «l'"impermeabilità" delle competenze comunitarie rispetto ad infiltrazioni della PESC, ma anche (...) il contrario, ovvero l'ambito PESC, da erosioni ad opera di altre politiche»⁸⁷.

In dottrina non vi è accordo sull'idoneità della norma a garantire tale reciproca impermeabilità⁸⁸. Inoltre, la tradizionale impostazione del *centre of gravity* non sarebbe più idonea a distinguere tra le azioni in materia di politica estera e di sicurezza comune e le altre politiche, atteso che gli obiettivi sono adesso indicati in via generale per tutta l'azione esterna dell'Unione. Se da un lato una lettura congiunta degli obiettivi cui deve tendere tutta l'azione esterna dell'Unione ne eviterebbe «la settorializzazione», dall'altro lato, «[u]na visione integrata dei poteri e degli scopi nell'ambito delle relazioni esterne, nel rendere le differenti politiche di rilievo esterno tra di loro interscambiabili, renderebbe assai ardua, se non impossibile, l'individuazione della base giuridica pertinente in relazione a singo-

⁸³ M. E. BARTOLONI, *Politica estera e azione esterna dell'Unione europea*, cit. supra, nota 4, p. 241-244.

⁸⁴ In argomento P. VAN ELSUWEGE, *EU external action after the collapse of the pillar structure: in search of a New Balance between Delimitation and Consistency*, cit. supra, nota 1, p. 987 ss.; M. E. BARTOLONI, *Sulla partecipazione del Parlamento europeo alla formazione di accordi in materia di politica estera e di sicurezza comune*, cit. supra, nota 77, p. 796 ss.

⁸⁵ R. MASTROIANNI, *Commento all'articolo 40 TUE*, cit. supra, nota 76, p. 295.

⁸⁶ P. VAN ELSUWEGE, *EU external action after the collapse of the pillar structure: in search of a New Balance between Delimitation and Consistency*, cit. supra, nota 1, p. 987 ss.

⁸⁷ E. GIANFRANCESCO, *La politica estera e di sicurezza europea prima e dopo il trattato di Lisbona*, cit. supra, nota 1, p. 209 ss., nonché la dottrina citata in nota 13.

⁸⁸ Da un lato è stata propugnata l'idoneità dell'art. 40 TUE a fungere da spartiacque. In tal senso A. DASHWOOD, *Article 47 TEU and the Relationship Between First and Second Pillar Competences*, cit. supra, nota 74, p. 100; L. PALADINI, *I conflitti fra i pilastri dell'Unione europea e le prospettive del trattato di Lisbona*, cit. supra, nota 1, p. 87 ss. In senso contrario M. CREMONA, *Defining Competence in EU External Relations: Lessons from the Treaty Reform Process*, cit. supra, nota 74, p. 34 ss.

le misure adottate, e si porrebbe inevitabilmente in contrasto con il principio di attribuzione espresso all'art. 5 TUE»⁸⁹.

In questa prospettiva «un'applicazione rigida del criterio della competenza, criterio che sembrerebbe esser fatto proprio dal nuovo art. 40 TUE, [imporrebbe] che ad un atto debbano corrispondere tante basi giuridiche quante sono le componenti principali di cui si caratterizza. Si determinerebbe, infatti, una violazione del principio della competenza d'attribuzione, e quindi indirettamente dell'art. 40 TUE, se un atto che persegue più obiettivi o presenta più componenti principali rientranti rispettivamente nelle politiche materiali e nella politica estera e di sicurezza comune, dovesse in principio fondarsi esclusivamente su un'unica base giuridica»⁹⁰. Infatti, sebbene «the consistency requirement hints at a combination of legal bases, the different CFSP procedures and instruments preclude that»⁹¹.

Sotto altro profilo, è stato sostenuto che «Art. 40 is merely a confirmation of the principle of consistency, now that it does no longer establish a hierarchy between CFSP and other policies»⁹². Tuttavia, proprio la previsione del principio di coerenza verrebbe a determinare un paradosso: «how to reconcile the remaining plea for delimitation of the CFSP, with the equally strong call for coherence, integration and comprehensiveness»⁹³?

Di fronte al nuovo quadro giuridico, la dottrina ha ritenuto che il criterio di prevalenza del pilastro comunitario seguito dalla Corte sotto il previgente assetto normativo non sarebbe più proponibile⁹⁴. L'art. 40, «nell'escludere una qualsiasi subordinazione delle attribuzioni in materia di politica estera nei confronti delle altre politiche materiali, [avrebbe] assunto una funzione diametralmente opposta a quella svolta in precedenza»⁹⁵.

Dal canto proprio, la Corte di giustizia, da una parte, ha confermato il criterio del *centre of gravity*: «[s]e l'esame di un atto dell'Unione dimostra

⁸⁹ M. E. BARTOLONI, *Politica estera e azione esterna dell'Unione europea*, cit. supra, nota 4, p. 15.

⁹⁰ M. E. BARTOLONI, *Sulla partecipazione del Parlamento europeo alla formazione di accordi in materia di politica estera e di sicurezza comune*, cit. supra, nota 77, p. 796 ss.

⁹¹ R. A. WESSEL, *Lex Imperfecta: Law and Integration in European Foreign and Security Policy*, cit. supra, nota 63, pp. 456-457.

⁹² *Ibidem*, pp. 455-456.

⁹³ H. MERKET, *The European Union and the Security-Development Nexus*, Leiden, Brill Nijhoff, 2016, p. 17. Cfr. anche P. J. CAERDWELL, *On "Ring-Fencing" the Common Foreign and Security Policy in the Legal Order of the European Union*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2015, pp. 443-463, specificamente p. 456.

⁹⁴ R. MASTROIANNI, *Commento all'articolo 40 TUE*, cit. supra, nota 76, p. 291 ss.; C. IANNONE, *Commento all'articolo 275 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, cit. supra, nota 76, p. 2163 ss.

⁹⁵ Così M. E. BARTOLONI, *Politica estera e azione esterna dell'Unione europea*, loc. cit., p. 173.

che esso persegue una duplice finalità o che possiede una duplice componente, e se una di tali finalità o componenti è identificabile come principale, mentre l'altra è solo accessoria, l'atto deve fondarsi solo su una base giuridica, ossia quella richiesta dalla finalità o dalla componente principale o preponderante»⁹⁶. A diverso esito, invece, è giunta in riferimento all'ipotesi in cui non vi sia questo rapporto di accessorietà dei fini. In tali casi, essendo venuta meno la clausola di subordinazione all'*acquis communautaire* delle altre politiche dell'Unione, se l'atto persegue più finalità tra loro inscindibili, l'atto deve fondarsi sulle diverse basi giuridiche corrispondenti, e non più – quindi – sulla base giuridica comunitaria, sebbene debba trattarsi di un'ipotesi del tutto eccezionale⁹⁷. È quanto ha affermato la Corte in una delle ultime pronunce in materia di confini tra politiche materiali e politica estera e di sicurezza comune.

Nel caso di specie i giudici sono giunti a individuare una finalità prevalente e non hanno ulteriormente precisato come dovrebbero agire le istituzioni nel caso in cui i fini siano equivalenti. Dalla pronuncia sembrerebbe poter arguire che debba essere adottato un solo atto con più basi giuridiche: la Corte parla infatti di *atto* con finalità tra loro *inscindibili* che deve fondarsi sulle diverse basi giuridiche pertinenti. Tuttavia, tale posizione prospetta una serie di questioni problematiche: l'individuazione di plurime basi giuridiche potrebbe determinare l'esigenza di attivare procedimenti diversi di adozione dell'atto.

Come ha correttamente osservato l'Avvocato Generale nelle proprie conclusioni, «la problematica qui controversa ha una grande portata politica e presenta addirittura risvolti di carattere costituzionale, in quanto si tratta di precisare i contorni della politica estera e di sicurezza comune e di delimitarla rispetto alle altre politiche dell'Unione»⁹⁸: mediante la scelta della base giuridica sostanziale sono, in ampia misura, predeterminati i poteri riconosciuti alle istituzioni (nel caso di specie al Parlamento europeo). Se da una parte non è stata esclusa la possibilità che si possa adottare un atto fondato su una doppia base giuridica⁹⁹, dall'altra, tuttavia, l'art. 40

⁹⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 14 giugno 2016 in causa n. C-263/14, *Parlamento c. Consiglio dell'Unione europea*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 44, EU:C:2016:435.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale del 28 ottobre 2015 in causa n. C-263/14, *Parlamento c. Consiglio dell'Unione europea*, punto 4. In tal senso si era espresso anche l'Avvocato Generale nelle proprie conclusioni del 30 gennaio 2014 in causa n. C-658/11, *Parlamento c. Consiglio dell'Unione europea*, punti 4 e 5.

⁹⁹ Nello stesso senso le conclusioni dell'Avvocato Generale in causa n. C-263/14, *cit. supra*, nota 98: «[n]on è in alcun modo escluso che, per l'azione esterna dell'Unione, si possa ricorrere a basi giuridiche al di fuori della PESC (...). L'articolo 21, paragrafo 3, TUE ricono-

TUE non sarebbe idoneo a fornire un criterio risolutivo in ordine alla scelta del procedimento di adozione dell'atto attivabile in presenza di plurime basi giuridiche tutte egualmente idonee a fondarne l'adozione, attesa la posizione di equivalenza tra politica estera e politiche materiali dell'Unione¹⁰⁰.

A fronte del quadro prospettato, ci si chiede quale sarebbe oggi la funzione alla quale sarebbe preordinato l'art. 40 TUE. La richiamata disposizione, a differenza del suo predecessore che fondava un criterio di prevalenza, si limiterebbe a ribadire un criterio di competenza, pertanto potrebbe risolversi in una previsione inutile¹⁰¹. Sotto altra prospettiva è stato sostenuto che la riformulazione dell'art. 40 TUE sarebbe solo simbolica: in virtù di un rapporto tra la *lex generalis*, costituita dagli atti di politica estera e di sicurezza comune, e la *lex specialis*, costituita dagli atti «comunitari», la prima troverebbe applicazione quando non vi siano disposizioni più specifiche applicabili¹⁰². In virtù dell'applicazione di un criterio di specialità così inteso, anche in assenza di un principio di prevalenza dell'azione comunitaria, questa troverebbe applicazione a scapito della politica estera e di sicurezza comune.

Entrambe queste ricostruzioni prestano il fianco ad obiezioni. Benché l'art. 40 si limiti a ribadire un criterio di competenza, esso continuerebbe a svolgere una specifica funzione, in combinato disposto con l'art. 275 TFUE: posta l'incompetenza della Corte di giustizia a sanzionare gli atti adottati in materia di politica estera e di sicurezza comune, tale regola subirebbe le eccezioni previste all'art. 275 TFUE. In particolare, la Corte sarebbe competente a vigilare sul rispetto dell'art. 40 TUE¹⁰³. Grazie a questa eccezione, gli atti di politica estera sarebbero sanzionabili, sul piano giurisdizionale proprio sotto (e unicamente per) il profilo del vizio di incompetenza¹⁰⁴. Diversamente tale vaglio sarebbe del tutto precluso, determinando

sce, infatti, espressamente che, accanto alla PESC, anche le altre politiche dell'Unione possono comprendere "aspetti esterni"» (punto 57).

¹⁰⁰ Si vedano in tal senso le sentenze dell'11 giugno 1991 in causa n. C-300/89, *cit. supra*, nota 70; del 10 gennaio 2006 in causa n. C-178/03, *Commissione c. Parlamento e Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 107 ss., EU:C:2006:4; del 6 novembre 2008 in causa n. C-155/07, *Parlamento c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 8103 ss., EU:C:2008:605.

¹⁰¹ M. E. BARTOLONI, *Politica estera e azione esterna dell'Unione europea*, *cit. supra*, nota 4, p. 269. Nello stesso senso R. VAN OOIK, *Cross-pillar Litigation before the ECJ: Demarcation of Community and Union Competences*, *cit. supra*, nota 5, p. 399 ss.

¹⁰² P. VAN ELSUWEGE, *EU external action after the collapse of the pillar structure: in search of a New Balance between Delimitation and Consistency*, *cit. supra*, nota 1, p. 987 ss.

¹⁰³ Anche se non si tratterebbe di un'eccezione in senso proprio.

¹⁰⁴ Rimarrebbe invece preclusa al vaglio della Corte la violazione del principio di coerenza. Nel caso in cui le istituzioni fossero indotte all'adozione di più atti fondati sulle rispettive

l'impossibilità di rimediare agli eventuali «sconfinamenti» tra una politica e un'altra¹⁰⁵. In questa prospettiva, dunque, la norma conserverebbe una sua «utilità».

Anche l'applicazione del criterio di specialità potrebbe portare ad esiti non del tutto conciliabili con il dato normativo. Se, come è stato sostenuto, non si potrebbe vietare alle politiche materiali dell'Unione di perseguire obiettivi di politica estera¹⁰⁶, l'applicazione della norma speciale a scapito di quella generale (anch'essa astrattamente applicabile) avrebbe, per converso, l'effetto di vietare alla politica estera di perseguire i propri obiettivi in virtù dell'esistenza di azioni comunitarie che perseguono gli obiettivi medesimi.

Se la Corte, al fine di superare l'*impasse*, fosse indotta a ricercare *forzatamente* la finalità principale di un atto al fine di individuare una sola base giuridica, estendendo o riducendo l'ambito materiale di certe competenze a scapito di altre¹⁰⁷, si determinerebbe un effetto di attrattività di certe azioni entro una politica piuttosto che entro un'altra.

Così ricostruito il quadro normativo, qualora fossero fatte salve le plurime basi giuridiche su cui si fonda un atto, rimarrebbe irrisolta la questione in ordine alla scelta del procedimento di adozione di un atto fondato congiuntamente su una base giuridica «comunitaria» e sulle norme di politica estera e di sicurezza comune.

Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia emerge come i giudici europei, pur venuta meno la clausola di subordinazione all'*acquis communautaire*, stiano continuando a operare nell'ottica di quel *favor* per le competenze «comunitarie»¹⁰⁸. Nel far ciò farebbero leva sul principio dell'unitarietà del quadro normativo e istituzionale e, in particolare, propenderebbero per la scelta del procedimento che garantisca la partecipazione del Parlamento europeo. A tal proposito appare utile il richiamo a quella

basi giuridiche e deputati al perseguimento dei medesimi fini, ma che dettino disposizioni tra di esse incompatibili, si sarebbe di fronte ad atti che, non sconfinando dai loro ambiti di competenza, non violerebbero l'art. 40, bensì porrebbero solo un problema di coerenza delle azioni intraprese rispetto al quale la Corte di giustizia non avrebbe competenza a pronunciarsi.

¹⁰⁵ Questa funzione, nel quadro normativo previgente era svolta dagli artt. 46, lett. f., e 47 TUE.

¹⁰⁶ E. CANNIZZARO, *La fusione dei "pilastri": politica estera e politiche materiali nel progetto di Costituzione europea*, cit. supra, nota 1, p. 1068 ss.

¹⁰⁷ Come è stato auspicato in dottrina: così M. E. BARTOLONI, *Politica estera e azione esterna dell'Unione europea*, cit. supra, nota 4, p. 277.

¹⁰⁸ Così facendo il giudizio di validità della Corte lungi dal porsi come strumento neutrale di applicazione di un criterio di competenza «si traduc[e] in uno strumento indirettamente volto a privilegiare il diritto materiale». Si determinerebbe di fatto l'applicazione di un criterio di prevalenza, alterando la funzione dell'art. 40: così M. E. BARTOLONI, *Politica estera e azione esterna dell'Unione europea*, loc. cit., nota 4, p. 334.

giurisprudenza della Corte che ha escluso il cumulo di basi giuridiche quando esso avrebbe l'effetto di mettere «a repentaglio (...) la partecipazione del Parlamento europeo»¹⁰⁹. La Corte si è così preoccupata di garantire un maggiore coinvolgimento del Parlamento europeo, escluso dal processo decisionale relativo alla politica estera e di sicurezza comune, determinandone sempre più l'attrazione entro l'area di influenza del metodo comunitario¹¹⁰.

4. Il processo di istituzionalizzazione della politica estera e di sicurezza comune: il ruolo del Parlamento europeo

Dall'esame condotto sembra poter arguire che la delimitazione dei confini tra le politiche materiali dell'Unione e la politica estera e di sicurezza comune non sia determinabile solo in funzione dell'individuazione della base giuridica e degli obiettivi prevalenti, ma risente molto del livello di istituzionalizzazione della politica estera e di sicurezza comune e della sua riconduzione entro un quadro normativo e istituzionale unificato.

A tal proposito qualche preliminare considerazione appare opportuna.

Come dimostra la prassi, in questo settore l'integrazione europea si è consolidata molto più lentamente rispetto ad altri campi¹¹¹. L'instaurazione

¹⁰⁹ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 giugno 1991 in causa n. C-300/89, *cit. supra*, nota 70. In senso critico rispetto all'orientamento che la partecipazione del Parlamento europeo al procedimento di adozione di un atto dovrebbe determinare la scelta della base giuridica si veda M. KLAMERT, *Conflicts of Legal Basis: No Legality and No Basis but a Bright Future under the Lisbon Treaty?*, in *Eur. Law. Rev.*, 2010, p. 497 ss.

¹¹⁰ E. GIANFRANCESCO, *La politica estera e di sicurezza europea. Rilievi costituzionalistici*, *cit. supra*, nota 20, p. 359 ss.

¹¹¹ In argomento U. KROTZ - R. MAHER, *International relations theory and the rise of European foreign and security policy*, in *World politics*, 2011, p. 548 ss.

E a partire dagli anni Settanta del secolo scorso che si fanno risalire le origini della cooperazione politica europea tra gli Stati allora membri delle prime Comunità europee, anche se già il 18 luglio 1961, in occasione della Conferenza di Bad Godesberg, gli Stati membri delle Comunità europee stabilirono di tenere, a intervalli regolari, delle riunioni dei Capi di Stato e di Governo e dei Ministri degli Esteri per concertare le politiche estere dei sei Stati. Essa venne varata informalmente al vertice di Lussemburgo, in occasione del quale fu approvato il Rapporto Davignon. Questo prevedeva un modello di cooperazione basato su riunioni dei Ministri degli Affari Esteri al fine di coordinare le politiche estere nazionali e di perseguire interessi comuni. Si comincia ad abbandonare «uno stile bargaining oriented di cooperazione che prevedeva la soddisfazione degli interessi particolari-nazionali (...) a favore di uno stile di problem solving che [facesse] riferimento agli interessi comuni (...)». Questo cambiamento nello stile negoziale interno ha avuto l'effetto di ridurre il perimetro delle dissonanze e di condurre, lentamente, all'elaborazione di linee comuni» (così P. IGNAZI, *L'Europa senza mappa cerca una politica estera*, in *Vita e pensiero*, 2006, p. 31 ss.).

Per ulteriori approfondimenti storici sia consentito rinviare a V. PETRALIA, *La politica estera e di sicurezza comune e la politica europea di sicurezza e di difesa*, in U. DRAETTA - N. PARISI (a cura di), *Elementi di Diritto dell'Unione europea*, Parte speciale, *Il diritto sostanziale*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 348 ss. Si vedano anche L. BONANATE, *Politica e diritto*

delle prime forme di cooperazione in materia di politica estera è da ricondursi all'esigenza di alzare il profilo di un'Europa nella politica mondiale che potesse parlare a una voce sola e che fosse l'espressione del convergere delle strategie nazionali in un'unica strategia europea¹¹².

Solo attraverso l'avvio di un processo di istituzionalizzazione delle forme di cooperazione poteva prendere forma la cooperazione europea in materia di politica estera. In questa prospettiva le conferenze al vertice che fino al 1974 si erano tenute tra i Capi di Stato e di Governo cominciarono a tenersi sotto forme più strutturate. Fu infatti creato il Consiglio europeo, una sede di concertazione politica, per mezzo della quale dare risposta alla «necessità di un'impostazione globale dei problemi interni posti dalla costruzione europea e di quelli che l'Europa [avrebbe dovuto] affrontare all'esterno»¹¹³. La cooperazione politica così inaugurata fu dapprima formalmente istituzionalizzata con la firma dell'Atto Unico europeo, con il quale gli Stati si impegnarono a riunirsi nel quadro della cooperazione politica europea. Successivamente, con la firma del Trattato di Maastricht, si diede vita all'Unione europea e alla stessa furono attribuite competenze specifiche in materia di politica estera e di sicurezza comune (il c.d. II pilastro), sebbene, al fine di mantenere un metodo di intervento eminentemente intergovernativo, la cooperazione europea in materia di politica estera è stata mantenuta, per lungo tempo, al di fuori del contesto dei Trattati comunitari¹¹⁴.

Questo processo di istituzionalizzazione ha registrato importanti sviluppi¹¹⁵, tuttavia gli schemi di cooperazione in questa materia continuano a costituire la sintesi di due forze contrapposte: a fronte della già richiamata esigenza di conferire all'Unione europea un più alto profilo sulla scena internazionale, permane la volontà degli Stati di «remain in firm control of the creation and implementation of foreign, security, and defense policy, such that divergence and disagreement between governments will at times be inevitable». Infatti, «[w]hen it comes to core security interests, European

nella formazione della politica estera dell'Unione europea, cit. supra, nota 24; A. LANG - P. MARIANI, La politica estera dell'Unione europea. Inquadramento giuridico e prassi applicativa, cit. supra, nota 28; A. L. VALVO, Lineamenti di Diritto dell'Unione europea, Roma, Amon Edizioni, 2011, p. 307 ss.

¹¹² In argomento U. KROTZ - R. MAHER, *International relations theory and the rise of European foreign and security policy, cit. supra, nota 111, p. 548 ss.*; U. VILLANI, *Gli sviluppi del trattato di Lisbona in materia di politica estera e di sicurezza comune, cit. supra, nota 1, p. 9 ss.*

¹¹³ Comunicato finale del vertice di Parigi.

¹¹⁴ In argomento si veda R. GOSALBO BONO, *Some Reflections on the Csfp Legal Order, CMLR, 2006, p. 338 ss.*

¹¹⁵ Tenuto conto dell'attuale assetto della politica come ridisegnato dal Trattato di Lisbona. Per la dottrina si rinvia *supra*, nota 1.

governments continue to pursue predominantly nationally defined interests and policies»¹¹⁶. Conseguentemente, anche a seguito della già ricordata abolizione dei pilastri, in questo settore, è stato mantenuto un equilibrio interistituzionale assolutamente diverso nel quale prevale il ruolo delle istituzioni rappresentative degli Stati e Parlamento europeo e Commissione ricoprono dei ruoli marginali.

L'importanza di mantenere un equilibrio interistituzionale assolutamente diverso rispetto a quello disegnato nell'ambito delle altre politiche dell'Unione si coglie nell'espressa esclusione della possibilità di fare ricorso alla clausola di flessibilità per il settore della politica estera e di sicurezza comune sancita dall'art. 352, par. 4, TFUE. Tale esclusione «mira ad evitare il rischio che attraverso un'azione presa ai sensi dell'art. 352 TFUE si possano alterare i meccanismi specifici di questo settore, a partire da quelli relativi alla presa di decisioni»¹¹⁷. Infatti, la clausola di flessibilità chiamerebbe il Consiglio e il Parlamento europeo (soprattutto quest'ultimo) a esercitare un ruolo che normalmente non avrebbero nel campo della politica estera e di sicurezza comune. Si coglie altresì nella Dichiarazione relativa alla politica estera e di sicurezza comune (n. 14), laddove viene dichiarato che «le disposizioni relative alla politica estera e di sicurezza comune non conferiscono alla Commissione nuovi poteri di iniziativa per le decisioni né accrescono il ruolo del Parlamento europeo»¹¹⁸.

Nonostante le cautele rintracciabili all'interno dei Trattati per preservare lo specifico assetto istituzionale dell'Unione in materia di politica estera, tale assetto oggi risente dell'unitarietà del quadro normativo e istituzionale dell'Unione: «the scope and intensity of cooperation is qualitatively different today as compared with what it was even in the very recent past»; «European security has become more deeply institutionalized»¹¹⁹. Si sarebbe realizzato un processo storico di istituzionalizzazione di abitudini

¹¹⁶ Così U. KROTZ - R. MAHER, *International relations theory and the rise of European foreign and security policy*, cit. supra, nota 111, rispettivamente p. 552 e 549. Nello stesso senso J. DE RUYT, *Organisation de l'action extérieure de l'Union et de sa politique de défense*, in G. AMATO - H. BRIBOSIA - B. DE WITTE (dir.), *Genèse et destinée de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1145 ss. Secondo l'A. «[I]es Etats membres, en effet, ne sont pas (encore?) prêts à accepter que la méthode communautaire s'applique à la politique étrangère. Ils ne sont pas (encore?) prêts à accepter que la Commission, organe supranational, intervienne comme telle, dans un domaine où ils entendent encore garder eux-mêmes la capacité d'agir de manière autonome» (p. 1163).

¹¹⁷ R. ADAM - A. TIZZANO, *Manuale di Diritto dell'Unione europea*, cit. supra, nota 23, p. 435; nonché F. MUNARI, *La politica estera e di sicurezza comune (Pesc) e il sistema delle fonti ad essa relative*, cit. supra, nota 46, p. 941 ss.

¹¹⁸ Secondo capoverso.

¹¹⁹ Così U. KROTZ - R. MAHER, *International relations theory and the rise of European foreign and security policy*, cit. supra, nota 111, p. 554. Nello stesso senso A. HINAREJOS, *Judicial control in the European Union*, cit. supra, nota 20.

e di modelli di cooperazione¹²⁰, grazie al quale «the governments of the Member States have shown themselves ready to integrate all three pillars into the same unitary structure in the Lisbon Treaty»¹²¹.

Soprattutto il ruolo del Parlamento europeo e della Commissione risentirebbe del mutato quadro normativo. Con riferimento al primo, vale la pena di ricordare che esso, nell'ambito della politica estera e di sicurezza comune, esercita poteri informativi e latamente consultivi¹²². Tuttavia, come dichiarato dalla Corte di giustizia, «[s]e è vero che il ruolo conferito al Parlamento nel settore della PESC resta limitato (...), resta cionondimeno il fatto che quest'ultimo non è privato di qualunque diritto di controllo su tale politica dell'Unione»¹²³. Al contrario, allo stesso competerebbe un potere di controllo diretto, «più specificamente, [a] verificare che la scelta della base giuridica di una decisione (...) sia stata operata nel rispetto delle proprie attribuzioni»¹²⁴.

Sulla scorta di tale orientamento, i giudici europei hanno annullato una

¹²⁰ Secondo M. E. SMITH, tale processo sarebbe per certi aspetti involontario (*Europe's Foreign and Security Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004). Secondo altri, invece, le principali cause di esso sarebbero, in particolare, l'unipolarismo americano e l'esigenza dell'Europa di ridurre la propria dipendenza dagli Stati Uniti e di aumentare la propria autonomia nella politica mondiale: così S. G. JONES, *The Rise of European Security Cooperation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007. In senso contrario S. BROOKS - W. WOHLFORTH, *World Out of Balance: International Relations and the Challenge of American Primacy*, Princeton, Princeton University Press, 2008; II.DD., *Hard Times for Soft Balancing*, in *International Security*, 2005, p. 72 ss.; K. A. LEIBER - G. ALEXANDER, *Waiting for Balancing: Why the World is not Pushing Back*, in *International Security*, 2005, p. 109 ss.

Sotto altra prospettiva è stato tuttavia messo in luce che l'intensificarsi della cooperazione europea in questa materia non si è tradotta in una influenza reale dell'Unione europea sulla scena mondiale: così B. R. POSEN, *European Union Security and Defense Policy: Response to Unipolarity?*, in *Security Studies*, 2006, n. 2, p. 149 ss.

¹²¹ Così A. HINAREJOS, *Judicial control in the European Union*, cit. supra, nota 20, p. 123. Secondo l'A. «[t]he intergovernmental pillars of the European Union are areas in continuous evolution. Although we should not make over-hasty assumptions of "depillarization", it is clear that this evolution seems to be towards a more deeply institutionalized cooperation. (...). Although infinitely less pronounced, a shift of perspective may be said to be taking place in the realm of the second pillar also».

¹²² Un ruolo più incisivo può essere collegato solo al potere di approvazione del bilancio che condivide con il Consiglio, atteso che tutte le spese amministrative e operative, relative alla politica estera e di sicurezza comune sono a carico del bilancio dell'Unione europea (come previsto all'art. 41, par. 1 e 2, TUE). Ciò non vale per le spese con implicazioni militari o che rientrano nel settore della difesa (art. 42), le quali rimangono a carico degli Stati, salvo che il Consiglio, all'unanimità, non decida altrimenti.

In argomento si veda P. CRAIG, *The Treaty of Lisbon: Process, Architecture and Substance*, in *European Law Review*, 2008, p. 129 ss.

¹²³ Sentenza della Corte di giustizia del 14 giugno 2016 in causa n. C-263/14, cit. supra, nota 96, punto 69. Per un primo commento della sentenza, si veda M. E. BARTOLONI, *Base giuridica sostanziale e accordi "interpillar": quale ruolo per il Parlamento europeo? Note a margine del caso Tanzania*, in *European Papers*, 17 agosto 2016, p. 1 ss.

¹²⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 14 giugno 2016 in causa n. C-263/14, cit. supra, nota 20, punto 71. Così anche le conclusioni rese dall'Avvocato Generale al punto 81.

decisione del Consiglio – la cui base giuridica era stata individuata nelle disposizioni in materia di politica estera e di sicurezza comune – con la quale veniva autorizzata la conclusione di un accordo internazionale. Sebbene la Corte avesse accertato, in via preliminare, che l'accordo riguardava in modo preponderante la politica estera e di sicurezza comune e che la decisione di conclusione dell'accordo era stata correttamente adottata ai sensi dell'art. 218, par. 6, TFUE – quindi non era richiesta la previa approvazione o consultazione del Parlamento europeo – , facendo leva sul rispetto dell'art. 218, par. 10, TFUE, ha ritenuto che «il Parlamento non [essendo] stato immediatamente e pienamente informato in tutte le fasi della procedura conformemente all'articolo 218, paragrafo 10, TFUE, esso non è stato in grado di esercitare il diritto di controllo che i Trattati gli hanno conferito in materia di PESC e, eventualmente, di far valere il proprio punto di vista per quanto riguarda, in particolare, la corretta base giuridica sulla quale l'atto di cui trattasi [avrebbe dovuto] fondarsi»¹²⁵. La violazione di tale obbligo di informazione aveva pregiudicato «le condizioni di esercizio, da parte del Parlamento, delle sue funzioni nel settore della PESC e costitui[va], dunque, una violazione di una formalità sostanziale»¹²⁶.

Tale decisione ha confermato una precedente pronuncia della Corte con la quale è stata annullata una decisione che autorizzava la conclusione di un accordo internazionale. I giudici del Lussemburgo, ritenendo che «il coinvolgimento del Parlamento nel processo decisionale è il riflesso, a livello dell'Unione, di un principio democratico fondamentale in base al quale i popoli partecipano all'esercizio del potere per il tramite di un'assemblea rappresentativa»¹²⁷, hanno statuito che, qualora il Parlamento europeo «non venga immediatamente e pienamente informato in tutte le fasi della procedura conformemente all'articolo 218, paragrafo 10, TFUE, ivi compresa quella che precede la conclusione dell'accordo, il Parlamento non è in grado di esercitare il diritto di controllo che i Trattati gli hanno conferito in materia di PESC e, eventualmente, di far valere il proprio punto di vista per quanto riguarda, in particolare, la corretta base giuridica sulla quale l'atto in questione deve fondarsi»¹²⁸.

¹²⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 14 giugno 2016 in causa n. C-263/14, *cit. supra*, nota 20, punto 84.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 24 giugno 2014 in causa n. C-658/11, *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea*, punto 81, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, giugno 2014, EU:C:2014:2025. Per un primo commento si veda N. LAZZERINI, *Il ruolo del Parlamento europeo e della Corte di giustizia nella conclusione degli accordi PESC*, in *Riv. dir. int.*, 2014, p. 834 ss.

¹²⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 24 giugno 2017 in causa n. C-658/11, *cit. supra*, nota 127, punto 86.

Le due pronunce sopra citate contribuiscono in maniera decisiva a delineare i contorni del potere che il Parlamento europeo esercita in materia di politica estera e di sicurezza comune, con specifico riferimento al procedimento di conclusione degli accordi internazionali. A tal proposito, vale la pena di ricordare che il Trattato di Lisbona ha innovato tale procedimento e ha dettato una disciplina generale (all'interno dell'art. 218 TFUE)¹²⁹. Secondo tale disciplina, compete al Consiglio autorizzare prima la firma e poi la conclusione dell'accordo¹³⁰. La decisione di conclusione dell'accordo del Consiglio, di regola, è subordinata alla previa consultazione del Parlamento. In alcuni casi è invece richiesta la previa approvazione dell'istituzione democratica¹³¹. La previa approvazione o consultazione del Parlamento non è richiesta quando l'accordo riguardi esclusivamente la politica estera e di sicurezza comune¹³². Tale esclusione risponde, evidentemente, alla logica di garantire un parallelismo tra le procedure di stipula degli accordi internazionali e quelle inerenti l'adozione degli atti interni in cui il Parlamento riveste un ruolo assolutamente marginale. Lo ha ricordato la Corte di giustizia: «[c]ome si può dedurre in particolare dall'articolo 218, paragrafo 6, comma 2, lettera a), punto v), TFUE, tale distinzione mira a riflettere, sul piano esterno, la ripartizione dei poteri tra istituzioni applicabile a livello interno. Infatti, da un lato, il Trattato di Lisbona ha imposto l'approvazione del Parlamento in riferimento alla conclusione di un accordo internazionale proprio per gli accordi attinenti a settori ai quali, sul piano interno, si applica la procedura legislativa ordinaria, prevista dall'articolo 294 TFUE, o la procedura legislativa speciale, ma solo quando questa esiga l'approvazione del Parlamento. Dall'altro lato, la partecipazione di tale istituzione alla conclusione di un accordo siffatto è esclusa soltanto quando quest'ultimo riguardi esclusivamente la PESC, nell'ambito della quale il Trattato di Lisbona ha attribuito al Parlamento un ruolo limitato (...). Pertanto, (...), l'articolo 218, paragrafo 6, TFUE istituisce una simmetria tra la procedura di adozione di atti dell'Unione a

¹²⁹ La previsione di una disciplina unica per la conclusione di accordi sarebbe coerente con la scelta del Trattato di Lisbona di abolire la struttura a pilastri. In tal senso A. MIGNOLLI, *Commento all'articolo 218 Tfu*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, cit. *supra*, nota 14, p. 1790 ss.

¹³⁰ Art. 218, par. 5, TFUE.

¹³¹ Se trattasi di accordi di associazione; dell'accordo sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; di accordi che creano un quadro istituzionale specifico organizzando procedure di cooperazione; di accordi che hanno ripercussioni finanziarie considerevoli per l'Unione; di accordi che riguardano settori ai quali si applica la procedura legislativa ordinaria oppure la procedura legislativa speciale qualora sia necessaria l'approvazione del Parlamento europeo.

¹³² Art. 218, par. 6, TFUE.

livello interno e la procedura di adozione degli accordi internazionali, al fine di garantire che, con riguardo a una data materia, il Parlamento e il Consiglio dispongano degli stessi poteri, nel rispetto dell'equilibrio istituzionale previsto dai Trattati»¹³³.

È attraverso la corretta individuazione della base giuridica sostanziale di un atto che si determina la procedura applicabile sulla scorta di criteri oggettivi¹³⁴ e sulla base di tale determinazione sono predeterminati i poteri riconosciuti al Parlamento europeo.

A fronte del diverso grado di coinvolgimento del Parlamento europeo nel procedimento di stipula degli accordi internazionali, in funzione della materia oggetto dell'accordo di volta in volta negoziato, la Corte ha ritenuto che il par. 10 dell'art. 218 TFUE – il quale sancisce un obbligo di informazione del Consiglio nei confronti del Parlamento europeo – «è l'espressione dei principi democratici sui quali l'Unione si fonda. In particolare, la Corte ha già precisato che il coinvolgimento del Parlamento nel processo decisionale è il riflesso, a livello dell'Unione, di un principio democratico fondamentale in base al quale i popoli partecipano all'esercizio del potere per il tramite di un'assemblea rappresentativa»¹³⁵ e che tale regola sarebbe applicabile a tutti i tipi di procedura¹³⁶. «Il controllo democratico non si esauri[rebbe] nell'esercizio di prerogative codecisorie formali e l'informazione del Parlamento non [sarebbe] finalizzata soltanto a preparare l'esercizio di siffatte prerogative. Piuttosto, già la stessa trasparenza creata da un'informazione immediata e piena del Parlamento in tutte le fasi della procedura constitui[rebbe] un elemento di controllo democratico da non sottovalutare e dotato, quindi, di un valore intrinseco»¹³⁷.

Sulla base di tale orientamento, il Parlamento europeo, nel procedimento di stipula degli accordi internazionali, anche rispetto ad accordi aventi ad oggetto questioni di politica estera e di sicurezza comune, si vedrebbe riconosciuto un generale diritto di essere informato ai sensi dell'art. 218, par. 10, TFUE. Tale diritto sarebbe preordinato, in particolare, a verificare la corretta scelta della base giuridica degli atti di autorizzazione alla conclusione dell'accordo.

Rimarrebbe, tuttavia, da chiarire se la violazione di un simile diritto possa essere fatta valere dal Parlamento europeo in sede giurisdizionale,

¹³³ Sentenza della Corte di giustizia del 24 giugno 2014 in causa n. C-658/11, *cit. supra*, nota 127, punti 55-56.

¹³⁴ *Ibidem*, punto 60.

¹³⁵ *Ibidem*, punto 81.

¹³⁶ *Ibidem*, punti 82 e 85.

¹³⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale in causa n. C-263/14, *cit. supra*, nota 98, punti 76-78.

atteso che il Trattato sull'Unione europea, all'art. 24, par. 1, comma 2, sancisce l'incompetenza della Corte di giustizia riguardo alle disposizioni relative alla politica estera e di sicurezza comune.

La Corte di giustizia ha risolto la questione affermando la propria competenza a pronunciarsi sul rispetto dell'art. 218, par. 10, TFUE anche laddove l'atto in contestazione dovesse avere ad oggetto la stipula di un accordo internazionale in materia di politica estera e di sicurezza comune. Secondo i giudici, «non si può sostenere che la portata della limitazione a carattere derogatorio della competenza della Corte, prevista dagli articoli 24, paragrafo 1, co. 2, ultimo periodo, TUE e 275 TFUE, si estenda fino ad escludere che la Corte sia competente ad interpretare ed applicare una disposizione come l'articolo 218 TFUE, la quale non ricade nell'ambito della PESC, pur disciplinando essa la procedura sulla base della quale è stato adottato un atto rientrante nella PESC»¹³⁸.

A fronte del quadro normativo, come interpretato dalla Corte di giustizia, è possibile arguire che il Parlamento europeo, oltre a essere legittimato a far valere, ai sensi dell'art. 275 TFUE, il rispetto dell'art. 40 TUE, ovvero a impugnare atti adottati sulla base delle disposizioni relative alla politica estera e di sicurezza comune, laddove se ne contesti la base giuridica, sarebbe legittimato – almeno per quanto attiene gli atti di conclusione di accordi internazionali – a far valere la violazione del proprio diritto a essere informato al fine di verificare la corretta individuazione della base giuridica su cui l'atto si fonda. Detto in altri termini, esso si vedrebbe riconosciuto il potere di tutelare una propria prerogativa, prodromica rispetto al potere di far valere il rispetto dell'art. 40 TUE, a verificare, durante l'*iter* di adozione di un atto, la scelta della base giuridica.

La posizione della Corte solleva qualche dubbio. Se l'effetto è quello di giungere ad annullare un atto adottato in materia di politica estera e di sicurezza comune, al di fuori delle ipotesi in cui la Corte è competente a pronunciarsi, come previste dall'art. 275, comma 2, TFUE, si tratta di capire sulla base di quale ragionamento la Corte abbia ritenuto sussistere la propria competenza. Infatti, con le due pronunce sopra indicate la Corte si

¹³⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 24 giugno 2014 in causa n. C-658/11, *cit. supra*, nota 127, punti 72 e 73. La Corte ha avallato quanto sostenuto dall'Avvocato Generale nelle proprie conclusioni, secondo il quale «sebbene l'incompetenza della Corte in materia di PESC rimanga la regola, tale politica non sfugge totalmente alla vigilanza del giudice dell'Unione. È pacifico che l'articolo 218 TFUE fissa le regole relative alla negoziazione e alla conclusione di tutti gli accordi internazionali. In particolare, la regola prevista all'articolo 218, paragrafo 10, TFUE, (...) si applica a tutti i settori del diritto dell'Unione. Se dunque tale disposizione è destinata a trovare applicazione, segnatamente, per quanto riguarda gli accordi internazionali conclusi dall'Unione in materia di PESC, non si tratta però assolutamente di una disposizione relativa alla PESC, ai sensi degli artt. 24, paragrafo 1, secondo comma, TUE e 275, primo comma, TFUE» (punti 136-137).

spinge a verificare non solo il rispetto dell'art. 40 TUE, ma il rispetto della prerogativa del Parlamento europeo di esercitare un controllo sul rispetto della corretta individuazione della base giuridica. Secondo i giudici, la Corte sarebbe competente a pronunciarsi sul presupposto che il par. 10 dell'art. 218 TFUE costituisce una disposizione a carattere generale che, in quanto tale, non ricade nell'ambito della politica estera, pur disciplinando la procedura sulla base della quale può essere adottato – anche – un atto rientrante in tale politica.

Senza voler entrare nel merito della questione relativa alla competenza della Corte di giustizia, va rilevato in questa sede che tale orientamento, determina certamente l'effetto di accrescere i poteri del Parlamento europeo nell'ambito della politica estera, nella misura in cui rende sanzionabile un atto adottato sulla base delle disposizioni di politica estera per violazione di un diritto di informazione. Tale orientamento, lungi dal confermare la richiamata simmetria dei poteri del Parlamento europeo nell'ambito della procedura di adozione di atti dell'Unione a livello interno e della procedura di adozione degli accordi internazionali in materia di politica estera e di sicurezza comune¹³⁹, determina, al contrario, una asimmetria: la posizione dell'istituzione democraticamente eletta risulterebbe più incisiva nel procedimento di conclusione degli accordi internazionali rispetto a quello di adozione di atti interni. Infatti, mentre nel primo caso l'istituzione popolare potrebbe far valere la violazione di un diritto di informazione sancito in una norma a carattere generale e ottenere l'annullamento di un atto di politica estera e di sicurezza comune, lo stesso non potrebbe fare rispetto a un atto interno la cui procedura di adozione è disciplinata dalle disposizioni relative alla politica estera e di sicurezza comune rispetto alle quali la Corte di giustizia non sarebbe competente a pronunciarsi.

5. *Segue: Il ruolo della Commissione europea*

Con riferimento alla Commissione europea, sebbene questa ricopra un rilevante ruolo nell'ambito dell'azione esterna dell'Unione, tanto che alla stessa compete il potere di rappresentanza esterna dell'Unione, nel settore della politica estera e di sicurezza comune essa si vede spogliata di gran parte dei poteri che le sono attribuiti nell'esercizio delle altre competenze. Basti ricordare che esercita limitate funzioni di iniziativa¹⁴⁰ e nessuna fun-

¹³⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 24 giugno 2014 in causa n. C-658/11, *cit. supra*, nota 127, punti 55-56.

¹⁴⁰ Tale potere di iniziativa è, di regola, affidato all'Alto rappresentante per la politica

zione esecutiva le è attribuita in questo ambito, se non nei limiti in cui essa si coordina con il Servizio europeo per l'azione esterna. Infatti, a norma dell'art. 26, par. 3, TUE, la politica estera e di sicurezza comune è attuata dall'Alto rappresentante e dagli Stati membri, ricorrendo ai mezzi nazionali e a quelli dell'Unione¹⁴¹.

Con specifico riferimento alla funzione esecutiva, sul piano generale, l'art. 291 TFUE «definisce la titolarità del potere esecutivo in chiave trilaterale»¹⁴² nella misura in cui affida agli Stati membri, alla Commissione e al Consiglio il potere/dovere di dare esecuzione agli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione. Le competenze esecutive sono conferite alla Commissione allorché siano necessarie condizioni uniformi di esecuzione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione. Tuttavia, in casi specifici debitamente motivati e nelle circostanze previste agli artt. 24 e 26 TUE, tale competenza esecutiva spetta al Consiglio¹⁴³.

Tenendo conto della previsione contenuta nell'art. 24, par. 1, comma 2, TUE, secondo la quale il ruolo specifico della Commissione nel settore della politica estera e di sicurezza comune è definito dai Trattati, ne deriva che, seppure in via eccezionale, quando si profila l'esigenza di stabilire condizioni uniformi di esecuzione nel settore della politica estera, viene meno la competenza della Commissione e prende invece vigore quella del Consiglio¹⁴⁴.

Mentre nei casi specifici debitamente motivati, data la natura derogatoria delle competenze esecutive del Consiglio, quest'ultimo è tenuto «a giustificare debitamente, in funzione della natura e del contenuto dell'atto di base da adottare o da modificare, un'eccezione alla regola secondo la quale, nel sistema del Trattato, qualora occorra adottare, a livello comuni-

estera e di sicurezza comune (artt. 18, par. 2; 27, par. 1 e 3; 30, par. 1; 33; 41, par. 3, comma 3; 42, par. 4, TUE; nonché gli artt. 215, par. 1; 218, par. 9; 222, par. 3; 331, par. 2, comma 2, TFUE), rispetto al quale la Commissione europea può esercitare solo un'azione di sostegno, eventuale (artt. 30, par. 1; 42, par. 4, TUE) o necessaria (artt. 215, par. 1; 222, par. 3, TFUE). In specifici casi, la decisione del Consiglio, che delibera su proposta dell'Alto rappresentante per la politica estera e di sicurezza comune, è soggetta alla previa approvazione della Commissione (art. 27, par. 3, TUE). Per tutti gli altri settori dell'azione esterna è competente la Commissione (art. 22, par. 2, TUE).

¹⁴¹ In argomento P. DE PASQUALE, *Comment to article 26 TEU*, in H. J. BLANKE - S. MANGIAMELI (eds.), *The Treaty on European Union (TEU), A Commentary*, Heidelberg, Springer, 2013, p. 947 ss.

¹⁴² In argomento R. BARATTA, *Commento all'articolo 291 Tfeue*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea, cit. supra*, nota 76, p. 2283 ss.

¹⁴³ Art. 291, par. 2, TFUE.

¹⁴⁴ In argomento R. BARATTA, *Commento all'articolo 291 Tfeue, loc. cit.*, p. 2283 ss.; P. STANCANELLI, *Commento all'articolo 291 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, Edizioni giuridiche Simone, 2012, p. 2096 ss.

tario, misure di esecuzione di un atto di base, spetta normalmente alla Commissione esercitare tale competenza»¹⁴⁵, la competenza eccezionale del Consiglio in materia di politica estera e di sicurezza comune sembrerebbe operare in maniera, per così dire, automatica.

L'assoluta incompetenza della Commissione europea in materia di politica estera e di sicurezza comune, come ricavata dalle disposizioni testé richiamate, sembrerebbe tuttavia essere stata messa in discussione dalla Corte di giustizia. A tal proposito è opportuno richiamare la sentenza resa nel caso *National Iranian Oil Company*¹⁴⁶: la società ricorrente chiedeva l'annullamento della sentenza con la quale il Tribunale dell'Unione europea aveva respinto il ricorso per l'annullamento di un regolamento di esecuzione del Consiglio che attuava un regolamento di base concernente misure restrittive nei confronti dell'Iran fondata sulle disposizioni relative alla politica estera e di sicurezza comune (nonché di una decisione del Consiglio concernente misure restrittive nei confronti dell'Iran, anch'essa fondata sulle disposizioni relative alla politica estera e di sicurezza comune)¹⁴⁷. Sebbene il regolamento di base si fondasse sulle disposizioni relative alla politica estera e di sicurezza comune, esso conferiva ampi poteri alla Commissione, mentre riservava al Consiglio la competenza ad adottare le misure più delicate. Inoltre, nel successivo regolamento esecutivo, «il Consiglio, per motivare la competenza di esecuzione che si è riservato (...), si è avvalso esclusivamente del fatto che la presente fattispecie rientra nell'ipotesi di "casi specifici debitamente motivati". Non ha in alcun modo evocato l'esistenza di un caso previsto agli articoli 24 TUE e 26 TUE»¹⁴⁸.

Tra i tanti motivi di ricorso, la *National Iranian Oil Company* contestava che il regolamento di esecuzione avrebbe dovuto essere adottato sulla base dell'art. 215 TFUE e non invece dell'art. 291, par. 2, del Trattato medesimo. Secondo la società ricorrente, l'art. 291 non doveva potersi sostituire all'art. 215: se le due disposizioni fossero considerate equivalenti, ne risulterebbero due diversi regimi di adozione di misure restrittive, comportanti una disparità tra le persone interessate da siffatte misure che contrasterebbe con il principio di parità di trattamento di cui all'art. 20 della

¹⁴⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 18 gennaio 2005 in causa n. C-257/01, *Commissione c. Consiglio dell'Unione europea*, punto 51, in *Raccolta*, 2005, I, p. 345 ss., EU:C:2005:25.

¹⁴⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 1° marzo 2016 in causa n. C-440/14 P, *National Iranian Oil Company c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, marzo 2016, EU:C:2016:128.

¹⁴⁷ Sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 16 luglio 2014 in causa n. T-578/12, *National Iranian Oil Company c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale - parte "informazioni sulle decisioni non pubblicate")*, EU:T:2014:678.

¹⁴⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 1° marzo 2016 in causa n. C-440/14 P, *cit. supra*, nota 146, punto 48.

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Inoltre, mentre «[g]li atti dell'Unione cui fa riferimento l'articolo 291, paragrafo 2, TFUE, sarebbero quelli necessari a creare condizioni uniformi di esecuzione di atti giuridicamente vincolanti: nel caso di specie ciò non si verificherebbe, perché l'articolo 215, paragrafo 2, TFUE consentirebbe di adottare misure di esecuzione»¹⁴⁹.

La Corte di giustizia, nel rigettare il ricorso, ha statuito che «discende dalla lettera stessa dell'art. 215 TFUE che tale disposizione non osta a che un regolamento adottato sul fondamento di detto articolo conferisca competenze di esecuzione alla Commissione o al Consiglio alle condizioni definite dall'articolo 291, paragrafo 2, TFUE, qualora condizioni uniformi di esecuzione di talune misure restrittive previste da tale regolamento siano necessarie. In particolare, non risulta dall'articolo 215, paragrafo 2, TFUE che le misure restrittive individuali prese nei confronti di persone fisiche o giuridiche, di gruppi o di entità non statali debbano essere necessariamente adottate secondo la procedura prevista dall'articolo 215, paragrafo 1, TFUE, e non possano essere adottate in base all'articolo 291, paragrafo 2, TFUE»¹⁵⁰.

Nel caso di specie, la Corte, se da una parte ha rilevato che l'«attribuzione della competenza di esecuzione al Consiglio [potrebbe] parimenti essere giustificata dal fatto che è tale istituzione che adotta le decisioni assunte nell'ambito della politica estera e di sicurezza comune, con le quali persone fisiche o giuridiche, entità o organismi sono inseriti nell'elenco delle persone e entità che devono essere colpite da un congelamento di fondi»¹⁵¹ e che il regolamento di base era stato adottato sulla base delle disposizioni relative alla politica estera e di sicurezza comune, dall'altro, si è limitata a prendere atto che il Consiglio, nel successivo regolamento esecutivo, per motivare la propria competenza di esecuzione, non ha invocato l'esistenza di un caso previsto agli artt. 24 TUE e 26 TUE.

Orbene, dal quadro delineato emerge che il Consiglio dell'Unione, sulla base di una decisione «adottata conformemente al capo 2 del titolo V del trattato sull'Unione europea [che] prevede l'interruzione o la riduzione, totale o parziale, delle relazioni economiche e finanziarie con uno o più paesi terzi», ovvero di un atto di politica estera e di sicurezza comune, può adottare le misure necessarie e in tali misure può attribuire competenze di esecuzione alla Commissione europea o riservare a sé tali competenze conformemente all'art. 291, par. 2, TFUE. Infatti, se, da un lato, in materia

¹⁴⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 1° marzo 2016 in causa n. C-440/14 P, *cit. supra*, nota 146, punto 25.

¹⁵⁰ *Ivi*, punto 34.

¹⁵¹ *Ivi*, punto 54.

di politica estera e di sicurezza comune l'art. 291 TFUE riserva le competenze esecutive al Consiglio, dall'altro lato, la Corte ha ritenuto che l'art. 215 TFUE «non osta a che un regolamento adottato sul fondamento di detto articolo conferisca competenze di esecuzione alla Commissione o al Consiglio alle condizioni definite dall'articolo 291, paragrafo 2, TFUE, qualora condizioni uniformi di esecuzione di talune misure restrittive previste da tale regolamento siano necessarie»¹⁵². Inoltre, l'art. 215, par. 2, TFUE non imporrebbe «che le misure restrittive individuali prese nei confronti di persone fisiche o giuridiche, di gruppi o di entità non statali debbano essere necessariamente adottate secondo la procedura prevista dall'articolo 215, paragrafo 1, TFUE, e non possano essere adottate in base all'articolo 291, paragrafo 2, TFUE»¹⁵³.

La sentenza sopra indicata solleva una questione che non è di poco conto: nella misura in cui il ricorso all'art. 215 TFUE non è, per così dire, obbligato – ben potendo il Consiglio ricorrere ai propri poteri esecutivi ai sensi dell'art. 291, par. 2, del Trattato medesimo o, addirittura, conferire competenze di esecuzione alla Commissione, pur trattandosi di adottare misure sulle base di decisioni emanate nell'ambito della politica estera e di sicurezza comune – ci si chiede se in tal modo non si venga a determinare una estensione delle competenze esecutive della Commissione europea nell'ambito della politica estera e di sicurezza comune che, invece, dovrebbero rimanere ben ancorate nella mani del Consiglio.

6. Brevi considerazioni conclusive

Benché dunque la politica estera e di sicurezza comune dell'Unione rimanga ancorata agli schemi della cooperazione intergovernativa e, nel suo ambito, il quadro istituzionale dell'Unione mantenga degli equilibri specifici, si crede di poter dunque registrare in questo settore una graduale influenza degli strumenti tipici del metodo c.d. comunitario. L'indagine svolta sulla giurisprudenza della Corte di giustizia mostra, infatti, come si vada da una sempre più incisiva attività di controllo democratico del Parlamento europeo ad un maggior coinvolgimento della Commissione nelle attività di esecuzione degli atti di politica estera e di sicurezza comune nonché ad un crescente controllo anche sul piano giurisdizionale da parte della Corte di giustizia.

¹⁵² Sentenza della Corte di giustizia del 1° marzo 2016 in causa n. C-440/14 P, *cit. supra*, nota 146, punto 34.

¹⁵³ *Ibidem*.

Sia la difficile delimitazione delle politiche dell'Unione europea – e il conseguente accavallarsi dei diversi ambiti di competenza – sia la tendenziale riconduzione della politica estera e di sicurezza comune entro un edificio normativo e istituzionale unitario hanno portato ad incursioni di un ambito su un altro. Il gioco di queste reciproche interferenze sembra essere tendenzialmente risolto dalla Corte di giustizia a favore del metodo comunitario che appare esercitare una maggiore attrattività sui settori della cooperazione intergovernativa. Tre sono – sinteticamente concludendo – gli indicatori di tale tendenziale sviluppo. Anzitutto vi è l'operare dei principi democratici su cui si fonda l'Unione, sulla base dei quali è necessario garantire il coinvolgimento del Parlamento nel processo decisionale anche in materia di politica estera e di sicurezza comune. In secondo luogo, è tenuto fermo il principio che consente l'operare di norme di portata generale (quale ad esempio l'art. 218, par. 10, TFUE) a tutti i settori di competenza dell'Unione europea. In terzo luogo, vi è la vivificante opera della Corte di giustizia la quale mostra anch'essa di tendere verso una sempre maggiore giurisdizionalizzazione della politica estera e di sicurezza comune. Basterà in questa sede rilevare come, da ultimo, i giudici europei abbiano dichiarato che «[g]li articoli 19, 24 e 40 TUE, l'articolo 275 TFUE, nonché l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea devono essere interpretati nel senso che la Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a statuire in via pregiudiziale, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, sulla validità di un atto adottato in base alle disposizioni relative alla politica estera e di sicurezza comune (...) [pur se] nei limiti in cui la domanda di pronuncia pregiudiziale verta sul controllo del rispetto dell'articolo 40 TUE nella decisione di cui trattasi oppure sul controllo della legittimità delle misure restrittive nei confronti delle persone fisiche o giuridiche»¹⁵⁴.

Valentina Petralia*

SINTESI

La politica estera e di sicurezza comune dell'Unione europea, anche a seguito delle importanti innovazioni apportate dal Trattato di Lisbona nell'ordinamento dell'Unione europea, tra le quali la proclamata abolizione della struttura in pilastri, ha continuato a conservare, rispetto alle altre politiche, la propria natura eminentemente intergovernativa. In questo settore si registra un equilibrio interistituzionale assolutamente diverso: continua a prevalere il ruolo delle istituzioni

¹⁵⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 28 marzo 2017 in causa n. C-72/15, *Rosneft*, in *Raccolta generale (Raccolta digitale)*, marzo 2017, EU:C:2017:236.

* Ricercatore in Diritto dell'Unione europea - Dipartimento di Giurisprudenza / Università degli Studi di Catania

rappresentative degli Stati e il Parlamento europeo e la Commissione continuano a ricoprire dei ruoli marginali.

Il presente contributo analizza il tema della delimitazione della politica estera e di sicurezza comune, soggetta al metodo intergovernativo, dalle altre politiche dell'Unione europea, soggette al metodo c.d. comunitario, al fine di determinare quali siano i poteri esercitabili, le procedure attivabili, gli atti adottabili e gli strumenti di controllo esperibili nell'ambito di volta in volta individuato.

L'articolo, sulla base dell'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia, indaga in due direzioni: la prima attiene all'individuazione di criteri certi che consentano di ricondurre una certa azione nell'ambito delle politiche materiali dell'Unione o nell'ambito della politica estera e di sicurezza comune. La seconda fa leva sugli effetti che il processo di istituzionalizzazione della politica estera e di sicurezza comune e la sua riconduzione entro un quadro istituzionale ormai unificato determinano sulla specificità di tale politica.

Dall'indagine condotta è possibile rilevare che la Corte di giustizia, pur venuta meno la clausola di subordinazione all'*acquis communautaire*, stia continuando a operare in un'ottica di *favor* per le competenze «comunitarie». Si crede di poter dunque registrare in questo settore una graduale influenza degli strumenti tipici del metodo c.d. comunitario.

ABSTRACT

One of the most important innovations introduced by the Lisbon Treaty in the European Union concerns the proclaimed abolition of the pillars structure. Nevertheless, the EU common foreign and security policy has maintained its eminently intergovernmental nature in relation to the other EU policies. In this field there are some differences from other areas of the EU's external action in the institutional involvement and procedures: the role of the representative institutions of the States continues to prevail, and the European Parliament and the Commission continue to play marginal roles.

This article addresses the issue of delimitation of the common foreign and security policy, covered by the intergovernmental method, from the other EU policies, covered by so-called Community method, in order to determine specific rules and procedures, specific acts and control instruments of each policy.

The article investigates two directions, based on the analysis of the case law of the Court of Justice: firstly, the identification of the criteria to connect an action under the field of the Union's material policies or within the framework of the common foreign and security policy. Secondly, the effects of the process of institutionalization of the common foreign and security policy and of its inclusion within a unified institutional framework on the specificity of this policy.

*On the basis of the analysis carried out, the article argues that the Court of Justice is continuing to act in favor of «Community» method, also in absence of the «*acquis communautaire*» clause and that the typical instruments of the «Community method» influence the EU CFSP.*

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE DECISIONI GIUDIZIARIE: PER LA CORTE DI GIUSTIZIA UN CREDITO È «NON CONTESTATO» QUANDO IL DEBITORE NON SI COSTITUISCE IN GIUDIZIO, BENCHÈ INVITATO CON ATTI SCRITTI, O NON COMPARE IN UDIENZA

Corte di giustizia

Sentenza del 16 giugno 2016 in causa n. C-511/14*

Pebros Servizi Srl c. Aston Martin Lagonda Ltd

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Regolamento (Ce) n. 805/2004, art. 3, par. 1, lett. b. - Cooperazione giudiziaria in materia civile - Titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati - Decisione resa in contumacia - Nozione di «credito non contestato»: nozione autonoma del diritto dell'Unione - La mancata comparizione del debitore in udienza implica il tacito riconoscimento del debito per mancata contestazione.

*Le condizioni in presenza delle quali, in caso di sentenza contumacia-
le, un credito si considera «non contestato», ai sensi dell'art. 3, par. 1, se-
condo comma, lett. b., del Regolamento (Ce) n. 805/2004 del Parlamento
europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, che istituisce il titolo esecuti-
vo europeo per i crediti non contestati, devono essere determinate in modo
autonomo, sulla base di questo solo Regolamento.*

* Non ancora pubblicata in *Raccolta*. EU:C:2016:448. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu. In argomento v. *infra*, p. 61 ss., il commento di MICHELA CAPOZZOLO.

LA CONTUMACIA QUALE *FICTA CONFESSIO* AI FINI DELLA NOZIONE DI CREDITO «NON CONTESTATO»

Sommario: 1. *Profili introduttivi* - 2. *La nozione di credito «non contestato» nel Regolamento (Ce) n. 805/2004* - 3. *La decisione della Corte di giustizia nel caso Pebros Servizi S.r.l. c. Aston Martin Lagonda Ltd* - 4. *Brevi considerazioni conclusive.*

1. Profili introduttivi

Com'è noto, il concetto di «non contestazione» del credito nel Regolamento (Ce) n. 805/2004¹ che ha istituito il titolo esecutivo europeo per i

¹ Regolamento (Ce) n. 805/2004, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati, in *Gu-Ue* n. L 143 del 30 aprile 2004, p. 15. Per una panoramica dottrinale sul titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati (TEE) si veda: M. FARINA, *Titoli esecutivi europei ed esecuzione forzata in Italia*, Roma, Aracne, 2012; J.-F. VAN DROOGHENBROECK - S. BRIJS, *Un titre exécutoire européen*, Bruxelles, Larcier, 2006; F. GASCÓN INCHAUSTI, *El Título Ejectutivo Europeo para Créditos no Impugnados*, Cizur Menor, Navarra, 2005. Tra le opere minori si vedano: A. M. ROMITO, *La tutela transnazionale del credito nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *FSJ: European Legal Studies*, 2017, p. 67 ss.; A. FRACKOWIAK-ADAMSKA, *Time for a European "full faith and credit clause"*, *CMRL*, 2015, p. 191 ss.; R. MATERI, *Titolo esecutivo europeo: esecuzione fuori frontiera*, in *Notariato*, 2015, p. 533 ss.; R. SICILIANO, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati: presupposti e rimedi*, in *Riv. esec. forz.*, 2015, p. 31 ss.; E. D'ALESSANDRO, *Choosing among the three Regulations creating a European Enforcement Order (EEO Regulation, EOP Regulation, ESCP Regulation): practical guidelines*, in *Int'Lis*, 2010, p. 39 ss.; D. MILAN, *Il titolo esecutivo europeo*, in A. BONOMI (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 193 ss.; A. PANCALDI, *La giurisprudenza italiana e il regolamento sul titolo esecutivo europeo: un esordio applicativo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 439 ss.; M. A. LUPOI, *Di crediti non contestati e procedimenti di ingiunzione: le ultime tappe dell'armonizzazione processuale in Europa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, p. 173 ss.; J.-F. VAN DROOGHENBROECK - S. BRIJS, *La pratique judiciaire au défi du titre exécutoire européen*, in AA.VV., *Espace judiciaire européen*, Bruxelles, Larcier, 2007; L. D'AVOUT, *La circulation automatique des titres exécutoires imposée par le règlement 805/2004 du 21 avril 2004*, in *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2006, p. 1 ss.; P. DE CESARI, *Decisioni giudiziarie certificabili quali titolo esecutivo europeo nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, c. 103 ss.; L. FUMAGALLI, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati nel regolamento comunitario n. 805/2004*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2006, p. 24 ss.; G. GARIONI - F. PORTENTO, *Il titolo esecutivo europeo*, in *Comm. Int.*, 2006, p. 10 ss.; A. M. ROMITO, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati e l'effettiva tutela giurisdizionale*,

crediti non contestati è il frutto di una nozione autonoma elaborata nell'ambito del diritto dell'Unione europea ed esula dal riferimento al contenuto di tale concetto nel diritto interno degli Stati membri.

La pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea del 16 giugno 2016 in causa n. C-511/14, *Pebros Servizi Srl c. Aston Martin Lagonda Ltd*, offre lo spunto per procedere ad un sintetico approfondimento della materia. Essa, infatti, fornisce una rilettura, in chiave europea, di un aspetto di un istituto di diritto processuale interno, alla luce della continua e costante permeabilità tra l'ordinamento nazionale e quello sovranazionale. Invero, l'ambizioso obiettivo di realizzare uno Spazio giudiziario europeo caratterizzato dal ravvicinamento e, in alcuni casi, dall'uniformazione delle legislazioni nazionali passa anche attraverso l'interpretazione, in via pregiudiziale, delle norme del diritto derivato dell'Unione europea che la Corte di giustizia è chiamata ad effettuare per garantire la sicurezza giuridica della sua applicazione uniforme.

L'obiettivo del presente commento è di evidenziare l'irrelevanza della qualificazione interna del principio di «non contestazione» alla luce della pronuncia *Pebros Servizi S.r.l. c. Aston Martin Lagonda Ltd* della Corte di giustizia dell'Unione europea del 16 giugno 2016, interrogandosi sulla circostanza che la contumacia possa essere intesa alla stregua di una *ficta confessio* ai fini della qualificazione del credito azionato come «non contestato» ex art. 3, par. 1, del Regolamento (Ce) n. 805/2004.

Siffatto Regolamento, istitutivo del titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati, si è distinto nel sistema giuridico europeo per il suo ca-

in *Studi integr. eur.*, 2006, p. 119 ss.; S. BASTIANON, *Brevi note sul regolamento (CE) n. 805/2004 che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati*, in *Dir. un. eur.*, 2005, p. 473 ss.; G. CORNO, *Il regolamento n. 805/2004/Ce istitutivo del titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati*, in questa *Rivista*, 2005, p. 309 ss.; M. FARINA, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati (Regolamento CE n. 805/2004)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2005, p. 3 ss.; S. LOMBARDINI, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati alla luce del Reg. n. 805 del 2004*, in *Studium juris*, 2005, p. 3 ss.; M. LUPO, *La nuova disciplina del titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati*, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, p. 314 ss.; G. OLIVIERI, *Il titolo esecutivo europeo - Qualche considerazione sul Reg. CE 805/2004 del 21 aprile 2004*, in www.judicium.it; H. PEROZ, *Le règlement Ce numéro 805/2004 du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créanciers incontestés*, in *Jour. de droit int.*, 2005, p. 637 ss.; A. VILLA, *Non contestazione del debitore e decisioni certificabili come titolo esecutivo europeo*, in *Dir. comm. int.*, 2005, p. 579 ss.; F. AMICO, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati inaugura una nuova stagione nella cooperazione giudiziaria in materia civile all'interno dell'UE*, in *Contratti.*, 2004, p. 850 ss.; N. BAKER, *Le titre exécutoire européen, une avancée pour la libre circulation des décisions?*, in *Sem. Jurid.*, 2003, p. 985 ss.; G. CAMPEIS - A. DE PAULI, *Prime riflessioni sul titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati (regolamento n. 805/2004/CE)*, in *Giust. civ.*, 2004, p. 529 ss.; M. DE CRISTOFARO, *La crisi del monopolio statale dell'imperium all'esordio del titolo esecutivo europeo*, in *Int'Lis*, 2004, p. 141 ss.; P. CORREA DELCASSO, *Le titre exécutoire européen et l'inversion du contentieux*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2001, p. 61 ss.

rattere innovativo rispetto ai modelli «*tradizionali*», soprattutto riguardo al Regolamento (Ce) n. 44/2001 e ha costituito un'alternativa processuale per i creditori².

A differenza di quest'ultimo e, dunque, molto prima della sua abrogazione e sostituzione da parte del Regolamento (Ue) n. 1215/2012, il Regolamento (Ce) n. 805/2004 ha consentito di non ricorrere alla procedura di *exequatur* per i crediti non contestati accertati da una decisione giudiziaria³ e di sostituirla, in una logica di mutuo riconoscimento, con un meccanismo di certificazione da parte del giudice d'origine che permette, ai fini dell'esecuzione, di trattare la decisione giudiziaria certificata quale titolo esecutivo europeo come se fosse stata pronunciata nello Stato membro in cui si chiede l'esecuzione, senza che sia dunque necessario alcun provvedimento certificativo-autorizzativo dello Stato *ad quem*.

In virtù di questo Regolamento, la decisione straniera già esecutiva nel suo ordinamento di origine è ammessa a spiegare i propri effetti anche negli altri Stati dell'Unione europea, senza necessità di alcuna procedura intermedia, purché alla sua adozione si pervenga nel rispetto di una procedura uniforme ad alcuni «requisiti minimi». La circostanza che il titolo esecutivo europeo scaturisca da una procedura improntata al rispetto di garanzie procedurali minime, comporta l'unitarietà degli effetti – di accertamento ed esecutivi – delle decisioni in tal modo assunte nello Spazio giudiziario europeo e, perciò, giustifica l'eliminazione dell'*exequatur*. Siffatta eliminazione è però limitata alle sole decisioni giudiziali ed extragiudiziali che certificano un credito «*non contestato*»⁴.

² Secondo il disposto del *considerando* n. 20 del Regolamento (Ce) n. 805/2004 «Il creditore dovrebbe potere scegliere tra la presentazione della domanda per ottenere la certificazione di titolo esecutivo europeo ed il sistema di riconoscimento ed esecuzione previsto dal Regolamento (Ce) n. 44/2001 o da altri atti comunitari». Com'è noto, il Regolamento (Ce) n. 44/2001 è stato abrogato e sostituito dal Regolamento (Ue) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *Gu-Ue* n. L 351 del 20 dicembre 2012, p. 1.

³ Come è noto, nel diritto dell'Unione europea, al termine «sentenze» si preferisce il termine «decisioni», per individuare la maggiore ampiezza dell'ambito oggettivo di applicazione delle norme che regolano la circolazione dei provvedimenti giurisdizionali civili (non limitato ai soli provvedimenti che concludono in via definitiva una controversia decidendone irrevocabilmente il merito, bensì esteso, ad esempio, anche ai provvedimenti provvisori avente natura cautelare) e dei provvedimenti extragiudiziari. Sul punto si legga: M. FARINA, *Titoli esecutivi europei*, cit. *supra*, nota 1, in particolare p. 15 e nota 1.

⁴ Per completezza espositiva è utile ricordare l'ambito di applicazione del Regolamento in commento che può essere rintracciato dal combinato disposto degli artt. 1, 2, 3 e 4. Sotto il profilo oggettivo l'art. 2 stabilisce che il Regolamento si applica alla materia civile e commerciale, indipendentemente dalla natura dell'organo giurisdizionale, mentre restano esclusi: la materia fiscale, doganale, amministrativa, la responsabilità dello Stato per il compimento dei cc.dd. *acta iure imperi*, lo stato e la capacità fisica delle persone fisiche, il regime patri-

Invero, tale impostazione comporta, quale ulteriore conseguenza, che il controllo sul rispetto e sull'osservanza delle regole processuali uniformi spetta esclusivamente al giudice dello Stato membro di origine, mentre le condizioni ostative alla libera circolazione che possono farsi valere nello Stato membro richiesto sono limitatissime e, in ogni caso, non includono l'eventuale violazione dell'ordine pubblico⁵.

In concreto, la certificazione come titolo esecutivo europeo è rilasciata dallo Stato membro di origine, ossia quello nel quale si è formata la decisione che deve essere eseguita in un altro Stato membro. Ciò, dunque, si traduce nell'assunto secondo cui l'esecutorietà discende da un provvedimento (il certificato indicato all'art. 8 del Regolamento) che è emesso dal giudice dello Stato nel quale è stata emanata la decisione e non dal giudice dello Stato nel quale deve essere dato impulso all'esecuzione.

Dunque, è innanzitutto necessario che la decisione giudiziaria sia, secondo la legislazione dello Stato in cui è stata resa, esecutiva⁶. Il giudice una volta verificata la «non contestazione» del credito, si deve limitare ad accertare se il provvedimento possa essere considerato – alla stregua della legislazione nazionale – come titolo esecutivo: si tratta della normale valutazione che il giudice può essere chiamato a compiere con riferimento all'esecuzione interna. La certificazione di cui all'art. 6 non richiede la spe-

moniale fra coniugi, i testamenti e le successioni, i fallimenti, i concordati e le procedure affini, la sicurezza sociale e l'arbitrato. L'art. 1 precisa, altresì, che il Regolamento è applicabile alle decisioni giudiziarie, alle transazioni giudiziarie ed agli atti pubblici. Sul disposto dell'art. 3 ci si soffermerà nel par. 2 del presente commento, mentre il secondo paragrafo dell'art. 2 contiene la definizione di «credito» e stabilisce che esso deve avere ad oggetto il pagamento di una precisa somma di denaro esigibile o la cui data di esigibilità deve essere indicata nella decisione giudiziaria, nella transazione o nell'atto pubblico (dunque deve essere indicata in modo preciso nel titolo di pagamento). Da ciò è evidente che in Italia, ad esempio, il Regolamento (Ce) n. 805/2004 non può essere applicato alle obbligazioni di fare o non fare o a quelle di consegna o rilascio, né al caso in cui il credito è sottoposto ad una condizione di avveramento la cui data non è certa. Alle obbligazioni di fare o non fare e a quelle di consegna o rilascio è oggi applicabile la disciplina del Regolamento (Ue) n. 1215/2012.

⁵ La violazione dell'ordine pubblico costituisce, ancora, un limite al riconoscimento ed all'esecuzione delle decisioni secondo la disciplina contenuta nel Regolamento Bruxelles I *bis*.

⁶ L'art. 6, par. 1, lett. *a.*, del Regolamento esprime l'unico limite alla nozione di «decisione giudiziaria» rilevante ai fini della sua applicabilità, ovverosia che la certificazione che consente alla decisione giudiziaria di circolare liberamente e fungere da vero e proprio «passaporto giudiziario» può essere rilasciata soltanto se tale decisione «è esecutiva». Sono, dunque, esclusi i provvedimenti che non sono dotati di esecutività nello Stato membro di origine, come ad esempio i decreti ingiuntivi non muniti della provvisoria esecutorietà ai sensi dell'art. 647 c.p.c. Sul punto si legga la sentenza del Tribunale di Mantova del 24 settembre 2009, reperibile sul sito internet www.ilcaso.it, Sezione I - Giurisprudenza, la quale precisa che «al fine di certificare una decisione giudiziaria come titolo esecutivo europeo ai sensi del regolamento n. 805/2004 del 21 aprile 2004 è necessario, fra l'altro, che la decisione sia esecutiva nello Stato membro di origine e tale presupposto non sussiste ove il decreto ingiuntivo non sia stato dichiarato esecutivo ex art. 647 c.p.c.».

dizione in forma esecutiva del titolo⁷. La norma del Regolamento ne esige unicamente l'esecutività, vale a dire l'idoneità a dar luogo all'esecuzione forzata, e perciò la sua conformità ai requisiti stabiliti dall'art. 474 c.p.c.; si aggiunga che, imponendo l'art. 6 il controllo sull'esistenza del titolo al giudice (che l'ha emesso), la spedizione comporterebbe soltanto un superfluo (perché avente lo stesso oggetto), e perciò inutile, esame da parte del cancelliere⁸.

L'altro elemento di novità è dato dal potere, attribuito allo stesso giudice che ha emesso la decisione, di accertare che sussistano le condizioni necessarie affinché si possa procedere all'esecuzione negli altri Stati membri, cioè verificare il presupposto della «non contestazione» del credito che costituisce la condizione necessaria ma non sufficiente perché la decisione giudiziaria possa operare e circolare quale titolo esecutivo europeo.

L'art. 6 impone al giudice – prima del rilascio della certificazione – di verificare la simultanea presenza delle tre condizioni indicate dall'art. 6, 1° comma, lett. *a.*, *b.* e *c.*, alle quali, nel caso in cui il debitore sia un consumatore, deve aggiungersi quella indicata dalla lett. *d.*⁹.

Ergo, si tratta di un controllo c.d. «anticipato» effettuato dal giudice dell'ordinamento di origine al momento della certificazione in relazione: 1. alla natura del credito al quale il titolo esecutivo si riferisce (art. 6, Regolamento (Ce) n. 805/2004); 2. alle modalità di notificazione dell'atto introduttivo del giudizio (in caso di titolo esecutivo giudiziale): artt. 13 e 15 Regolamento (Ce) n. 805/2004; 3. alle informazioni fornite al debitore, nell'atto introduttivo del giudizio, a proposito delle conseguenze della mancata contestazione (art. 16, Regolamento (Ce) n. 805/2004) ed agli

⁷ Per l'ordinamento italiano ci si riferisce all'art. 475 c.p.c.

⁸ G. OLIVIERI, *Il titolo esecutivo europeo*, cit. *supra*, nota 1.

⁹ L'art. 6 del Regolamento (Ce) n. 805/2004, rubricato «Requisiti per la certificazione come titolo esecutivo europeo», così dispone: «1. Una decisione giudiziaria relativa ad un credito non contestato pronunciata in uno Stato membro è certificata, su istanza presentata in qualunque momento al giudice di origine, come titolo esecutivo europeo se: a) la decisione è esecutiva nello Stato membro d'origine, e b) la decisione non è in conflitto con le norme in materia di competenza giurisdizionale di cui al capo II, sezioni 3 e 6 del regolamento (CE) n. 44/2001, e c) il procedimento giudiziario svoltosi nello Stato membro d'origine è conforme ai requisiti di cui al capo III, allorché un credito è considerato non contestato ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettere b) o c), e d) la decisione giudiziaria è pronunciata nello Stato membro del domicilio del debitore ai sensi dell'articolo 59 del regolamento (CE) n. 44/2001, allorché: - un credito sia considerato non contestato ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettere b) o c) del presente regolamento, e - si riferisca ad un contratto concluso da una persona, il consumatore, per una finalità che può essere considerata estranea al suo mestiere o alla sua professione, e - il debitore sia il consumatore».

adempimenti processuali necessari per contestare il credito (art. 17, Regolamento (Ce) n. 805/2004)¹⁰.

Oltre a questi elementi che contraddistinguono la portata innovativa del Regolamento (Ce) n. 805/2004, occorre evidenziare come esso dia luogo ad un *sub*-procedimento che si innesta in qualsiasi giudizio di cognizione pendente dinanzi ai giudici degli Stati membri ed è volto ad accertare che nel corso del giudizio vi sia stato un comportamento del debitore consistente nella «*non contestazione*» dell'esistenza del credito vantato dal creditore/controparte processuale. Qualora il giudice constati l'esistenza di siffatto comportamento nonché il rispetto delle garanzie processuali minime indicato nel Capo III del Regolamento stesso, egli potrà rilasciare il certificato che attribuisce il valore di titolo esecutivo europeo alla decisione conclusiva del giudizio¹¹.

2. La nozione di credito «non contestato» nel Regolamento (Ce) n. 805/2004

Come anticipato, affinché i provvedimenti e gli atti possano essere certificati quali titolo esecutivo europeo l'obbligazione in essi contenuta deve riguardare un «credito non contestato»¹².

Il concetto di «credito non contestato» non è omogeneo nei vari Stati membri, perciò il legislatore europeo ha scelto di adottare un concetto autonomo di «non contestazione», per così dire «comunitario»¹³, essendo esso delineato autonomamente dal Regolamento (Ce) n. 805/2004.

¹⁰ I controlli *sub* 2 e *sub* 3 fanno riferimento a quelle regole che lo stesso Regolamento qualifica come «norme minime». In sostanza, il Regolamento garantisce (mediante il controllo operato però dal giudice di un altro Stato) ogni Stato dell'Unione che il titolo esecutivo europeo non viola nessuna garanzia fondamentale del debitore. I requisiti minimi fissati dal Regolamento concernono le notificazioni e le informazioni al debitore: la garanzia minima tutelata è quella delle effettive possibilità di esercizio del diritto di difesa da parte del debitore. Per quanto concerne l'Italia, i requisiti minimi illustrati dagli artt. 13 e 14 consentono di ritenere valide – ai fini della certificazione – le notificazioni operate secondo la disciplina contenuta negli articoli da 137 a 151 c.p.c., con l'esclusione di quella eseguita secondo l'art. 143 c.p.c. (giacché l'art. 14, secondo comma, vieta la notificazione a persona di cui s'ignori l'indirizzo), e quella per pubblici proclami (art. 150 c.p.c.). Sono altresì ammissibili – in virtù del richiamo contenuto nell'art. 28 – le notificazioni transfrontaliere ai sensi del Regolamento (Ce) n. 1348/2000/Ce del 29 maggio 2000 oggi abrogato e sostituito dal Regolamento (Ce) n. 1393/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 novembre 2007, in *Gu-Ue* n. L 324 del 10 dicembre 2007, p. 79.

¹¹ Si legga in tal senso: F. RAVIDA, *Il regolamento n. 805/2004 sul titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati*, in S. SCARAFONI (a cura di), *Il processo civile e la normativa comunitaria*, Milano, Utet, 2012, p. 512; P. DE CESARI, *Decisioni giudiziarie certificabili*, cit. *supra*, nota 1, in particolare p. 103.

¹² Art. 3, par. 1, Regolamento (Ce) n. 805/2004.

¹³ Come precisato nella pronuncia oggetto del presente commento e di cui si dirà *infra*.

Occorre precisare che, al di là delle generiche definizioni offerte dal Regolamento, con riferimento sia ai comportamenti che possono integrare il presupposto della «non contestazione» del credito sia alle modalità attraverso le quali deve essere accertata l'assenza di contestazione del debitore, esso si limita a rinviare alla legislazione interna dello Stato d'origine del titolo. Questo chiaramente influisce sullo stesso ambito di applicazione del Regolamento, essendo noto che nell'area giudiziaria europea la disciplina interna sulla configurazione e sugli effetti della «non contestazione» di natura processuale assume connotazioni notevolmente diverse fra gli Stati membri¹⁴.

La nozione di «non contestazione» assume, peraltro, caratteri diversi a seconda della fonte negoziale o giudiziale del titolo e viene definita dall'art. 3 del Regolamento¹⁵. Nessun problema si profila se si tratta di titolo esecutivo negoziale, poiché ai sensi dell'art. 3, lett. *d.*, sussiste «non contestazione» quando il debitore abbia riconosciuto il proprio debito nell'atto pubblico o nella scrittura privata autenticata. Più complesso è il meccanismo per i titoli di formazione giudiziale, ove la «non contestazione» risulta, più o meno implicitamente, dal contegno processuale del debitore, nell'apprezzamento del quale il Regolamento non può prescindere dal delicato coordinamento con le discipline processuali interne. È proprio in tale ambito che si pone la questione affrontata dalla Corte di giustizia nella sentenza in commento relativamente alla qualificazione della contumacia (e dunque della relativa sentenza) quale espressione di «non contestazione» dell'esistenza del credito.

In relazione al concetto di «non contestazione», il Regolamento precisa che la nozione di «credito non contestato» comprende tutte le situazioni in cui il creditore, tenuto conto dell'assenza accertata di contestazione da parte del debitore in ordine alla natura o alla entità del debito, ha ottenuto una decisione giudiziaria contro quel debitore o è in possesso di un docu-

¹⁴ Ad esempio, nella legislazione e nella giurisprudenza italiana il concetto di «credito non contestato» è molto più ampio di quella di «credito certo».

¹⁵ L'art. 3, par. 1, così recita: «(...) Un credito si considera «non contestato» se: a) il debitore l'ha espressamente riconosciuto mediante una dichiarazione o mediante una transazione approvata dal giudice o conclusa dinanzi al giudice nel corso di un procedimento giudiziario; o b) il debitore non l'ha mai contestato nel corso del procedimento giudiziario, in conformità delle relative procedure giudiziarie previste dalla legislazione dello Stato membro di origine; o c) il debitore non è comparso o non si è fatto rappresentare in un'udienza relativa a un determinato credito pur avendo contestato inizialmente il credito stesso nel corso del procedimento, sempre che tale comportamento equivalga a un'ammissione tacita del credito o dei fatti allegati dal creditore secondo la legislazione dello Stato membro d'origine, o d) il debitore l'ha espressamente riconosciuto in un atto pubblico».

mento avente efficacia esecutiva che richieda l'esplicito consenso del debitore stesso, sia esso una transazione giudiziaria o un atto pubblico¹⁶.

Occorre, però, distinguere tra due tipologie di «non contestazione»: la «non contestazione» espressa e la «non contestazione» tacita.

Per quanto concerne il primo tipo di «non contestazione» essa comprende qualsivoglia forma di riconoscimento espresso posto in essere sia in giudizio sia in via stragiudiziale¹⁷.

Esso è disciplinato dall'art. 3, par. 1, lett. *a.* e *d.* del Regolamento (Ce) n. 805/2004, il quale stabilisce che un credito si considera espressamente riconosciuto quando il debitore ha formulato la dichiarazione o ha concluso la transazione approvata dal giudice oppure quando il debitore ha espressamente riconosciuto il credito in un atto pubblico¹⁸.

Nella categoria del riconoscimento espresso devono essere ricondotte sia le ipotesi di confessione giudiziale¹⁹ sia tutte quelle forme di riconoscimento dell'esistenza del debito che, rivestendo la forma di cui alla lett. *d.*, par. 1, art. 3, siano state rese stragiudizialmente. Orbene, certamente in questa categoria va ricompresa la confessione giudiziale, quale riconoscimento del debito da parte del debitore a seguito di un'esplicita dichiarazione resa in giudizio. Del pari vi deve essere ricondotta la confessione resa stragiudizialmente e contenuta in un atto pubblico, nonché, in via generale, ogni forma di riconoscimento dell'esistenza del debito²⁰.

¹⁶ Non nell'articolato, bensì nel *considerando* n. 5

¹⁷ Anche mediante una transazione giudiziale nella quale – per quanto riguarda l'Italia – la dottrina (si leggano tra tutti G. OLIVIERI ed E. D'ALESSANDRO, *cit. supra*, nota 1) annovera sia verbali di conciliazione sottoscritti a norma degli artt. 183 e 185, 402 c.p.c. sia i verbali redatti – a norma degli artt. 410 e 411 c.p.c. – davanti alle commissioni di conciliazione istituite presso gli uffici provinciali del lavoro e della massima occupazione. Nella categoria (considerata l'indispensabilità dell'*omologazione* da parte del presidente del tribunale ai sensi dell'art. 40, 8° comma, dlgs n. 5/2003) debbono essere compresi anche i verbali di conciliazione delle controversie assoggettate al c.d. rito societario redatti anche da quegli *organismi* costituiti da enti privati iscritti nell'apposito registro tenuto presso il Ministero della Giustizia (art. 38, 1° e 2° comma, dlgs n. 5/2003; d.m. 23 luglio 2004, n. 222).

¹⁸ Il Regolamento (Ce) n. 805/2004 ricomprende gli *atti pubblici* nella categoria dei titoli stragiudiziali, in cui l'art. 4, n. 3, inserisce «qualsiasi documento che sia stato formalmente redatto o registrato come atto pubblico e la cui autenticità riguardi la firma e il contenuto e sia stata attestata da un'autorità pubblica o da altra autorità a ciò autorizzata dallo Stato membro d'origine», ovvero «qualsiasi convenzione in materia di obbligazioni alimentari conclusa davanti alle autorità amministrative o da queste autenticata». In dottrina, si legga sul punto: R. CAFARI PANICO, *L'efficacia esecutiva degli atti pubblici nel Reg. c.d. "Bruxelles I"*, in *Int'lis*, 2004, in particolare p. 43.

¹⁹ La confessione inerente il riconoscimento del debito è valida ai sensi del Regolamento anche nell'ipotesi in cui assume la natura di prova libera.

²⁰ La dottrina italiana si chiede se la ricognizione del debito e la promessa di pagamento possano ritenersi espressione del concetto di non contestazione, atteso che tali dichiarazioni negoziali – nel diritto processuale italiano – producono esclusivamente l'effetto di invertire l'onere probatorio ma non costituiscono ipotesi di non contestazione del credito. *A contrario*,

Se relativamente lineari appaiono le conclusioni sulle due ipotesi disciplinate dalle lett. *a.* e *d.*, maggiore attenzione meritano i casi previsti dalle lett. *b.* e *c.* relativi alle ipotesi di riconoscimento tacito che si esplicano nell'assenza di contestazione da parte del debitore o, nel caso di contestazione iniziale, nella mancata comparizione o difesa ad un'udienza relativa al credito oggetto della controversia. Sia nell'ipotesi configurata dalla lett. *b.* che in quella disciplinata dalla lett. *c.*, l'effetto della «non contestazione» o dell'iniziale ammissione dell'esistenza del credito devono essere previste dal diritto processuale interno dello Stato membro.

Come si può notare, trattasi di due nozioni tautologiche che contengono una clausola di rinvio a quanto previsto dalla *lex fori*. Sulla base delle norme sarà, quindi, il Paese di origine a stabilire la rilevanza della contumacia quale *ficta confessio* oppure *ficta contestatio*, così come la possibilità che una strategia difensiva inizialmente reattiva possa venire in un secondo tempo superata e trattata alla stregua di una «non contestazione» per via di un'inerzia sopravvenuta. Dunque, ciò che importa è che la reazione del convenuto si estrinsechi nel corso del processo e secondo forme note all'ordinamento nazionale.

Alla luce di quanto sin qui esplicito, nel nostro ordinamento, in relazione alla ipotesi di cui alla lett. *b.*, il giudice al quale è stato chiesto di emettere la certificazione della decisione come titolo esecutivo europeo, sarà tenuto a valutare se il comportamento del debitore sia configurabile nei termini di «non contestazione». Nel caso di cui alla lett. *c.*, invece, l'attribuzione dell'effetto della «non contestazione» alla contumacia presuppone che la legislazione dello Stato membro riconduca a tale comportamento processuale siffatta conseguenza giuridica. Invero, nel sistema processuale italiano alla contumacia non è associato alcun effetto di «non contestazione», pertanto – almeno in linea generale – la fattispecie configurata alla lett. *c.* non troverebbe applicazione, se non in casi tassativamente previsti dal codice di rito, quali la mancata comparizione a rendere l'interrogatorio formale ex art. 232 c.p.c. o per prestare giuramento decisorio (art. 239 c.p.c.).

alla luce dell'espressione «*tutte le situazioni in cui è assente una contestazione del credito*» indicata nel *considerando* n. 5, affinché avvenga il riconoscimento del credito non è necessario che si integri l'effetto di prova legale previsto nel nostro ordinamento dall'art. 2733, comma 2 c.c., pertanto anche la promessa di pagamento e la ricognizione del debito possono essere annoverate tra le ipotesi di cui alla lett. *d.* dell'art. 3. Sulla questione inerente le diverse forme di riconoscimento del debito, con valutazioni differenti si leggano: F. RAVIDA, *Il regolamento n. 805/2004*, cit. *supra*, nota 11, in particolare p. 515 e nota 9; L. FUMAGALLI, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati*, cit. *supra*, nota 1, in particolare p. 29; E. CONSALVI, *Il titolo esecutivo europeo in materia di crediti non contestati*, in *Riv. es. forz.*, 2004, in particolare p. 647 ss.

È proprio in questo sistema processuale che si innesta la domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Bologna.

3. La decisione della Corte di giustizia nel caso *Pebros Servizi S.r.l. c. Aston Martin Lagonda Ltd*

Quanto sin qui anticipato è necessario per comprendere in quali termini la Corte di giustizia dell'Unione europea si è pronunciata sulla qualifica della contumacia da intendersi come tacito riconoscimento del debito per mancata contestazione.

È utile, in via preliminare, un inquadramento dei fatti di causa che vertono attorno all'azione promossa dalla *Pebros Servizi Srl*, società con sede in Italia, al fine di ottenere la certificazione quale titolo esecutivo europeo di una sentenza definitiva, emessa in contumacia, nei confronti di *Aston Martin Lagonda Ltd*, società con sede nel Regno Unito, ritenendo di desumere da detto comportamento quella «non contestazione» del credito necessaria per il rilascio del titolo esecutivo europeo ai sensi del succitato Regolamento²¹.

Nello specifico, la questione posta dinanzi al giudice rimettente mirava a conoscere se una condanna emessa in contumacia potesse essere equiparata ad una «condanna per credito non contestato» ai sensi del Regolamento (Ce) n. 805/2004 e se la nozione di «credito non contestato» debba essere intesa con riferimento al diritto degli Stati membri o se, al contrario, debba essere definita autonomamente nel diritto dell'Unione.

Dubitando dell'applicabilità di tale Regolamento, poiché nel diritto italiano il procedimento in contumacia non comporta alcuna ammissione, il Tribunale di Bologna ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre la questione alla Corte di giustizia dell'Unione europea. Nello specifico, il giudice rimettente si è interrogato su due soluzioni interpretative: 1. Definire la nozione di «non contestazione» secondo il diritto nazionale e dunque escludere che la contumacia possa comportare una «non contestazione» se il diritto interno non consente tale conclusione; (oppure) 2. Definire la nozione di «non contestazione» in via autonoma secondo il diritto europeo, ricomprendendo in essa anche la contumacia.

²¹ Sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 2016 in causa n. C-511/14, *Pebros Servizi Srl c. Aston Martin Lagonda Ltd*, inedita in *Raccolta*, ECLI:EU:C:2016:448. Per un primo commento della decisione si legga: L. FUMAGALLI, *La certificazione della sentenza contumaciale come titolo esecutivo europeo*, in www.eurojus.it del 29 luglio 2016.

A ben vedere, la prima interpretazione, suggerita da detto giudice e fondata sul diritto nazionale, escluderebbe l'applicazione del Regolamento (Ce) n. 805/2004, atteso che il procedimento in contumacia previsto nell'ordinamento giuridico italiano non equivarrebbe a una «non contestazione» del credito, dovendo essa intendersi come *ficta litiscontestatio* e non quale *ficta confessio*²², non potendosi trarre dalla mancata costituzione elementi di prova contrari al contumace ai sensi dell'art. 116 c.p.c. Dalla mancata costituzione, dunque, non può derivarne, secondo il diritto italiano, il riconoscimento tacito del debito, né l'accertamento del credito stesso, sebbene l'assenza del convenuto comporti di fatto l'assenza di contestazione.

Per contro, in base alla seconda interpretazione, la nozione di «non contestazione» sarebbe definita autonomamente dal diritto dell'Unione e comprenderebbe anche l'assenza dal processo²³.

Nella pronuncia in esame la Corte, in un primo momento, esaminando la ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale, si occupa di analizzare il carattere dell'attività di certificazione come titolo esecutivo europeo di una decisione giudiziaria, evidenziando che tale procedimento richiede un esame giurisdizionale delle condizioni previste dal Regolamento (Ce) 805/2004. La finalità di siffatto esame è volta a valutare l'osservanza delle norme minime tese a garantire il rispetto dei diritti della difesa del debitore²⁴.

Di contro, nel procedimento *de quo*, il Governo italiano contesta la ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale perché ritiene che il Tribunale di Bologna, nel rilasciare la certificazione, non eserciterebbe attività giurisdizionale ma si tratterebbe di semplice attività amministrativa. Invero, secondo la costante giurisprudenza della Corte di giustizia²⁵, anche se l'art. 267 TFUE non subordina la possibilità di adire la Corte al carattere contraddittorio del procedimento nel corso del quale il giudice nazionale formula le questioni pregiudiziali²⁶, i giudici interni possono adire la Corte unicamente se dinanzi ad essi sia pendente una lite e se essi siano stati

²² In giurisprudenza italiana: sent. Cass., sez. III, del 29 luglio 2016, n. 15789; sent. Cass., sez. VI, dell'8 luglio 2016, n. 14049; in senso conforme sent. Cass., ss.uu., del 16 febbraio 2016, n. 2951.

²³ Sentenza *Pebros Servizi Srl c. Aston Martin Lagonda Ltd*, cit. *supra*, nota 21, punto 20.

²⁴ *Ivi*, punto 25. In senso conforme: sentenza della Corte di giustizia del 17 dicembre 2015 in causa n. C-300/14, *Intech Marine Belgium NV c. Radio Hellenic SA*, in *Raccolta digitale (Raccolta Generale)*, dicembre 2015, ECLI:EU:C:2015:825, punti 46 e 47.

²⁵ Si veda, tra le altre: sentenza della Corte di giustizia del 25 giugno 2009 in causa n. C-14/08, *Roda Golf e Beach Resort*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 5439, ECLI:EU:C:2009:395, punti 33 e 34.

²⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 17 maggio 1994 in causa n. C-18/93, *Corsica Ferries c. Corpo dei piloti del porto di Genova*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 1783, ECLI:EU:C:1994:195, punto 12.

chiamati a statuire nell'ambito di un procedimento destinato a risolversi in una pronuncia di carattere giurisdizionale²⁷.

Invero, com'è evidente, il Regolamento (Ce) n. 805/2004 impone al giudice rimettente tutta una serie di verifiche che riguardano, in particolare, le modalità di comunicazione o di notificazione della domanda giudiziale o della decisione giudiziaria per accertare, in base alle norme del suo diritto nazionale conformemente al principio dell'autonomia procedurale, se la domanda giudiziale sia stata regolarmente portata a conoscenza del debitore²⁸; la valutazione del comportamento del debitore nel corso del procedimento; il livello di informazione che questi ha ricevuto in merito alla possibilità e alle condizioni di un ricorso; la natura del credito al fine di verificare che esso rientri nell'ambito di applicazione del medesimo Regolamento; il carattere incontestato di quest'ultimo; la competenza del giudice d'origine e, se del caso, il domicilio del debitore nonché la verifica inerente l'esecutività della decisione giudiziaria. Il giudice d'origine, in definitiva, deve procedere ad un esame, di carattere giurisdizionale, sulla regolarità del procedimento giudiziario precedente, in quanto l'irregolarità di quest'ultimo è idonea a ledere i diritti della difesa. Tale controllo ha natura del tutto simile alle verifiche di carattere giurisdizionale che il giudice svolge prima di emettere le proprie decisioni giudiziarie in altri procedimenti²⁹. In definitiva, come evidenziato dall'Avvocato generale Bot, al punto 30 delle proprie conclusioni, è evidente che tutte queste verifiche «hanno un grado di approfondimento tale da essere ricondotte ad un vero e proprio esame giurisdizionale».

Acclarato che la certificazione di una decisione giudiziaria come titolo esecutivo europeo costituisce un atto di natura giurisdizionale sulla cui legittimità il giudice nazionale può sollevare una questione pregiudiziale, la Corte, riprendendo l'invito dell'Avvocato Generale, ha altresì volto l'attenzione su una ulteriore questione, vale a dire se il procedimento di certificazione, quale fase distinta dal procedimento giudiziario precedente, costituisca la naturale fase finale di detto procedimento, atteso che, in assenza di certificazione, la decisione non ha ancora dispiegato le sue potenzia-

²⁷ *Ex multis*: ordinanza della Corte di giustizia del 18 giugno 1980 in causa n. C-138/80, *Borker*, in *Raccolta*, 1980, p. 1975, ECLI:EU:C:1980:162, punto 4; ordinanza della Corte di giustizia del 5 marzo 1986 in causa n. C-318/85, *Greis Unterweger*, in *Raccolta*, 1986, p. 955, ECLI:EU:C:1986:106, punto 4; sentenza della Corte di giustizia del 19 ottobre 1995 in causa n. C-111/94, *Job Centre*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 3361, ECLI:EU:C:1995:340, punto 9; sentenza della Corte di giustizia del 14 giugno 2001 in causa n. C-178/99, *Salzmann*, in *Raccolta*, I, p. 4421, ECLI:EU:C:2001:331, punto 14.

²⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale *Yves Bot* presentate il 14 gennaio 2016, punto 29.

²⁹ Sentenza *Pebros Servizi Srl*, *cit. supra*, nota 21, punto 26.

lità, dato che senza la certificazione la decisione non è idonea a circolare nello Spazio giudiziario europeo.

Sul punto la Corte di giustizia richiama una propria precedente pronuncia nella quale aveva, forse in modo ancor più esplicito, chiarito che al fine di poter certificare come titolo esecutivo europeo una decisione pronunciata in contumacia, il giudice adito è tenuto a verificare se il suo diritto nazionale, comprese le norme che esistevano prima dell'entrata in vigore del Regolamento, consenta di chiedere un riesame della decisione di cui trattasi. In occasione di questo esame, tale giudice deve verificare se, al fine di rispettare i diritti della difesa del debitore ed il diritto ad un processo equo garantiti dall'art. 47, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali, i mezzi di ricorso previsti dal diritto nazionale consentano, in modo effettivo e senza eccezioni, un riesame completo della decisione in fatto e in diritto. In particolare, tali mezzi di ricorso devono consentire al debitore di chiedere un riesame oltre i termini ordinari previsti dal diritto nazionale per proporre opposizione o appello avverso la decisione, e ciò tanto in caso di forza maggiore quanto in presenza di circostanze straordinarie, per ragioni non imputabili al debitore. Infine, tenuto conto della natura giurisdizionale del titolo esecutivo europeo, la Corte ha chiarito la distinzione fra la certificazione «propriamente detta» e l'atto formale di rilascio del certificato di titolo esecutivo europeo. Se il secondo non deve essere necessariamente rilasciato dal giudice e, infatti, può essere affidato al cancelliere, diverso è il caso della prima, la quale esige valutazioni complesse che rientrano nelle qualifiche giuridiche di un giudice³⁰.

³⁰ Sentenza *Imtech Marine Belgium NV*, cit. supra, nota 24, punti 45, 46. Nei successivi punti 47, 48, 49: «Inoltre, solo un organo giurisdizionale ai sensi dell'articolo 267 TFUE potrà assicurare che, mediante un rinvio pregiudiziale alla Corte, le norme minime stabilite dal regolamento n. 805/2004 siano oggetto di un'interpretazione e di un'applicazione uniformi nell'Unione europea. Quanto alla questione se la certificazione di una decisione di titolo esecutivo europeo debba essere chiesta nella domanda giudiziale, l'articolo 6 del regolamento n. 805/2004 stabilisce che una decisione giudiziaria relativa a un credito non contestato pronunciata in uno Stato membro è certificata come titolo esecutivo europeo su istanza presentata in qualunque momento all'organo giudiziario di origine. Inoltre, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 56 delle sue conclusioni, non avrebbe senso imporre che la domanda di certificazione sia in ogni caso presentata unitamente alla domanda giudiziale poiché in tale fase non si può ancora sapere se il credito verrà contestato o meno e, pertanto, se la decisione giudiziaria pronunciata al termine di tale procedimento soddisferà i requisiti necessari per essere certificata come titolo esecutivo europeo». Occorre rammentare che la circostanza che l'atto formale di rilascio del certificato – successivo alla decisione di certificazione – ed in particolare del modello contemplato dall'art. 9 del Regolamento (Ce) n. 805/2004 non deve necessariamente essere compiuto dal giudice ma può essere affidato al cancelliere era stato precisato dal Tribunale di Milano nell'ordinanza del 23 aprile 2008, nella quale aveva sottolineato come il rilascio della certificazione di titolo esecutivo europeo non si risolve in una mera certificazione amministrativa, ma costituisce esercizio di attività giurisdizionale e deve, invece, essere necessariamente rilasciato dal giudice. Similare, anche se con qualche divergenza terminologica, è il parere del Tribunale di Novara che, con

Chiarito ciò, possiamo ora ad esaminare il merito della questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Bologna.

La Corte di giustizia, infatti, scioglie il dubbio ermeneutico prospettato da quest'ultimo evidenziando che, al fine di garantire sia l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione sia il principio di uguaglianza, la disposizione del diritto dell'Unione che non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri ai fini della determinazione del suo senso e della sua portata devono di norma essere oggetto, nell'intero Spazio giudiziario europeo, di un'interpretazione autonoma ed uniforme, da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione e della finalità perseguita dalla normativa in questione³¹.

È questo il caso anche dell'art. 3, par. 1, secondo comma, lett. *b.*, del Regolamento (Ce) 805/2004, che rileva nel caso di specie.

Come si è avuto modo di precisare nel paragrafo precedente, dal combinato disposto dell'art. 3 con il *considerando* n. 5 si palesa una nozione autonoma di «credito non contestato» ed il riferimento che l'art. 3, par. 1, lett. *b.* e *c.* fa al diritto interno riguarda solo gli elementi specifici della sua applicazione, ovverosia le modalità procedurali specifiche con le quali il debitore può opporsi efficacemente al credito, contestandolo e ciò a prescindere da ulteriori riferimenti al diritto nazionale quanto alla individuazione degli elementi costitutivi della nozione di credito non contestato³².

Dunque, anche nella pronuncia *Pebros* la Corte non demanda agli ordinamenti degli Stati membri la definizione di «non contestazione» del credito, bensì ne evidenzia la autonomia.

Inoltre, ai sensi dello stesso *considerando* n. 5, affinché il creditore possa ottenere una decisione giudiziaria contro il debitore certificabile come titolo esecutivo è necessario che vi sia stato un controllo sul rispetto e sull'osservanza dei c.d. «requisiti minimi».

Orbene, applicando tali coordinate giuridiche al caso di specie ne deriva che la società debitrice, sebbene sia stata posta in grado di partecipare

sentenza del 23 maggio 2012, ha precisato che «La decisione di certificare un provvedimento giudiziario come titolo esecutivo europeo è riconducibile a funzioni para-amministrative, poiché il giudice è chiamato non già ad accertare l'esistenza di un diritto nel contrasto tra le parti, ma la ricorrenza di determinati requisiti previsti dalla normativa europea quali condizioni per perseguire l'interesse di natura sovra individuale di incrementare la creazione di uno spazio giudiziario europeo».

³¹ Sentenze della Corte di giustizia in causa *Pebros Servizi Srl, cit. supra*, nota 21, punto 36; del 23 giugno 2013 in causa C-320/12, *Malaysia Dairy Industries Pte. Ltd c. Ankenævnet for Patenter og Varemærker*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, giugno 2013, ECLI:EU:C:2013:435, punto 25; del 22 settembre 2011 in causa C-482/09, *Budějovický Budvar, národní podnik c. Anheuser-Busch Inc.*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 8701, ECLI:EU:C:2011:605, punto 29.

³² Sentenza *Pebros Servizi Srl, loc. cit.*, punto 37.

al giudizio, è rimasta inattiva per tutta la durata del medesimo, non partecipando in alcun momento. Dunque, secondo la Corte, la posizione della *Aston Martin* rientra nell'ambito dell'art. 3, par. 1, secondo comma, lett. *b.*, poiché essa non ha mai contestato il proprio debito – nemmeno parzialmente – nel corso del procedimento giudiziario, in conformità a quanto disposto dalla legislazione processuale italiana.

In relazione, poi, alla valutazione come «non contestato» di un credito accertato in sede di giudizio contumaciale la Corte, riprendendo quanto affermato dal *considerando* n. 6, ribadisce che un credito può considerarsi non contestato, in particolare ai sensi dell'art. 3, par. 1, lett. *b.*, se il debitore non agisce per opporsi alla pretesa su di esso fondata, non difendendo la propria posizione per iscritto o non comparendo in udienza; pertanto l'assenza dal processo – mancata osservanza dell'invito del giudice a notificare per iscritto l'intenzione di difendere la propria causa³³ – comporta «non contestazione» del credito e la conseguente certificabilità come titolo esecutivo europeo della decisione ad esso relativa.

Invero, in questa pronuncia la Corte richiama una sua sentenza³⁴ precedente nella quale aveva già precisato che, al fine di certificare una decisione resa in contumacia come titolo esecutivo europeo, il giudice dello Stato richiesto deve valutare se la domanda giudiziale o un atto equivalente sia stato notificato o comunicato al convenuto contumace «in tempo utile ed in modo tale da consentirgli di presentare le proprie difese», eccetto qualora pur avendone avuto la possibilità egli non abbia impugnato tale decisione nello Stato d'origine. La Corte ha asserito che «la questione di sapere se detto convenuto abbia ricevuto comunicazione della domanda giudiziale costituisce un elemento pertinente della valutazione globale, di natura fattuale [...], che deve essere operata dal giudice dello Stato membro richiesto al fine di verificare se tale convenuto abbia avuto il tempo necessario per preparare le proprie difese o per intraprendere le azioni necessarie a evitare la pronuncia di una decisione in contumacia».

³³ Sentenza *Pebros Servizi Srl*, cit. *supra*, nota 21, punto 40.

³⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 6 settembre 2012 in causa C-619/10, *Trade Agency Ltd c. Seramico Investments Ltd*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, settembre 2012, ECLI:EU:C:2012:531, in particolare punti 32, 33, 34. In tale sentenza la Corte, nel rispondere alla questione pregiudiziale concernente la compatibilità con l'equo processo di una decisione contumaciale priva sia di motivazione nel merito sia di esame circa la fondatezza della domanda attorea (*default judgement*), ha ripetuto che la verifica, in concreto, se il provvedimento in questione integrasse o meno una manifestazione «manifesta e sproporzionata» del diritto fondamentale invocato spettava al giudice *a quo*, che avrebbe dovuto compierlo avuto riguardo, nel suo complesso, al procedimento di origine e conformandosi, «in particolare», ai parametri di valutazione dalla stessa Corte indicati. Per più ampie osservazioni sul punto, si veda S. MARINO, *Obbligo di motivazione delle sentenze e ordine pubblico processuale nello spazio giudiziario europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 982.

Dunque, l'*iter* logico-giuridico della Corte consente di ricondurre la pronuncia in commento – resa in contumacia – all'ambito di applicazione del Regolamento (Ce) n. 805/2004; pertanto il Tribunale di Bologna, effettuate tutte le verifiche delle quali sin qui si è detto, potrà certificare la sentenza contumaciale quale titolo esecutivo europeo che sarà destinata a «circolare» liberamente nello Spazio giudiziario europeo, senza necessità di alcun controllo circa il rispetto delle condizioni di eseguibilità nello Stato richiesto o di qualsivoglia controllo del rispetto dell'ordine pubblico.

4. Brevi considerazioni conclusive

La Corte di giustizia facendo rientrare il caso di specie nelle maglie dell'art. 3, secondo comma, lett. *b.*, piuttosto che nella fattispecie di cui alla lett. *c.*, sottrae al diritto interno qualsivoglia ruolo ai fini della valutazione delle conseguenze della contumacia sulla contestazione o «non contestazione» del credito, in quanto implicitamente afferma che il rinvio al diritto interno di cui alla lett. *b.* non è un rinvio perentorio, essendo per lo più una modalità attraverso la quale può esprimersi la contestazione di un credito nel giudizio. Al contrario la fattispecie di cui alla lett. *c.* effettua un vero e proprio rinvio al diritto interno, al fine di individuare – attraverso le norme di quest'ultimo – la qualificazione giuridica della mancata comparizione in giudizio come ammissione tacita del credito o dei fatti allegati dal creditore quale prova dello stesso.

Alla luce della sentenza *Pebros* e della giurisprudenza pregressa si evince che la certificabilità della decisione come titolo esecutivo europeo viene garantita tutte le volte nelle quali «di fatto» non vi sia una contestazione, a prescindere dalla circostanza che, da un punto di vista strettamente giuridico, non vi sia un vero e proprio accertamento del credito. Da ciò deriva che non ha alcun valore la qualificazione interna del concetto di «non contestazione» e dunque appare evidente che il rinvio all'ordinamento interno di cui alla lett. *b.* costituisce, come detto, un rinvio per così dire «fittizio» atteso che secondo il nostro ordinamento, una sentenza (anche passata in giudicato) pronunciata nella contumacia del convenuto non appare suscettibile della certificazione di titolo esecutivo europeo, non potendosi considerare il credito oggetto della condanna *non contestato*.

Sebbene alla luce di quest'ultima affermazione la conclusione della Corte può destare molte perplessità, a ben vedere neanche nel nostro diritto tale conclusione ha carattere assoluto.

Vero è che nell'ambito del sistema di diritto processuale civile italiano il principio di «non contestazione» è disciplinato dall'art. 115 c.p.c. in base

al quale «salvo i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, nonché i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita». Affinché, dunque, la «non contestazione» assuma rilievo occorre che la stessa manchi o sia comunque generica e provenga dalla parte costituita.

Se, però, guardiamo alle controversie soggette al rito societario, ad esempio, la contumacia del convenuto collegata non alla mancata costituzione ma alla omessa notificazione della comparsa di risposta nel termine stabilito dal dlgs n. 5 del 17 gennaio 2003, art. 2, lett. c., costituisce espressione della «non contestazione» dei fatti allegati dall'attore. Di conseguenza una sentenza pronunciata in presenza di tale tipologia di contumacia può soddisfare la nozione europea di credito non contestato. Invece, per quanto concerne il rito ordinario, la contumacia può essere intesa quale «non contestazione» ai sensi del Regolamento (Ce) 805/2004 nel caso di cui all'art. 186 *ter*, comma quinto c.p.c., quando la parte, dopo aver ricevuto la notificazione dell'ordinanza di ingiunzione, continua a non costituirsi. In definitiva, al di là di queste ipotesi, ricorre la fattispecie di credito non contestato nel senso inteso dal Regolamento e, dunque, dalla Corte, nei soli casi in cui il convenuto costituito non abbia preso specifica posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento del credito entro la prima udienza di trattazione (art. 183 c.p.c.) ovvero – nel rito del lavoro – entro l'udienza di discussione³⁵.

A tal proposito, val la pena ricordare l'orientamento del Tribunale di Novara che, nella sentenza del 23 maggio 2012, aveva – già prima del caso *Pebros* – posto l'accento sulla necessità di interpretazione del rapporto «non contestazione»-contumacia nel diritto interno. In tale sentenza il Tribunale ha precisato che la previsione dell'art. 3, comma 1, lett. b., del Regolamento, relativa alla mancata contestazione del credito da parte del debitore, deve essere intesa non già alla stregua di un richiamo al valore sostanziale che la legislazione interna attribuisce alla contumacia del convenuto, bensì come «mero punto di collegamento alla disciplina processuale nazionale, quale complesso normativo che prevede le forme ed i momenti attraverso cui la contestazione del credito sarebbe potuta avvenire». La «non contestazione» di cui parla la norma deve, pertanto, essere interpretata non nell'accezione processuale dell'espressione, ma secondo il suo senso letterale e comune, ovvero «come dato di fatto oggettivo dell'assenza di difese volte a contrastare la sussistenza o l'entità del credito».

Da tali considerazioni, anche in relazione agli orientamenti giurispru-

³⁵ Sul punto si veda G. OLIVIERI, *Il titolo esecutivo europeo*, cit. *supra*, nota 1.

denziali nazionali che certamente sono espressione dell'«apertura» al recepimento degli impulsi provenienti dai Giudici di Lussemburgo, pare evincersi – a sommosso parere di chi scrive – che la scelta effettuata dalla Corte di giustizia non è così estranea al diritto processuale interno.

Nel caso sottoposto alla nostra attenzione, infatti, l'aver fatto rientrare la fattispecie nelle «maglie» dell'art. 3, comma 1, lett. *b.*, piuttosto che ricondurla all'ipotesi di cui alla lett. *c.*, non significa voler «svalutare» o «svuotare» di significato i contenuti del diritto interno.

La funzione del giudice nazionale, infatti, conserva tutta la sua importanza in quanto, un attimo prima di rilasciare idonea certificazione, egli è tenuto ad effettuare quel controllo «anticipato» di cui si è detto, nel quale deve accertare, in concreto, che il debitore sia stato posto effettivamente nella condizione di potersi difendere.

Non è un caso, infatti, che nella sentenza *de Visser*³⁶ la Corte, affrontando il tema della certificabilità come titolo esecutivo europeo di una sentenza contumaciale pronunciata nei confronti di un convenuto il cui domicilio non è noto, ha sottolineato che tale tipologia di sentenza è idonea a costituire titolo esecutivo europeo ai sensi dell'art. 3 del suddetto Regolamento, ma in concreto non può essere certificata come titolo esecutivo europeo quella pronuncia emessa in contumacia quando è risultato impossibile determinare il domicilio del convenuto. In questo caso, infatti, la Corte ha ritenuto che il convenuto non sia stato posto nella condizione di poter conoscere il procedimento a suo carico e, dunque, non abbia avuto modo di porre in essere una difesa adeguata.

In egual misura, nella sentenza *Trade Agency* i Giudici di Lussemburgo, qualche mese dopo, hanno riaffermato il principio secondo cui la sentenza contumaciale è idonea a costituire titolo esecutivo europeo atteso che, nel caso di specie, la domanda giudiziale era stata regolarmente notificata al convenuto. Tale pronuncia, però, emessa in contumacia senza previo esame dell'oggetto della domanda e del suo fondamento nonché priva di motivazione relativamente alla fondatezza delle pretese dell'attore nel merito, comporta «una lesione manifesta e smisurata del diritto del convenuto ad un equo processo, sancito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a causa dell'impossibilità di proporre ricorso contro tale decisione in maniera utile ed effettiva».

In conclusione, dunque, la sentenza contumaciale è idonea ad essere certificata come titolo esecutivo europeo tutte le volte in cui l'insieme del-

³⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 15 marzo 2012 in causa C-292/10, *G. c. Cornelius de Visser*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, marzo 2012, ECLI:EU:C:2012:142.

le norme processuali di cui dispone l'ordinamento interno consente una effettiva tutela dei diritti di difesa del debitore e gli permette di ottenere una revisione della decisione contumaciale emessa in suo danno, soprattutto nei casi di c.d. «contumacia involontaria».

Michela Capozzolo*

SINTESI

Nella sentenza del 16 giugno 2016 in causa n. C-511/14, *Pebros Servizi Srl c. Aston Martin Lagonda Ltd*, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha avuto modo di precisare l'esatta portata del concetto di «credito non contestato» rinvenibile nell'art. 3 del Regolamento (Ce) n. 805/2004. Essa ha chiarito come il titolo esecutivo europeo possa essere concesso anche nei confronti del debitore rimasto contumace, potendosi desumere da questo comportamento quella «non contestazione» del credito necessaria per il rilascio della certificazione della decisione giudiziaria come titolo esecutivo europeo.

In tale contesto la Corte ha – ancora una volta – affermato che la nozione di «credito non contestato» è una nozione autonoma che va determinata in base a tale Regolamento e prescinde dalla qualificazione datane dagli ordinamenti degli Stati membri.

ABSTRACT

In its judgment of 16 June 2016 in case n. C-511/14, Pebros Servizi Srl v. Aston Martin Lagonda Ltd, the Court of Justice of the EU ruled on the exact scope of the concept of «uncontested claim» within article 3 of Regulation (EC) No. 805/2004. The Court clarified how the European Enforcement Order can be also obtained against the defaulting debtor, since this behavior can be regarded as «absence of contestation» necessary for granting the certification of a court decision as a European Enforcement Order.

In this context, once again the Court of Justice has pointed out that the «uncontested claim» is an autonomous concept of EU law to be determined solely in accordance with the Regulation.

* Dottoranda di ricerca in Scienze Giuridiche - *Curriculum*: Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia e cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale / Università degli Studi di Salerno

PUBBLICITÀ E PRODOTTI GALENICI

Corte di giustizia

Sentenza del 26 ottobre 2016 in causa n. C-276/15*

Hecht-Pharma GmbH c. Hohenzollern Apotheke, Winfried Ertelt

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Medicinali per uso umano - Direttiva n. 2001/83/Ce - Ambito di applicazione - Art. 2, par. 1 - Medicinali preparati industrialmente o nella cui fabbricazione interviene un processo industriale - Art. 3, punto 2 - Preparato officinale.

L'art. 2, par. 1, della direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, come modificata dalla direttiva n. 2011/62/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2011, deve essere interpretato nel senso che un medicinale per uso umano, come quello di cui al procedimento principale, il quale, in forza di una normativa nazionale, non necessita di un'autorizzazione all'immissione in commercio a motivo del fatto che esso viene prescritto comprovatamente di frequente da medici o dentisti, che viene prodotto, nei passaggi di fabbricazione essenziali, all'interno di una farmacia e nell'ambito della normale attività della stessa in una quantità giornaliera non superiore a 100 confezioni pronte per la fornitura, e che è destinato alla consegna nell'ambito della corrente autorizzazione di gestione della farmacia, non può essere considerato quale medicinale preparato industrialmente o nella cui fabbricazione interviene un processo industriale ai sensi della citata disposizione e, di conseguenza, non rientra nell'ambito di applicazione della

* Non ancora pubblicata in *Raccolta*; EU:C:2016:801. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu. In argomento v. *infra*, p. 83 ss., il commento di *FEDERICO FORNI*.

summenzionata direttiva, fatti salvi gli accertamenti di fatto che competono al giudice del rinvio.

Tuttavia, nell'ipotesi in cui tali accertamenti portassero il giudice del rinvio ad affermare che il medicinale di cui al procedimento principale è stato preparato industrialmente o secondo un metodo in cui interviene un processo di fabbricazione industriale, occorre del pari rispondere dichiarando che l'art. 3, punto 2, della direttiva n. 2001/83/Ce, come modificata dalla direttiva n. 2011/62/UE, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a disposizioni come quelle di cui all'art. 21, par. 2, punto 1, della legge relativa al commercio dei medicinali, in combinato disposto con l'art. 6, par. 1, del Regolamento sull'esercizio delle farmacie, nella misura in cui esse impongano, in sostanza, ai farmacisti di rispettare la farmacopea nell'allestimento di preparati officinali. Spetta tuttavia al giudice del rinvio verificare se, nelle circostanze di fatto del caso di specie sottopostogli, il medicinale controverso nel procedimento principale sia stato preparato in base alle indicazioni di una farmacopea.

MEDICINALE GALENICO E PUBBLICITÀ: QUESTO MATRIMONIO NON S'HA DA FARE?*

Sommario: *Introduzione - 1. I fatti del caso Hohenzollern Apotheke (causa n. C-276/15) - 2. Medicinale o integratore alimentare? - 3. Il campo di applicazione della direttiva n. 2001/83/Ce - 4. La nozione di «medicinale industriale» - 5. Le deroghe previste dall'art. 3, par. 1 e 2, della direttiva n. 2001/83/Ce - 5.a La deroga prevista per la formula magistrale - 5.b La deroga prevista per la formula officinale - 6. La nozione di «indicazioni di una farmacopea» - 7. L'art. 21, par. 2, punto 1, AMG e la normativa europea - 8. La pubblicità delle formule galeniche - 9. Conclusioni.*

Introduzione

«Ὅτι ἀρίστος ἰατρός καὶ φιλόσοφος»¹ è il titolo di un'opera scritta da Galeno di Pergamo allo scopo di ricordare al medico di essere sempre amico della temperanza e della verità. In epoca moderna, avendo i medici optato per Ippocrate di Cos, i farmacisti hanno scelto Galeno² per prestare il loro giuramento professionale (giuramento di Galeno) impegnandosi così implicitamente ad astenersi dall'attribuire virtù miracolose ai medicinali da loro preparati (formule galeniche). «E ciò appare evidente qualora si consideri che un farmaco (...) non è né uno schiaccianoci né un cavatappi»³.

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

¹ *Claudii Galeni Opera Omnia*, vol. 1, K. G. KUHN (ed.), Leipzig, Cnobloch, 1821, p. 53 ss., ristampa in Cambridge Library Collection - Classics, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

² I motivi della scelta di Galeno da parte dei farmacisti sono riassunti nella frase di seguito riportata. «Si la pharmacie a un attachement particulier pour Galien, c'est parce qu'il s'est beaucoup intéressé à la formulation des médicaments et qu'il a donné des nombreux détails sur la façon de les préparer» (A. LE HIR - J.-C. CHAUMEIL e D. BROSSARD, *Pharmacie galénique. Bonne pratiques de fabrication des médicaments*, Issy-les-Moulineaux, Elsevier Masson, 2009, p. XV, nota 1).

³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Tesaro del 26 gennaio 1989 in causa n. 215/87, *Heinz Schumacher c. Hauptzollamt Frankfurt am Main-Ost*, in *Raccolta*, 1989, p. 617, EU:C:1989:37, punto 8.

Il legislatore non poteva tuttavia accontentarsi di un impegno per quanto solenne e di un codice deontologico⁴ dal momento che «il timore che i farmacisti in cerca di guadagni possano compromettere i loro obblighi professionali [è] un problema che risale almeno ai tempi di Romeo e Giulietta di Shakespeare, quando Romeo convinceva un "povero diavolo" di speciale a vendergli il veleno»⁵.

Esigenze di mercato possono spingere anche attori diversi dai farmacisti, quali, ad esempio, le industrie del settore, ad esaltare le proprietà prodigiose dei loro rimedi. La tutela della salute pubblica impone, invece, di assicurare la neutralità e l'obiettività del messaggio commerciale sul farmaco in modo da impedire che paziente e medico si indirizzino verso terapie in base ad informazioni non suffragate da solide basi scientifiche⁶.

In ambito comunitario, la problematica sulla pubblicità sui medicinali è stata inizialmente affrontata mediante la direttiva n. 92/28/Cee⁷. L'evoluzione della normativa ha portato successivamente all'adozione della direttiva n. 2001/83/Ce⁸ (codice comunitario) all'interno della quale sono confluite le disposizioni sui medicinali in precedenza suddivise in specifici atti emanati allo scopo di stabilire le condizioni indispensabili alla creazione di un mercato unico anche in campo farmaceutico⁹. Il titolo VII (artt. da 86 a 88) di questo «testo unico» è rubricato «Pubblicità» e il titolo VII *bis* (artt. da 88 *bis* a 100) «Informazione e pubblicità».

Secondo il diritto dell'Unione europea, la «"pubblicità dei medicinali" [comprende] qualsiasi azione d'informazione, di ricerca della clientela o di incitamento, intesa a promuovere la prescrizione, la fornitura, la vendita o

⁴ Art. 20, comma 4, Codice deontologico del farmacista: «La pubblicità della farmacia è consentita e libera nel rispetto dei principi di correttezza, veridicità e non ingannevolezza a tutela e nell'interesse dei cittadini» (http://www.fofi.it/doc_fofi/codice_deontologico.pdf).

⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale Poiras Maduro del 30 settembre 2009 in cause riunite n. C-570/07 e n. C-571/07, *José Manuel Blanco Pérez e María del Pilar Chao Gómez*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 4629, EU:C: 2009:587, punto 1.

⁶ Art. 87, 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, in *Guce* n. L 311 del 28 novembre 2001, p. 67 ss.: «La pubblicità di un medicinale: - deve favorire l'uso razionale del medicinale, presentandolo in modo obiettivo e senza esagerarne le proprietà, - non può essere ingannevole».

⁷ Direttiva n. 92/28/Cee del Consiglio, del 31 marzo 1992, concernente la pubblicità dei medicinali per uso umano, in *Guce* n. L 113 del 30 aprile 1992, p. 13 ss.

⁸ Direttiva n. 2001/83/Ce, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *loc. cit.*

⁹ Per maggiori informazioni sull'evoluzione e sul contenuto della normativa dell'Unione sulla pubblicità dei medicinali si veda F. FORNI, *La pubblicità sui medicinali nella disciplina comunitaria: libertà di espressione, diritto di informazione o tutela del consumatore?*, in questa *Rivista*, 2010, p. 203 ss.

il consumo di medicinali»¹⁰. L'opera promozionale non può essere attuata per i farmaci per i quali «non sia stata rilasciata un'autorizzazione all'immissione in commercio, conforme al diritto comunitario»¹¹. Tali disposizioni sono parte degli artt. 86 e 87 della direttiva n. 2001/83/Ce, i quali si applicano a tutti i medicinali compresi nell'ambito di applicazione di tale atto di diritto derivato. «Tale interpretazione è suffragata dalla genesi della direttiva stessa, dato che il suo art. 86 era in origine l'art. 1 del capitolo 1, dal titolo "Definizioni, campo d'applicazione e principi generali" della direttiva n. 92/28/Cee, che si applicava a tutte le disposizioni della stessa»¹².

«[L]e norme di dettaglio sulla pubblicità al pubblico sono contenute negli artt. 88-90 della stessa»¹³ direttiva n. 2001/83/Ce. Tali disposizioni vietano di promuovere presso il consumatore i farmaci «che possono essere forniti soltanto dietro presentazione di ricetta medica»¹⁴ o «contenenti sostanze definite come psicotrope o stupefacenti ai sensi delle convenzioni internazionali»¹⁵. Di conseguenza, «[p]ossono essere oggetto di pubblicità presso il pubblico i medicinali che, per la loro composizione ed il loro obiettivo, sono previsti e concepiti per essere utilizzati senza intervento di un medico per la diagnosi, la prescrizione o la sorveglianza del trattamento, se necessario con il consiglio del farmacista»¹⁶.

In base a questi riferimenti, appare quindi palese che «la direttiva n. 2001/83/Ce ha proceduto ad un'armonizzazione completa nel settore della pubblicità per i medicinali, e le ipotesi in cui gli Stati membri sono auto-

¹⁰ Art. 86, par. 1, prima frase, della direttiva n. 2001/83/Ce, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 6.

¹¹ Art. 87, par. 1, della direttiva n. 2001/83/Ce, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *loc. cit.*

¹² Conclusioni dell'Avvocato Generale Jääskinen del 19 ottobre 2010 in causa n. C-249/09, *Novo Nordisk AS c. Ravimiamet*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 3155, EU:C: 2010:616, punto 31.

¹³ *Ivi*, par. 30.

¹⁴ Art. 88, par. 1, lett. a., della direttiva n. 2001/83/Ce, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *loc. cit.*, come modificato dalla direttiva n. 2004/27/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, in *Gu-Ue* n. L 136 del 30 aprile 2004, p. 34 ss.

¹⁵ Art. 88, par. 1, 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, *loc. cit.*, come modificato dalla direttiva n. 2004/27/Ce, del 31 marzo 2004 che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *loc. cit.*

¹⁶ Art. 88, par. 2, 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, *loc. ult. cit.*, come modificato dalla direttiva n. 2004/27/Ce, del 31 marzo 2004 che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano.

rizzati ad adottare disposizioni che si discostino dalle regole fissate dalla direttiva medesima vi sono esplicitamente indicate»¹⁷.

La presenza di norme «particolarmente rigorose»¹⁸ non ha impedito l'insorgere di controversie le quali hanno avuto tuttavia il pregio di chiarire, tra l'altro, l'esistenza del divieto di propagandare i medicinali non autorizzati nello Stato di importazione¹⁹, i limiti della pubblicità nella vendita per corrispondenza²⁰, l'impossibilità di utilizzare estrazioni a sorte²¹ e di divulgare da parte di un terzo informazioni sui medicinali²². I precedenti interventi della giurisprudenza europea hanno risolto controversie che vedevano coinvolte in genere industrie farmaceutiche o società importatrici. Finora solo in un caso il contenzioso «pubblicitario» ha interessato i farmacisti senza tuttavia toccare i medicinali in quanto la disposizione contestata era una norma deontologica che vietava loro di reclamizzare al di fuori delle farmacie i prodotti parafarmaceutici²³ che detti esercizi erano autorizzati a vendere²⁴.

Oltre alla giurisprudenza, anche la dottrina non sembra aver mai dibattuto la conformità con il diritto dell'Unione del comportamento di un farmacista che pubblicizzi un medicinale preparato nella propria farmacia (formula galenica) per essere consegnato direttamente o dopo presentazione di ricetta medica ai clienti che la frequentano. Tale «lacuna» è stata colmata dalla sentenza analizzata in questo commento.

¹⁷ Sentenza della Corte di giustizia dell'8 novembre 2007 in causa n. C-374/05, *Gintec International Import-Export GmbH c. Verband Sozialer Wettbewerb eV.*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 9517, EU:C:2007:654, punto 39.

¹⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale Cosmas del 2 luglio 1998 in causa n. C-77/97, *Österreichische Unilever GmbH c. Smithkline Beecham Markenartikel*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 431, EU:C:1998:333, punto 10.

¹⁹ Sentenze della Corte di giustizia del 10 novembre 1994 in causa n. C-320/93, *Lucien Ortscheit GmbH c. Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 5243, EU:C:1994:379, e dell'8 novembre 2007 in causa n. C-143/06, *Ludwigs-Apotheke München Internationale Apotheke c. Juers Pharma Import-Export GmbH*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 9623, EU:C:2007:656.

²⁰ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 dicembre 2003 in causa n. C-322/01, *Deutscher Apothekerverband eV e Deutscher Apothekerverband eV, Jacques Waterval*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 14887, EU:C:2003:664.

²¹ Sentenza della Corte di giustizia dell'8 novembre 2007 in causa n. C-374/05, *Gintec International Import-Export GmbH c. Verband Sozialer Wettbewerb eV*, *loc. cit.*

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

²³ Con il termine di «parafarmaco» si intende un «prodotto erboristico, dietetico ecc. che, pur non essendo un farmaco, ha effetti sulla salute e viene commercializzato nelle farmacie» (<http://www.garzantilinguistica.it/ricerca/?q=parafarmaco>).

²⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 15 dicembre 1993 in causa n. C-292/92, *Ruth Hünermund e altri c. Landesapothekerkammer Baden-Württemberg*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 6783, EU:C:1993:863 con commento di S. AMADEO, *Novità in tema di divieto di misure di effetto equivalente*, in questa *Rivista*, 1994, p. 671 ss.

L'importanza della pronuncia non dipende esclusivamente dall'originalità dell'argomento. La questione potrebbe infatti assumere un considerevole risvolto pratico in un momento in cui esigenze di terapie personalizzate (dosaggi particolari, intolleranza o allergia verso determinati eccipienti, risparmi ottenibili allestendo il medicinale in quantità non superiore alle necessità terapeutiche²⁵, momentanea indisponibilità sul mercato dell'analogo prodotto industriale, ecc.) stanno risvegliando l'interesse per le preparazioni galeniche le quali assicurano una maggior flessibilità rispetto agli standardizzati e immodificabili prodotti industriali²⁶.

1. I fatti del caso *Hohenzollern Apotheke* (causa n. C-276/15)²⁷

Una farmacia tedesca (*Hohenzollern Apotheke* di proprietà del signor Winfried Ertelt²⁸) preparava per vendere ai propri clienti capsule medicinali contenenti estratto secco di incenso (*Weihrauch-Extrakt-Kapseln*) in

²⁵ Tale concetto è stato sottolineato nell'interrogazione scritta n. 1505/83 del 19 dicembre 1983 alla Commissione delle Comunità europee di V. Squarcialupi avente per oggetto: «Esclusione dei preparati galenici dall'assistenza sanitaria gratuita in Italia», in *Guce* n. C 141 del 28 maggio 1984, p. 10, in cui la parlamentare, dopo aver definito i preparati galenici «[medicinali] composti direttamente in farmacia secondo un dosaggio e una composizione prescritti da un medico», aveva lamentato che la decisione del Governo italiano di escluderne la rimborsabilità da parte del sistema sanitario nazionale «favorisce lo spreco e non tiene conto delle individualità di ogni essere umano».

²⁶ Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, Résolution CM/Res(2016)1 sur les exigences relatives à l'assurance de qualité et d'innocuité des médicaments préparés en pharmacie pour les besoins particuliers du patient, (adoptée par le Comité des Ministres le 1^{er} juin 2016, lors de la 1258^e réunion des Délégués des Ministres), par. 3, p. 3: «Les préparations de pharmacie ont une valeur ajoutée si, pour des raisons médicales, pharmaceutiques ou personnelles, elles sont nécessaires à un patient en particulier ou à des groupes spécifiques de population ayant des besoins particuliers». L'art. 1, comma 3, lett. b., del dpr n. 338 del 22 giugno 1979 (Revisione della legislazione nazionale in materia di brevetti, in applicazione della delega di cui alla legge 26 maggio 1978, n. 260, in *Guri* n. 215 del 7 agosto 1978, il quale stabilisce che «[l]a facoltà esclusiva attribuita dal diritto di brevetto non si estende, quale che sia l'oggetto dell'invenzione: (...) alla preparazione estemporanea e per unità, di medicinali nelle farmacie su ricetta medica, e ai medicinali così preparati») ha lo «[s]copo evidente (...) di consentire al farmacista di preparare e vendere al paziente un medicinale brevettato con diverso dosaggio o con diverso eccipiente rispetto a quello del medicinale posto in vendita dal titolare del brevetto, per ogni caso in cui il paziente necessita appunto di un diverso dosaggio o è allergico all'eccipiente utilizzato per il medicinale commercializzato dal titolare del brevetto o dai suoi licenziatari» (Cass., II sez. pen., sentenza n. 5573 del 14 febbraio 2012).

²⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 26 ottobre 2016 in causa n. C-276/15, *Hecht-Pharma GmbH c. Hohenzollern Apotheke, Winfried Ertelt, in qualità di proprietario*, in *Raccolta elettronica, Raccolta generale*, ottobre 2016, EU:C:2016:801, punti 17-27, e le relative conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar del 30 giugno 2016, in *Raccolta digitale, Raccolta generale*, ottobre 2016, EU:C:2016:492, punti 9-14.

²⁸ Si dovrebbe trattare della *Hohenzollern Apotheke* di Bisingen, Baden-Württemberg (<http://www.ertelt.de/>). Esiste inoltre il sito <http://www.weihrauch-apotheke.de/> che fa riferimento alle *Ertelt Apotheken* (*Hohenzollern Apotheke* e *Heidelberg Apotheke*) attraverso il quale è possibile acquistare capsule galeniche di estratto di incenso.

confezioni da 100 e da 200 unità in assenza dell'autorizzazione all'immissione in commercio (AIC) prescritta per i farmaci di origine industriale dall'art. 6, par. 1, prima frase, della direttiva n. 2001/83/Ce²⁹. Tali capsule erano praticamente identiche nel contenuto ad un integratore alimentare (*H 15 Weihrauch*) distribuito sul mercato tedesco dalla *Hecht Pharma GmbH*.

Ritenendosi danneggiata, l'industria tedesca si rivolgeva al giudice nazionale affinché fosse vietato alla farmacia di utilizzare un'informativa per i pazienti e un opuscolo per pubblicizzare le capsule di incenso sostenendo che tale pratica commerciale violava il divieto di propagandare medicinali non in possesso di AIC oltre ad essere contraria alle norme nazionali sulla concorrenza.

La *Hohenzollern Apotheke* si opponeva a tale richiesta replicando che il divieto di pubblicità stabilito per i medicinali non autorizzati non era applicabile a questo caso specifico in quanto le capsule di estratto di incenso erano un «*Defekturarzneimittel*», cioè un medicinale preparato in anticipo in quantità appropriata e comunque non superiore ad un centinaio di confezioni nell'arco di una giornata di normale attività della farmacia (formula officinale)³⁰. La tesi difensiva richiama l'art. 21, par. 2, punto 1, Az-

²⁹ L'art. 6, par. 1, prima frase, della direttiva n. 2001/83/Ce, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 6, stabilisce che «[n]essun medicinale può essere immesso in commercio in uno Stato membro senza un'autorizzazione all'immissione in commercio delle autorità competenti di detto Stato membro rilasciata a norma della presente direttiva oppure senza un'autorizzazione a norma del regolamento (Ce) n. 726/2004 [del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che istituisce procedure comunitarie per l'autorizzazione e la sorveglianza dei medicinali per uso umano e veterinario, e che istituisce l'agenzia europea per i medicinali, in *Gu-Ue* n. L 136 del 30 aprile 2004, p. 1 ss.] in combinato disposto con il regolamento (Ce) n. 1394/2007 [del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2007, sui medicinali per terapie avanzate recante modifica della direttiva n. 2001/83/Ce e del regolamento (Ce) n. 726/2004, in *Gu-Ue* L 324 del 10 dicembre 2007, p. 121 ss.]».

³⁰ In molte versioni linguistiche delle conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar del 30 giugno 2016 in causa n. C-276/15, *Hecht-Pharma GmbH c. Hohenzollern Apotheke*, punto 11, *cit. supra*, nota 27, è presente solo la parola tedesca «*Defekturarzneimittel*» (ad esempio spagnolo, inglese, greco, lettone, lituano, ungherese, olandese, polacco, sloveno, svedese) o il termine accompagnato o non accompagnato da una sua traduzione [ad esempio, in italiano «*Defekturarzneimittel* (medicinali di scorta autoprodotti in farmacia)»; in francese «*médicaments préparés sur la base d'une ordonnance générale ("Defektur")*»]. In questo commento per chiarire il termine «*Defekturarzneimittel*» è stata utilizzata una traduzione non letterale della definizione riportata nell'art. 1a [rubricato come *Begriffsbestimmungen*], par. 9, *Verordnung über den Betrieb von Apotheken (Apothekenbetriebsordnung - ApBetrO)*, che recita «*Defekturarzneimittel ist ein Arzneimittel, das im Rahmen des üblichen Apothekenbetriebs im Voraus an einem Tag in bis zu hundert abgabefertigen Packungen oder in einer diesen entsprechenden Menge hergestellt wird*». L'art. 8 *ApBetrO*, rubricato come *Defekturarzneimittel*, stabilisce le modalità con le quali detti farmaci devono essere preparati in farmacia. In base a quanto definito nell'*ApBetrO*, il *Defekturarzneimittel* corrisponde ad una formula officinale (preparato galenico officinale). Tale traduzione del termine «*Defekturarzneimittel*» è uguale a quella presente nelle versioni estone («*seeriaviisilise ravimi*») e ceca («*chromadně připravených léčivých přípravků*») delle conclusioni dell'Avvocato Generale. Le due espressioni sono le forme declinate di quelle utilizzate nella versione estone («*seeriaviisiline ravim*») e ceca («*chromadně*

neimittelgesetz (AMG)³¹ il quale sancisce l'esenzione dall'AIC per le preparazioni medicinali allestite in farmacia in scala ridotta.

Il tribunale di prima istanza e la successiva Corte di appello respingevano la richiesta dell'industria. La *Hecht Pharma GmbH* impugnava tale decisione presso il *Bundesgerichtshof* (Corte federale di cassazione) il quale si rivolgeva in via pregiudiziale alla Corte di giustizia per appurare se l'esclusione dall'AIC stabilita dall'art. 21, par. 2, punto 1, AMG fosse in contrasto con quanto disposto dall'art. 3, par. 1 e 2, della direttiva n. 2001/83/Ce³² ritenendo che «la soluzione della controversia dipend[esse] dalla questione se il prodotto preparato dalla HA [*Hohenzollern Apotheke*] soggiaccia all'obbligo di AIC»³³. In pratica, la richiesta dei giudici di rinvio aveva lo scopo di stabilire se i preparati galenici vendibili al pubblico direttamente o in seguito a presentazione di ricetta medica possono essere oggetto di pratiche pubblicitarie. Inoltre, il quesito ha una portata più ampia consentendo di chiarire «se un medicinale per uso umano [... preparato

připravený léčivý přípravek») dell'art. 3, par. 2, della direttiva n. 2001/83/Ce per la locuzione «formula officinale» presente nella versione italiana.

³¹ Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz - AMG) (Ausfertigungsdatum: 24.08.1976), §21 «Zulassungspflicht, (...) (2) Einer Zulassung bedarf es nicht für Arzneimittel, die 1. zur Anwendung bei Menschen bestimmt sind und auf Grund nachweislich häufiger ärztlicher oder zahnärztlicher Verschreibung in den wesentlichen Herstellungsschritten in einer Apotheke in einer Menge bis zu hundert abgabefertigen Packungen an einem Tag im Rahmen des üblichen Apothekenbetriebs hergestellt werden und zur Abgabe im Rahmen der bestehenden Apothekenbetriebserlaubnis bestimmt sind».

³² «Se l'articolo 3, punti 1 e 2, della direttiva n. 2001/83/Ce osti a una disposizione nazionale come quella dell'articolo 21, paragrafo 2, punto 1, del Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (legge sul commercio dei medicinali; in prosieguo: l'"AMG") in base alla quale non necessita di un'autorizzazione un medicinale che è destinato all'uso umano e che, in ragione di una comprovata frequente prescrizione da parte di medici o dentisti, è prodotto, nei passaggi di fabbricazione essenziali, all'interno di una farmacia e nell'ambito della normale attività della stessa, in una quantità giornaliera non superiore a 100 confezioni pronte per la fornitura ed è destinato alla consegna nell'ambito della preesistente autorizzazione alla gestione di una farmacia. In caso di risposta affermativa alla prima questione [s]e la suddetta conclusione valga anche quando una disposizione nazionale come l'articolo 21, paragrafo 2, punto 1, dell'AMG è interpretata nel senso che non necessita di autorizzazione un medicinale che è destinato all'uso umano e che, in ragione di una comprovata frequente prescrizione da parte di medici o dentisti, è prodotto, nei passaggi di fabbricazione essenziali, all'interno di una farmacia e nell'ambito della normale attività della stessa, in una quantità giornaliera non superiore a 100 confezioni pronte per la fornitura ed è destinato alla consegna nell'ambito della preesistente autorizzazione alla gestione di una farmacia, quando detto medicinale è fornito, in base a una prescrizione medica che non deve necessariamente essere presente prima della preparazione, di volta in volta a un determinato paziente o è preparato in farmacia in base alle indicazioni di una farmacopea ed è destinato a essere fornito direttamente ai pazienti» (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal *Bundesgerichtshof* (Germania) il 9 giugno 2015 - *Hecht-Pharma GmbH / Hohenzollern Apotheke, Inhaber Winfried Ertelt* (causa n. C-276/15), in *Gu-Ue* n. C 294 del 7 settembre 2015, p. 27).

³³ Sentenza della Corte di giustizia del 26 ottobre 2016 in causa n. C-276/15, *Hecht-Pharma GmbH, c. Hohenzollern Apotheke*, punto 20, *cit. supra*, nota 27.

in farmacia] possa rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva n. 2001/83/Ce»³⁴.

2. Medicinale o integratore alimentare?

Prima di procedere all'analisi della sentenza, è interessante soffermarsi su un particolare che traspare dall'esposizione dei fatti sebbene esso sia da considerare marginale ai fini della risoluzione della controversia. Tuttavia, nonostante la disamina del dettaglio non sia decisiva per la vertenza, tale punto non appare trascurabile nell'economia generale del diritto farmaceutico dell'Unione.

L'esposizione degli avvenimenti evidenzia che le capsule di incenso di produzione industriale sono definite «integratori alimentari», mentre gli opercoli preparati in farmacia, seppur contenenti la stessa sostanza (estratto di incenso), sono indicati come «medicinali»³⁵.

L'uso dei due termini, presente in tutte le versioni linguistiche della sentenza e delle conclusioni dell'Avvocato Generale, non può essere giudicato casuale o frutto dell'ubbidienza alla regola scolastica secondo la quale bisogna evitare di ripetere la stessa parola a breve distanza oppure indice dell'incapacità di stabilire le proprietà dell'incenso. È maggiormente probabile che la divergenza sia dovuta all'osservazione che le due tipologie di capsule, pur essenzialmente identiche, possiedano alcune caratteristiche che impongono la loro classificazione nelle due diverse categorie merceologiche (integratori alimentari o medicinali).

Tale considerazione è confermata dalla consultazione dei siti internet dell'industria tedesca e della farmacia. L'indagine ha permesso di accertare che l'apparente contraddizione è da attribuire alle diverse modalità di presentazione dei due preparati. L'etichetta sulla confezione delle capsule industriali specifica «*Nahrungsergänzungsmittel mit indischem Weihrauch*» (integratore alimentare con incenso indiano)³⁶. Al contrario, le informazioni sulle capsule preparate in farmacia fanno riferimento alla monografia dell'incenso nella Farmacopea europea³⁷, a finalità terapeutiche, alla possibili-

³⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 26 ottobre 2016 in causa n. C-276/15, *Hecht-Pharma GmbH c. Hohenzollern Apotheke*, punto 30, *cit. supra*, nota 27.

³⁵ *Ivi*, punti 17-18, e conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar del 30 giugno 2016 in causa n. C-276/15, *Hecht-Pharma GmbH c. Hohenzollern Apotheke*, punto 9, *cit. supra*, nota 27.

³⁶ Cfr. <https://www.hecht-pharma.de/boswellia-serrata-200-mg-gph-kapseln>.

³⁷ La Farmacopea europea iscrive l'*Olibanum indicum* (incenso indiano) nella monografia n. 2310. Si veda Ministero della salute, decreto 13 marzo 2014, Entrata in vigore dei testi,

tà di adattare il dosaggio alle condizioni di salute, alla preparazione di una formula officinale (*Defektur-Arzneimittel*) da parte del personale di farmacia³⁸, al riconoscimento, confermato dal tribunale tedesco, come medicinale da parte del distretto governativo di Tubinga ed infine al fatto che l'applicazione dell'aliquota IVA sui medicinali (19%) distingue le capsule della farmacia dagli integratori alimentari i quali sono soggetti all'imposta del 7%³⁹.

Tutte queste dichiarazioni consentono di affermare che le capsule preparate in farmacia si qualificano come «medicinali per presentazione» ai sensi dell'art. 1, par. 2, lett. a., della direttiva n. 2001/83/Ce il quale definisce medicinale «ogni sostanza o associazione di sostanze presentata come avente proprietà curative o profilattiche delle malattie umane». La giurisprudenza della Corte ha chiarito il significato di tale disposizione specificando che ogni prodotto «destinato ad essere somministrato per ripristinare, correggere o modificare funzioni organiche»⁴⁰ deve essere considera-

nelle lingue inglese e francese, pubblicati nella 8ª edizione della Farmacopea europea, Allegato n. 2 - Indice cumulativo, Droghe vegetali e preparazioni a base di droghe vegetali, in *Guri* n. 85 dell'11 aprile 2014, *suppl. ord.* n. 35, p. 35.

³⁸ Ad esempio, «[w]ir verwenden als Ausgangsmaterial für unsere Weihrauchkapseln das Harz des indischen Weihrauchbaumes (*Boswellia serrata*), weil nur dieser im Europäischen Arzneibuch (Ph.Eur.) in Form einer pharmazeutischen Prüfvorschrift (= Monographie) geführt wird. Somit kann auch nur das Harz des indischen Weihrauchbaumes (*Boswellia serrata*) nach den strengen Vorgaben des Arzneibuches mit einer eigenen Prüfvorschrift überprüft werden und damit arzneilichen Zwecken zugeführt werden», «[j]e nach Einnahmezweck, persönlicher bzw. gesundheitlicher Situation und/oder etwaiger Erfahrung Ihres betreuenden Therapeuten wird die Dosierung individuell festgelegt» e «[d]ie Weihrauch-Extrakt-Kapseln werden in der Heidelberg-Apotheke Bisingen von unserem pharmazeutischen Personal eigenhändig als Defektur-Arzneimittel hergestellt» (<http://www.weihrauch-apotheke.de/content/fragen-weihrauchkapseln.63.html>).

³⁹ «Die Arzneimittel-Eigenschaft unserer Weihrauch-Extrakt-Kapseln nach § 8 Abs. 1 ApoBetrO ist dabei von unserer zuständigen Überwachungsbehörde - dem Regierungspräsidium Tübingen - sowie gerichtlich bestätigt» e «ist auch aus dem anzuwendenden Mehrwertsteuersatz von 19 % bei Arzneimitteln im Gegensatz zu 7% bei Nahrungsergänzungsmitteln ersichtlich, dass es sich bei unserem Produkt nicht um ein Nahrungsergänzungsmittel handelt» (<http://www.weihrauch-apotheke.de/content/erstattung.68.html>).

⁴⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 21 marzo 1991 in causa n. C-369/88, Procedimento penale a carico di *Jean-Marie Delattre*, in *Raccolta*, 1991, I, p.1487, EU:C:1991:137, punto 22, e commentata da A. GRATANI, *Limiti alla vendita dei medicinali in farmacia*, in questa *Rivista*, 1992, p. 373 ss. Tale concetto è ribadito praticamente negli stessi termini nelle sentenze della Corte di giustizia del 21 marzo 1991 in causa n. C-60/89, Procedimento penale a carico di *Jean Monteil e Daniel Samanni*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 1547, EU:C:1991:138, punto 17, annotata in questa *Rivista*, 1992, p. 373; del 28 ottobre 1992 in causa n. C-219/91, Procedimento penale contro *Johannes Stephanus Wilhelmus Ter Voor* in *Raccolta*, I, p. 5485, EU:C:1992:414, punto 19, e del 15 novembre 2007 in causa n. C-319/05, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 9811, punti 38 e 63, EU:C:2007:678, e commentata da F. CAPELLI, *L'aglio è un alimento o un farmaco?*, in questa *Rivista*, 2010, p. 41 ss. Per l'analisi delle problematiche giuridiche relative alla definizione di medicinale, si rinvia a F. FORNI, *La nozione normativa e giurisprudenziale di medicamento in ambito comunitario*, in questa *Rivista*, 2009, p. 503 ss.

to un medicinale «anche se esso rientri nella sfera di applicazione di un'altra disciplina comunitaria meno rigorosa»⁴¹.

3. Il campo di applicazione della direttiva n. 2001/83/Ce

Dal momento che la vertenza riguardava capsule presentate come medicinali, potrebbe apparire pleonastica la necessità di stabilire se la questione ricada nell'ambito della direttiva n. 2001/83/Ce. Tuttavia, è necessario ricordare che tale codice comunitario riguarda esclusivamente «i medicinali per uso umano destinati ad essere immessi in commercio negli Stati membri, preparati industrialmente o nella cui fabbricazione interviene un processo industriale» (art. 2, par. 1) e non è applicabile, *inter alia*, «ai medicinali preparati in farmacia in base ad una prescrizione medica destinata ad un determinato paziente (detti formula magistrale)» (art. 3, par. 1) o «in base alle indicazioni di una farmacopea e destinat[i] ad essere fornit[i] direttamente ai pazienti che si servono in tale farmacia (detti formula officinale)» (art. 3, par. 2)⁴². In altre parole, la direttiva n. 2001/83/Ce è applicabile ai soli medicinali industriali⁴³ e non riguarda le formule (prepa-

⁴¹ Conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak del 19 giugno 2008 in causa C-140/07, *Hecht-Pharma GmbH c. Staatliches Gewerbeaufsichtsamt Lüneburg*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 41, EU:C:2008:352, punto 53.

⁴² I termini e le definizioni «formula magistrale» e «formula officinale» sono stati introdotti nella 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., mediante l'art. 1, par. 2, della direttiva n. 89/341/Cee del Consiglio del 3 maggio 1989 che modifica le direttive n. 65/65/Cee, n. 75/318/Cee e n. 75/319/Cee concernenti il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative alle specialità medicinali, in *Guce* n. L 142 del 25 maggio 1989, p. 11 ss.

⁴³ «Fino alla fine del XIX secolo la preparazione dei medicinali veniva effettuata in farmacia, seguendo le indicazioni delle formule della Farmacopea o le prescrizioni del medico. Poi dai primi anni del 1900, i principi attivi puri di origine naturale o di sintesi hanno sostituito i prodotti naturali, soprattutto estratti vegetali, e così la preparazione della maggior parte dei medicinali è passata all'industria e sono nate le specialità medicinali» (F. CAPASSO - G. GRANDOLINI e A. A. IZZO, *Fitoterapia: impiego razionale delle droghe vegetali*, Milano, Springer Italia, 2006, p. 288). La prima definizione di specialità medicinale nella normativa italiana è stata introdotta dall'art. 9, r.d. n. 478 del 3 marzo 1927, in *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia* n. 87 del 14 aprile 1927. Il comma 1 di detto articolo definiva specialità medicinale «qualsiasi prodotto terapeutico, semplice o composto, preparato a dose o forma di medicamento, secondo una formula prestabilita, contenuto in recipienti od involucri determinati pronti per la vendita e chiusi in modo che non sia possibile apportare al prodotto qualsiasi modificazione». Il diritto dell'Unione definiva la specialità medicinale «ogni medicinale precedentemente preparato, immesso in commercio con una denominazione speciale ed in una confezione particolare» (art. 1, punto 1, della direttiva del Consiglio n. 65/65/Cee per il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative alle specialità medicinali, *loc. cit.*). L'art. 1, punto 1, della direttiva n. 89/341/Cee del Consiglio del 3 maggio 1989 che modifica le direttive n. 65/65/Cee, n. 75/318/Cee e n. 75/319/Cee concernenti il ravvicina-

rati) galeniche siano esse magistrali o officinali. Il fatto che il campo di applicazione della direttiva n. 2001/83/Ce sia circoscritto ai medicinali preparati industrialmente o nella cui fabbricazione intervenga un processo industriale è ripreso nel *considerando* n. 6 del Regolamento (Ce) n. 1394/2007⁴⁴ e in alcune pronunce della Corte⁴⁵.

Questa premessa chiarisce i motivi che hanno indotto l'Avvocato Generale a richiamare la sentenza *Abcur*⁴⁶ mediante la quale i giudici di Lussemburgo avevano stabilito, con il contributo delle sue conclusioni⁴⁷, che «per poter ricadere nell'ambito della direttiva n. 2001/83/Ce, il prodotto (...), da un lato, deve rispondere ai requisiti fissati dall'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva medesima⁴⁸ e, dall'altro, non deve ricadere in una delle deroghe espressamente previste all'articolo 3 della menzionata direttiva»⁴⁹.

mento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative alle specialità medicinali, *cit. supra*, nota 42, ha disposto che «[n]el titolo, nel preambolo e nei capitoli da II a V [della direttiva n. 65/65/Cee del Consiglio, del 26 gennaio 1965, per il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative alle specialità medicinali, *cit. supra*, nota 42] i termini "specialità medicinali" s[ia]no sostituiti dal termine "medicinali"».

⁴⁴ Regolamento (Ce) n. 1394/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 novembre 2007, sui medicinali per terapie avanzate recante modifica della direttiva n. 2001/83/Ce e del Regolamento (Ce) n. 726/2004, *cit. supra*, nota 29, *considerando* n. 6: «Ambito di applicazione del presente regolamento dovrebbe essere la disciplina dei medicinali per terapie avanzate che sono destinati ad essere immessi in commercio negli Stati membri, preparati industrialmente o nella cui fabbricazione intervenga un processo industriale, conformemente all'ambito di applicazione generale della legislazione comunitaria in materia farmaceutica di cui al titolo II della direttiva n. 2001/83/Ce».

⁴⁵ Sentenze della Corte di giustizia del 15 gennaio 2009 in causa n. C-140/07, *Hecht-Pharma GmbH c. Staatliches Gewerbeaufsichtsamt Lüneburg*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 41, EU:C:2009:5, punti 21-22; del 5 marzo 2009 in causa n. C-88/07, *Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 1353, EU:C:2009:123, punti 67 e 68; dell'11 aprile 2013 in causa n. C-535/11, *Novartis Pharma GmbH c. Apozyt GmbH*, in *Raccolta digitale, Raccolta generale*, aprile 2013, EU:C:2013:226, punto 38, e del 13 marzo 2014 in causa n. C-512/12, *Octapharma France SAS c. Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM), Ministère des Affaires sociales et de la Santé*, in *Raccolta digitale, Raccolta generale*, marzo 2014, EU:C:2014:149, punti 29-30.

⁴⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar del 30 giugno 2016 in causa n. C-276/15, *Hecht-Pharma GmbH c. Hohenzollern Apotheke*, punto 16, *cit. supra*, nota 27.

⁴⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar del 3 marzo 2015 in cause riunite n. C-544/13 e n. C-545/13, *Abcur AB c. Apoteket Farmaci AB e Apoteket AB e Apoteket Farmaci AB*, EU:C:2015:136.

⁴⁸ Tale parere era già stato espresso nella sentenza della Corte di giustizia del 13 marzo 2014 in causa n. C-512/12, *Octapharma France SAS c. Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM), Ministère des Affaires sociales et de la Santé*, punto 38, *loc. cit.* (un «prodotto (...), per poter essere assoggettato alle disposizioni di tale direttiva [n. 2001/83/Ce], deve rispondere anche ai requisiti di cui all'articolo 2 della stessa»).

⁴⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 2015 in cause riunite n. C-544/13 e n. C-545/13, *Abcur AB c. Apoteket Farmaci AB e Apoteket AB e Apoteket Farmaci AB*, EU:C:2015:481, punto 39. Il passaggio è ripetuto e citato, praticamente con le stesse parole, nella sentenza della Corte di giustizia del 26 ottobre 2016 in causa n. C-276/15, *Hecht-Pharma GmbH c. Hohenzollern Apotheke*, punto 29, *cit. supra*, nota 27.

Anche per la risoluzione di questa controversia, come nel precedente caso *Abcur*, «[o]ccorre quindi chiarire *in primis* se le condizioni poste dall'articolo 2 debbano essere soddisfatte al fine di riconoscere l'applicabilità dell'articolo 3»⁵⁰.

4. La nozione di «medicinale industriale»

Dal momento che la direttiva n. 2001/83/Ce non spiega il significato delle espressioni «preparati industrialmente» e «nella cui fabbricazione interviene un processo industriale»⁵¹ presenti nell'art. 2, par. 1, l'Avvocato Generale ha ricordato⁵² che la già citata sentenza *Abcur* aveva stabilito che un «processo industriale» «è caratterizzato, in linea generale, da una successione di operazioni che possono, segnatamente, essere meccaniche o chimiche, al fine di ottenere un prodotto standardizzato, in quantità significative»⁵³. La Corte aveva inoltre ritenuto che «la produzione su grande scala o in serie di formule magistrali in quantitativi»⁵⁴ sono caratteristiche di

⁵⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar del 3 marzo 2015 in cause riunite n. C-544/13 e n. C-545/13, *Abcur AB c. Apoteket Farmaci AB e Apoteket AB e Apoteket Farmaci AB*, punto 23, *cit. supra*, nota 47.

⁵¹ «Lo stesso ragionamento vale per la direttiva n. 89/341/Cee del Consiglio, del 3 maggio 1989, che modifica le direttive n. 65/65/Cee, n. 75/318/Cee e n. 75/319/Cee concernenti il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative alle specialità medicinali [*cit. supra*, nota 42], che ha introdotto la nozione di medicinali "preparati industrialmente" nell'articolo 2 della direttiva n. 65/65/Cee [del 26 gennaio 1965 per il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative alle specialità medicinali, *cit. supra*, nota 42] e per la direttiva n. 2004/27/Ce [del 31 marzo 2004 che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 14], recante modifica dell'articolo 2 della direttiva n. 2001/83/Ce per includere nella sua sfera di applicazione i medicinali fabbricati in base ad un metodo "in cui intervenga un processo industriale"» (sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 2015 in cause riunite n. C-544/13 e n. C-545/13, *Abcur AB c. Apoteket Farmaci AB e Apoteket AB e Apoteket Farmaci AB*, punto 44, *cit. supra*, nota 49). La definizione di «processo industriale» come «estrazione, crescita, raffinazione, trattamento, produzione, lavorazione o preparazione di materiali, piante, animali, prodotti di origine animale, prodotti alimentari o d'altro tipo, ai fini della loro utilizzazione commerciale» stabilita dall'art. 2, punto 7, del Regolamento (Ue) n. 2016/426 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sugli apparecchi che bruciano carburanti gassosi e che abroga la direttiva n. 2009/142/Ce, in *Gu-Ue* n. L 81 del 31 marzo 2016, p. 99 ss., sembra troppo generica per adattarsi al caso particolare dei prodotti farmaceutici.

⁵² Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar del 30 giugno 2016 in causa n. C-276/15, *Hecht-Pharma GmbH c. Hohenzollern Apotheke*, punto 19, *cit. supra*, nota 27.

⁵³ Sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 2015 in cause riunite n. C-544/13 e n. C-545/13, *Abcur AB c. Apoteket Farmaci AB e Apoteket AB e Apoteket Farmaci AB*, *loc. cit.*, punto 50.

⁵⁴ Il termine «quantitativi» deve intendersi «lotti» in accordo con il termine utilizzato nelle versioni francese (*lots*), inglese (*batches*), spagnola (*lotes*) e tedesca (*Chargen*) delle conclusioni.

una preparazione industriale o di una produzione secondo un metodo in cui interviene un processo industriale»⁵⁵.

Nelle parole dei giudici di Lussemburgo si evince che un presupposto necessario affinché una produzione possa essere definita industriale è la realizzazione di un'elevata quantità⁵⁶. Tale concetto è presente nell'art. 21, par. 2, punto 1, AMG il quale stabilisce che una farmacia possa preparare un massimo di 100 confezioni al giorno e all'interno della sua normale attività⁵⁷. I due limiti [quantitativo (100 confezioni giornaliere) e temporale (in un giorno di normale attività)] imposti alle farmacie dalla normativa tedesca sono gli stessi stabiliti per i «*Defekturarzneimittel*» (formule officinali) dall'art. 1a, par. 9, *Apothekenbetriebsordnung* (ApBetrO). Le capsule di incenso preparate nella farmacia tedesca soddisfano tutti questi requisiti in quanto il loro allestimento non avviene su scala industriale⁵⁸, ma è il frutto «di un'attività manuale personalizzata»⁵⁹ realizzata durante l'orario di apertura della farmacia.

⁵⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 2015 in cause riunite n. C-544/13 e n. C-545/13, *Abcur AB c. Apoteket Farmaci AB e Apoteket AB e Apoteket Farmaci AB*, punto 51, *cit. supra*, nota 49.

⁵⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 26 ottobre 2016 in causa n. C-276/15, *Hecht-Pharma GmbH c. Hohenzollern Apotheke*, punto 32, *cit. supra*, nota 27, secondo la quale «[u]n processo industriale differisce da un processo artigianale per i mezzi di produzione impiegati e, conseguentemente, per le quantità prodotte». Dello stesso avviso la sentenza del Tribunale di Roma del 3 marzo 2006 secondo la quale «[l]a linea di demarcazione tra l'attività lecita rientrante nell'esenzione galenica e l'attività illecita in quanto estranea a tale ambito va (...) ricercata nell'effettiva dimensione dell'attività e nelle concrete modalità attraverso le quali la stessa viene attuata, in base ad una valutazione di carattere sia qualitativo che quantitativo» (riportato da L. BRICENO, *Le limitazioni del diritto di brevetto: libere utilizzazioni, invenzioni dipendenti e preuso*, in M. SCUFFI e M. FRANZOSI (ed.), *Diritto industriale italiano*, tomo primo, Padova, Cedam, 2014, p. 697, nota 604).

⁵⁷ In Italia l'art. 2, lett. c., del decreto del Ministro della Salute del 18 novembre 2003, Procedure per l'allestimento in farmacia di medicinali non sterili in scala ridotta, in *Guri* n. 11 del 15 gennaio 2004, stabilisce che «la consistenza numerica [dei "preparati" eseguibili dal farmacista], compatibilmente con la stabilità del preparato stesso, è quella ottenibile da una massa non più grande di 3000 grammi di formulato; per i preparati soggetti a presentazione di ricetta medica la consistenza numerica deve essere documentata sulla base delle ricette mediche (copie o originali) presentate dai pazienti; il farmacista può procedere ad una successiva preparazione di una formula officinale purché la scorta non superi comunque la consistenza numerica prevista».

⁵⁸ «[D]agli elementi sottoposti alla Corte emerge che il medicinale di cui al procedimento principale è prodotto (...) in quantità ridotta che viene stimata dalla [Hohenzollern Apotheke] in 213 confezioni per l'anno 2015» (sentenza della Corte di giustizia del 26 ottobre 2016 in causa n. C-276/15, *Hecht-Pharma GmbH c. Hohenzollern Apotheke*, punto 34, *cit. supra*, nota 27). «In base a quanto riferito dalla Hohenzollern Apotheke, nel 2015 sono state distribuite solo 213 confezioni» (conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar presentate il 30 giugno 2016 in causa n. C-276/15, *Hecht-Pharma GmbH c. Hohenzollern Apotheke*, punto 23, *cit. supra*, nota 27).

⁵⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar del 30 giugno 2016 in causa n. C-276/15, *Hecht-Pharma GmbH c. Hohenzollern Apotheke*, punto 22, *loc. cit.*

Dall'insieme di queste considerazioni discende che le capsule preparate nei locali della farmacia, su scala non industriale, durante la sua apertura e distribuite direttamente ai clienti non ricadono nel campo di applicazione di detta direttiva⁶⁰ dal momento che «l'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva n. 2001/83/Ce stabilisce, in termini positivi, la sfera di applicazione di tale direttiva, prevedendone l'applicazione ai medicinali per uso umano (...) preparati industrialmente o nella cui fabbricazione interviene un processo industriale»⁶¹. Di conseguenza, le disposizioni della direttiva n. 2001/83/Ce, incluse le norme sulla pubblicità, non sono applicabili alle capsule di incenso oggetto della controversia.

Dopo aver raggiunto questa conclusione, l'Avvocato Generale aveva considerato esaurito il proprio compito non valutando necessario proseguire con la disamina dell'art. 3, par. 1 e 2, dal momento «che la direttiva 2001/83 e, in particolare, il suo articolo 2, non precludono a una farmacia di produrre medicinali alle condizioni di cui all'articolo 21, paragrafo 2, punto 1, dell'AMG»⁶². La decisione di non soffermarsi sull'art. 3, par. 1 e 2, risultava coerente con le conclusioni presentate dallo stesso Avvocato Generale Szpunar in un recente caso in cui, condividendo una precedente opinione dell'Avvocato Generale Sharpston⁶³, aveva ricordato che «ai punti 1 e 2, l'articolo 3 [della direttiva n. 2001/83/Ce] si limita a dare concreta espressione all'articolo 2 indicando taluni casi specifici»⁶⁴.

Tuttavia, i giudici di Lussemburgo invitano la Corte del rinvio a valutare l'eventuale applicazione delle deroghe previste dall'art. 3 della direttiva n. 2001/83/Ce qualora emergessero nuovi elementi comprovanti una preparazione industriale o l'intervento di un processo industriale nell'allestimento delle capsule di incenso⁶⁵.

⁶⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 26 ottobre 2016 in causa n. C-276/15, *Hecht-Pharma GmbH c. Hohenzollern Apotheke*, punto 35, *cit. supra*, nota 27 e conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar del 30 giugno 2016 in causa n. C-276/15, *Hecht-Pharma GmbH c. Hohenzollern Apotheke*, punti 24-25, *cit. supra*, nota 27.

⁶¹ Sentenza della Corte di giustizia del 26 ottobre 2016 in causa n. C-276/15, *Hecht-Pharma GmbH c. Hohenzollern Apotheke*, punto 29, *cit. supra*, nota 27.

⁶² Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar del 30 giugno 2016 in causa n. C-276/15, *Hecht-Pharma GmbH c. Hohenzollern Apotheke*, punto 26, *cit. supra*, nota 27.

⁶³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston del 31 gennaio 2013 in causa n. C-535/11, *Novartis Pharma GmbH c. Apozyt GmbH*, in *Raccolta elettronica, Raccolta generale*, aprile 2013, EU:C:2013:53, punto 68.

⁶⁴ Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar del 3 marzo 2015 in cause riunite n. C-544/13 e n. C-545/13, *Abcur AB c. Apoteket Farmaci AB e Apoteket AB e Apoteket Farmaci AB*, punto 27, *cit. supra*, nota 47.

⁶⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 26 ottobre 2016 in causa n. C-276/15, *Hecht-Pharma GmbH c. Hohenzollern Apotheke*, punto 36, *cit. supra*, nota 27.

Il richiamo all'art. 3 della direttiva n. 2001/83/Ce è presente anche nelle conclusioni del caso in esame in quanto l'Avvocato Generale aveva avanzato l'ipotesi retorica che la Corte potesse non aderire alla soluzione della controversia da lui prospettata esclusivamente in funzione dell'art. 2 della medesima direttiva. In base a questa congettura, egli aveva proseguito con la disamina dell'art. 3 della direttiva n. 2001/83/Ce⁶⁶ il quale «contiene una serie di deroghe all'applicabilità»⁶⁷ delle disposizioni contenute nella direttiva stessa ad alcune tipologie di medicinali. D'altra parte, l'interpretazione di due di queste eccezioni (par. 1 e 2) poteva essere considerata in pratica l'oggetto della richiesta del giudice del rinvio.

5. Le deroghe previste dall'art. 3, par. 1 e 2, della direttiva n. 2001/83/Ce

«[L]a direttiva n. 2001/83/Ce esenta dal rilascio di un'autorizzazione all'immissione in commercio [AIC] i medicinali preparati in farmacia in base a una prescrizione medica⁶⁸ destinata a un determinato paziente (detti formula magistrale) e i medicinali preparati in farmacia in base alle indicazioni di una farmacopea e destinati ad essere forniti direttamente ai pazienti che si servono in tale farmacia (detti formula officinale)»⁶⁹. Questa risposta ad una interrogazione parlamentare riassume la lettera dell'art. 3, par. 1 e 2, della direttiva n. 2001/83/Ce ed evidenzia che «[l]a differenza principale tra il punto 1 e il punto 2 dell'articolo 3 consiste (...) nel fatto che il punto 2 non richiede una prescrizione medica»⁷⁰, ma sancisce che le formule officinali siano preparate in base alle indicazioni di una farmacopea.

⁶⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar del 30 giugno 2016 in causa n. C-276/15, *Hecht-Pharma GmbH c. Hohenzollern Apotheke*, punto 27, *cit. supra*, nota 27.

⁶⁷ *Ivi*, punto 28.

⁶⁸ Una «"prescrizione medica" è definita all'articolo 1, punto 19, della direttiva n. 2001/83/Ce, nel senso di "ogni ricetta medica rilasciata da un professionista autorizzato a prescrivere medicinali"» (sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 2015 in cause riunite n. C-544/13 e n. C-545/13, *Abcur AB c. Apoteket Farmaci AB e Apoteket AB e Apoteket Farmaci AB*, punto 60, *cit. supra*, nota 49).

⁶⁹ Risposta data il 23 marzo 2009 dal signor Verheugen a nome della Commissione all'interrogazione scritta n. E-525/09 del 4 febbraio 2009 al Parlamento europeo di C. Muscardini avente per oggetto: «Benfluorex: farmaco a rischio», in *Gu-UE* n. C 189 del 13 luglio 2010, p. 87 (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2009-0525&language=IT>).

⁷⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar del 3 marzo 2015 in cause riunite n. C-544/13 e n. C-545/13, *Abcur AB c. Apoteket Farmaci AB e Apoteket AB e Apoteket Farmaci AB*, punto 31, *cit. supra*, nota 47.

5.a La deroga prevista per la formula magistrale

L'esenzione dall'AIC prevista dall'art. 3, par. 1, della direttiva n. 2001/83/Ce per le formule magistrali impone il rispetto di tutte le condizioni indicate nell'articolo («"in farmacia", "in base ad una prescrizione medica" che deve essere "destinata ad un determinato paziente"»⁷¹). Nonostante la Corte avesse già in precedenza specificato che la prescrizione deve essere redatta anteriormente alla preparazione del medicinale⁷², due degli Stati membri intervenuti nel procedimento (Irlanda e Finlandia) hanno espresso l'opinione che l'art. 3, par. 1, non vieta di allestire la formula magistrale prima che sia presentata in farmacia la ricetta medica intestata ad uno specifico paziente⁷³. Anche «[i]l giudice del rinvio ritiene che dalla formulazione dell'articolo 3, punto 1, della direttiva n. 2001/83/Ce non emerga» la necessità di una prescrizione medica rilasciata prima dell'inizio della preparazione del medicinale⁷⁴. Tale interpretazione non ha ottenuto il sostegno dell'Avvocato Generale il quale ha ribadito che il testo dell'articolo è «sufficientemente chiar[o] da implicare che un paziente debba essere identificato prima della produzione del prodotto»⁷⁵. Non si può infatti respingere l'evidenza che la frase «la farmacia effettua la preparazione di un medicinale utilizzando come punto di partenza una prescrizione» sia una corretta perifrasi dell'espressione «medicinali preparati in farmacia in base a una prescrizione medica». Dal momento che ogni punto di partenza deve precedere il suo punto di arrivo, appare logico presumere che la «ricetta» debba essere presentata in farmacia prima della preparazione della formula magistrale che il medico ha ritenuto opportuno prescrivere dopo aver accertato le condizioni di salute di un determinato paziente.

⁷¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar del 30 giugno 2016 in causa n. C-276/15, *Hecht-Pharma GmbH c. Hohenzollern Apotheke*, punto 29, *cit. supra*, nota 27. Dello stesso avviso Cass., III sez. pen., ordinanza n. 33386 del 29 agosto 2012, la quale ravvisa che «il legislatore ha posto condizioni e limiti precisi alla integrazione della fattispecie derogatoria [per il galenico magistrale] alla predetta normativa, richiedendo a tal fine: la estemporaneità, nel senso che il medicinale galenico deve essere preparato dal farmacista per la specifica occasione; un limite quantitativo, nel senso che la preparazione deve essere fatta per unità; una garanzia sanitaria, nel senso che tale preparazione deve essere fatta nella farmacia dietro presentazione di ricetta medica».

⁷² Sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 2015 in cause riunite n. C-544/13 e n. C-545/13, *Abcur AB c. Apoteket Farmaci AB e Apoteket AB e Apoteket Farmaci AB*, punto 71, *cit. supra*, nota 49.

⁷³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar del 30 giugno 2016 in causa n. C-276/15, *Hecht-Pharma GmbH c. Hohenzollern Apotheke*, punto 30, *loc. cit.*

⁷⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 26 ottobre 2016 in causa n. C-276/15, *Hecht-Pharma GmbH c. Hohenzollern Apotheke*, punto 26, *cit. supra*, nota 27.

⁷⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar del 30 giugno 2016 in causa n. C-276/15, *Hecht-Pharma GmbH c. Hohenzollern Apotheke*, punto 30, *loc. cit.*

Oltre che dalla lettera dell'art. 3, par. 1, l'impossibilità di preparare *ex ante* il galenico magistrale trova le sue basi nella finalità delle preparazioni magistrali di rispondere prontamente ad esigenze particolari di uno specifico individuo. La soddisfazione di tali bisogni non consente di sottoporre la formulazione alle procedure indispensabili per ottenere l'AIC⁷⁶ dal momento che il loro espletamento necessita di lunghi tempi per l'allestimento del *dossier* e per la sua analisi da parte delle competenti autorità degli Stati membri (procedura nazionale⁷⁷, di mutuo riconoscimento⁷⁸) o dell'Unione (procedura centralizzata⁷⁹). Ciò comporta che, in queste specifiche situazioni, la valutazione dell'efficacia e della sicurezza del medicinale sia demandata al medico. Di conseguenza, la prescrizione, oltre a costituire un'assunzione di responsabilità da parte del sanitario, assume anche le funzioni di atto autorizzativo indispensabile per assicurare la tutela della salute pubblica la quale costituisce il fine della normativa sui medicinali dell'Unione.

La salvaguardia del paziente è il motivo per cui l'art. 147, comma 3, dlgs n. 219/06⁸⁰, con il quale è stata recepita in Italia la direttiva n.

⁷⁶ Si veda la sentenza del Tribunale di Rovereto, sede periferica di Riva del Garda, del 21 novembre 2000, n. 423, in *Rassegna di diritto farmaceutico*, 2001, p. 49 ss., secondo la quale «[l]l'ambito di applicabilità della cosiddetta eccezione galenica magistrale è delimitato dall'estemporaneità della preparazione, dalla destinazione del medicinale a malati determinati, nonché della preparazione dietro espressa ricetta medica e non può essere esteso a condotte relative alla produzione e commercializzazione di preparazioni galeniche realizzate sulla base di una richiesta sottoscritta da un medico e riferite al fabbisogno di un numero indeterminato di malati (quali i ricoverati in una casa di cura). È infatti intuitivo che l'assenza della necessità di autorizzazioni ministeriali per la produzione si giustifica con la considerazione per cui si tratti di un medicinale preparato ad hoc per le esigenze di un singolo paziente, adeguatamente valutate dal medico curante e, in linea di principio, destinato a essere consumato immediatamente e, comunque, in un arco di tempo ristrettissimo».

⁷⁷ Art. 2, par. 9, della direttiva n. 2001/83/Ce, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 6, come modificato dalla direttiva n. 2004/27/Ce, del 31 marzo 2004 che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 14.

⁷⁸ Art. 28, della direttiva n. 2001/83/Ce, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *loc. cit.*, come modificato dalla direttiva n. 2004/27/Ce, del 31 marzo 2004 che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *loc. cit.* Sulle problematiche connesse con il mutuo riconoscimento si veda sentenza della Corte di giustizia del 16 ottobre 2008 in causa n. C-452/06, *The Queen*, su istanza di *Synthon BV c. Licensing Authority of the Department of Health*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 7681, EU:C:2008:565.

⁷⁹ Regolamento (Ce) n. 726/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che istituisce procedure comunitarie per l'autorizzazione e la sorveglianza dei medicinali per uso umano e veterinario, e che istituisce l'agenzia europea per i medicinali, *cit. supra*, nota 29.

⁸⁰ Dlgs n. 219 del 24 aprile 2006 - Attuazione della direttiva n. 2001/83/Ce (e successive direttive di modifica) relativa ad un codice comunitario concernente i medicinali per uso umano, nonché della direttiva n. 2003/94/Ce [dell'8 ottobre 2003 che stabilisce i principi e le linee direttrici delle buone prassi di fabbricazione relative ai medicinali per uso umano e ai

2001/83/Ce, stabilisce le sanzioni penali in cui incorre «[i]l farmacista (...) che detiene per vendere medicinali [industriali] per i quali l'autorizzazione di cui all'articolo 6⁸¹ [AIC] non è stata rilasciata». Di conseguenza si potrebbe ritenere che una preparazione magistrale, preparata in mancanza di prescrizione e detenuta in attesa del momento in cui essa verrà presentata, possa configurare in Italia lo stesso reato in quanto tale medicinale può essere considerato potenzialmente dannoso alla salute essendo stato allestito in mancanza di ogni sorta di autorizzazione.

La normativa tedesca non richiede in modo esplicito che la preparazione in farmacia della formula magistrale sia subordinata alla presentazione di «una prescrizione medica destinata ad un determinato paziente». Tale conclusione si ricava dall'art. 21, par. 2, punto 1, AMG il quale consente l'allestimento del galenico in base alla mera «ipotesi statistica» derivante da una comprovata frequente prescrizione da parte di medici o dentisti⁸². La compatibilità della norma nazionale con l'art. 3 della direttiva n. 2001/83/Ce avrebbe diviso la dottrina. La Corte non entra nel merito di tale diatriba limitandosi ad osservare che i fatti della controversia qui commentata consentono di presumere che la deroga prevista all'art. 3, par 1, della direttiva n. 2001/83/Ce non può essere applicata alle capsule di incenso dal momento che la loro preparazione non è collegata alla presentazione di una prescrizione medica⁸³.

5.b *La deroga prevista per la formula officinale*

La formula officinale disciplinata dall'art. 3, par. 2, della direttiva n. 2001/83/Ce si differenzia dalla lettera del par. 1 dello stesso articolo per il fatto che indistinti «pazienti che si servono [... direttamente nella] farmacia» dove è avvenuta in precedenza la preparazione subentrano nella destinazione al più specifico «determinato paziente» e per la mancanza della

medicinali per uso umano in fase di sperimentazione, in *Gu-Ue* n. L 262 del 14 ottobre 2013, p. 22 ss.), in *Guri* n. 142 del 21 giugno 2006, *suppl. ord.* n. 153, p. 5 ss.

⁸¹ Art. 6, comma 1, dlgo n. 219 del 24 aprile 2006 - Attuazione della direttiva n. 2001/83/Ce (e successive direttive di modifica) relativa ad un codice comunitario concernente i medicinali per uso umano, nonché della direttiva n. 2003/94/Ce [dell'8 ottobre 2003 che stabilisce i principi e le linee direttrici delle buone prassi di fabbricazione relative ai medicinali per uso umano e ai medicinali per uso umano in fase di sperimentazione], *cit. supra*, nota 80: «Nessun medicinale può essere immesso in commercio sul territorio nazionale senza aver ottenuto un'autorizzazione dell'AIFA [Agenzia italiana del farmaco] o un'autorizzazione comunitaria a norma del regolamento (Ce) n. 726/2004».

⁸² Sentenza della Corte di giustizia del 26 ottobre 2016 in causa n. C-276/15, *Hecht-Pharma GmbH c. Hohenzollern Apotheke*, punto 23, *cit. supra*, nota 27.

⁸³ *Ivi*, punto 36.

prescrizione medica sostituita «[d]alle indicazioni di una farmacopea»⁸⁴. Come nel caso dei galenici magistrali, anche tale deroga è subordinata al rispetto di tutte le condizioni stabilite essendo queste condizioni cumulative⁸⁵, «sicché la deroga (...) non può trovare applicazione in difetto di una di esse»⁸⁶.

L'analisi dell'Avvocato Generale si sofferma sulla circostanza che «il termine "farmacopea" non è definito né nella direttiva n. 2001/83/Ce, né in altri atti di diritto derivato» osservando che nemmeno la Corte ha stabilito una nozione per tale parola⁸⁷. Nello stesso paragrafo, egli, dopo aver ricostruito l'etimologia del vocabolo *φαρμακοποιία* («l'arte di preparare i farmaci»), analizza il «moderno significato tecnico [... di] codice contenente le indicazioni per identificare i composti medicinali, pubblicato da un'autorità governativa o da una società medica o farmaceutica»⁸⁸.

Questa frase sembra considerare alternativi i testi stilati da un'autorità governativa o da organizzazioni mediche o farmaceutiche. Tuttavia, questa impressione è immediatamente superata dalla maggior importanza riconosciuta nella proposizione successiva alla Farmacopea europea⁸⁹. D'altra

⁸⁴ L'art. 3, comma 1, dlvo n. 219 del 24 aprile 2006 - Attuazione della direttiva n. 2001/83/Ce (e successive direttive di modifica) relativa ad un codice comunitario concernente i medicinali per uso umano, nonché della direttiva n. 2003/94/Ce [dell'8 ottobre 2003 che stabilisce i principi e le linee direttrici delle buone prassi di fabbricazione relative ai medicinali per uso umano e ai medicinali per uso umano in fase di sperimentazione], *cit. supra*, nota 80, stabilisce che le formule magistrali debbano essere preparate «in base alle indicazioni della Farmacopea europea o delle Farmacopee nazionali in vigore negli Stati membri dell'Unione europea», mentre l'art. 3, par. 2, della direttiva n. 2001/83/Ce utilizza l'espressione più ampia dal punto di vista letterale «in base alle indicazioni di una farmacopea» non escludendo, almeno nella lettera, le farmacopee dei Paesi terzi. La scelta della direttiva n. 2001/83/Ce è coerente con il fatto che l'Unione europea e gli Stati membri sono parti contraenti della Convenzione sulla Farmacopea europea unitamente ad altri Paesi non aderenti all'Unione.

⁸⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 2015 in cause riunite n. C-544/13 e n. C-545/13, *Abcur AB c. Apoteket Farmaci AB e Apoteket AB e Apoteket Farmaci AB*, punto 66, *cit. supra*, nota 49; sentenza della Corte di giustizia del 26 ottobre 2016 in causa n. C-276/15, *Hecht-Pharma GmbH c. Hohenzollern Apotheke*, punto 37, *cit. supra*, nota 27, e le relative conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar del 30 giugno 2016, punto 33, *cit. supra*, nota 27.

⁸⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 26 ottobre 2016 in causa n. C-276/15, *Hecht-Pharma GmbH c. Hohenzollern Apotheke*, punto 37, *loc. cit.*

⁸⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar del 30 giugno 2016 in causa n. C-276/15, *Hecht-Pharma GmbH c. Hohenzollern Apotheke*, punto 37, *loc. cit.*

⁸⁸ L'Organizzazione Mondiale della Sanità indica che la farmacopea è «[une] ouvrage qui renferme la liste officielle des monographies et des normes admises en matière d'activité, de pureté, d'emballage et d'étiquetage des produits pharmaceutiques. Les pharmacopées les plus largement utilisées sont la Pharmacopée internationale, la Pharmacopée des États-Unis, la Pharmacopée britannique, la Pharmacopée japonaise et la Pharmacopée européenne. D'autres pays peuvent avoir leur propre pharmacopée» (Programme mondiale de lutte antipaludique de l'OMS. Bonnes pratiques d'achat pour les antipaludéens à base d'artémisinine, Organisation Mondiale de la Santé, 2011, p XIV).

⁸⁹ Oltre alle farmacopee nazionali, gli Stati membri riconoscono valore legale alla

parte, solo le farmacopee nazionali e quella europea hanno valore giuridico nell'Unione⁹⁰. Tale condizione impone a tutti gli operatori del farmaco degli Stati membri di attenersi alle disposizioni in esse contenute pena l'applicazione di sanzioni stabilite dalle legislazioni nazionali.

6. La nozione di «indicazioni di una farmacopea»

L'art. 3, par. 2, della direttiva n. 2001/83/Ce prescrive che le formulazioni officinali siano allestite in farmacia «in base alle indicazioni di una farmacopea». Questa locuzione merita di essere attentamente valutata sebbene essa non rientri nell'analisi dell'Avvocato Generale e sia appena accennata nella sentenza della Corte.

farmacopea europea, «[I]a più importante in Europa cui è fatto riferimento in più occasioni nell'ambito della direttiva n. 2001/83/Ce, (...) elaborata dalla Direzione europea della qualità dei medicinali e cura della salute, una direzione del Consiglio d'Europa a Strasburgo» (conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar del 30 giugno 2016 in causa n. C-276/15, *Hecht-Pharma GmbH c. Hohenzollern Apotheke*, punto 37, *cit. supra*, nota 27). Si veda Convenzione relativa all'elaborazione di una Farmacopea Europea [Convention on the elaboration of a European Pharmacopoeia, ETS No. 050, Strasbourg, 22 July 1964], in *Guce* n. L 158 del 25 giugno 1994, p. 19 ss., ed in particolare l'art. 1, con la quale «[I]e parti contraenti si impegnano: a) ad elaborare progressivamente una farmacopea che sarà comune ai paesi interessati e che verrà denominata "Farmacopea europea"». In Italia, l'art. 26 della l. n. 128 del 24 aprile 1998 - Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dalla appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - legge comunitaria 1995-1997, in *Guri* n. 104 del 7 maggio 1998, *suppl. ord.* n. 88, ha disposto che «[I]e edizioni della Farmacopea europea prevista dalla Convenzione adottata a Strasburgo il 22 luglio 1964, ratificata ai sensi della legge 22 ottobre 1973, n. 752, e i relativi aggiornamenti e supplementi, entrano in vigore nel territorio nazionale a decorrere dalla data stabilita con decreto del Ministro della sanità, da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, in conformità alle decisioni adottate dal Consiglio d'Europa».

⁹⁰ Allo scopo di dare valore ufficiale alla Farmacopea, in alcuni Stati membri viene pubblicato l'avviso della sua entrata in vigore sulla Gazzetta Ufficiale. Nella Repubblica federale tedesca, l'art. 55, par. 7, AMG stabilisce che: «Die Bekanntmachung erfolgt im Bundesanzeiger. Sie kann sich darauf beschränken, auf die Bezugsquelle der Fassung des Arzneibuches und den Beginn der Geltung der Neufassung hinzuweisen»; in Italia la Farmacopea ufficiale è adottata mediante un decreto del Ministro della Salute. L'attuale edizione (XII ed.) è entrata «in vigore il novantesimo giorno successivo alla pubblicazione del (...) comunicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana» (decreto del Ministro della Salute del 3 dicembre 2008, pubblicato per comunicato in *Guri* n. 304 del 31 dicembre 2008, p. 50 come aggiornato e corretto dal d.m. 26 febbraio 2010, pubblicato per comunicato in *Guri* n. 77 del 2 aprile 2010). «The two pharmacopoeias that have legal status within the UK are the British Pharmacopoeia (BP), including the BP (Veterinary), and the European Pharmacopoeia (Ph. Eur.)», reperibile all'indirizzo internet <https://www.pharmacopoeia.com/what-is-the-bp>. «La Farmacopea Española y el Formulario Nacional se regulan fundamentalmente por la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (BOE 178, de 27 de julio de 2006)», reperibile all'indirizzo internet <https://aemps.gob.es/medicamentosUsoHumano/farmacopea/mision.htm>. *The International Pharmacopoeia, (Fifth Edition, Preface*, Ginevra, World Health Organization (WHO), 2015), invece, «or any part of it, shall have legal status whenever a national or regional authority expressly introduces it into appropriate legislation».

Il giudice del rinvio si era dimostrato perplesso sulla compatibilità dell'art. 21, par. 2, punto 1, AMG con l'art. 3, par. 2, della direttiva n. 2001/83/Ce, in quanto la norma tedesca non prevede che il medicinale sia allestito «in base alle indicazioni di una farmacopea»⁹¹. Tuttavia, lo stesso giudice di rinvio e il Governo tedesco avevano ricordato che l'art. 21, par. 2, punto 1, AMG «deve essere letto in combinazione con l'articolo 6, paragrafo 1, della ApBetrO, il quale precisa che tali medicinali "(...) devono essere prodotti e controllati secondo le norme farmaceutiche riconosciute; se la farmacopea contiene norme al riguardo, i medicinali devono essere prodotti e controllati in conformità di tali norme"»⁹². La Corte sembra abbracciare favorevolmente la lettura dello «articolo 21, paragrafo 2, punto 1, dell'AMG, in combinato disposto con l'articolo 6, paragrafo 1, della ApBetrO, nella misura in cui [... tali norme] impongano, in sostanza, ai farmacisti di rispettare la farmacopea nell'allestimento di preparati officinali»⁹³.

Tale conclusione sottolinea il fatto che le prescrizioni di una farmacopea sono disposizioni il cui rispetto è indispensabile per ottenere una formula magistrale o officinale che consenta di «conseguire un livello elevato di requisiti di qualità, sicurezza ed efficacia dei medicinali ad uso umano»⁹⁴ anche in assenza di AIC⁹⁵. Le norme racchiuse nel testo ufficiale possono essere distinte in due tipologie. La prima è costituita dalle descrizioni analitiche di riconoscimento e purezza delle materie prime (principi attivi ed eccipienti) e dei materiali di confezionamento, dalle indicazioni di metodi e standard per il controllo delle specifiche e dalle norme su personale, locali e attrezzature da utilizzare nella preparazione delle formulazioni galeniche [Norme di Buona Preparazione (NBP)⁹⁶]. La seconda contiene le istruzioni

⁹¹ Sentenza della Corte di giustizia del 26 ottobre 2016 in causa n. C-276/15, *Hecht-Pharma GmbH c. Hohenzollern Apotheke*, punto 38, *cit. supra*, nota 27.

⁹² *Ivi*, punto 39.

⁹³ *Ivi*, punto 40.

⁹⁴ *Considerando* n. 7 della direttiva n. 2004/27/Ce, del 31 marzo 2004 che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 14.

⁹⁵ Si veda Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, Résolution CM/Res(2016)1 sur les exigences relatives à l'assurance de qualité et d'innocuité des médicaments préparés en pharmacie pour les besoins particuliers du patient, (adoptée par le Comité des Ministres le 1er juin 2016, lors de la 1258^e réunion des Délégués des Ministres), p. 2, in cui si sottolinea che: «la sécurité des patients et la réalisation de l'objectif thérapeutique exigent que les médicaments préparés en pharmacie répondent à des critères spécifiques et appropriées de qualité, d'innocuité et de valeur ajoutée, même en l'absence d'une exigence d'autorisation de mise sur le marché».

⁹⁶ Si veda decreto del Ministero della Salute del 22 giugno 2005, Procedure di allestimento in farmacia di preparazioni magistrali e officinali, in *Guri* del 9 settembre 2005, il cui art. 1, recita: «Le farmacie pubbliche e private aperte al pubblico e le farmacie interne ospedaliere che allestiscono preparati officinali non sterili su scala ridotta e preparati magistrali non sterili

(composizione quali-quantitativa e, se del caso, le avvertenze) per l'allestimento di ogni singola «preparazione farmaceutica specifica»⁹⁷.

Il rispetto delle specifiche sulle materie prime e delle NBP è indispensabile per tutti i galenici (magistrali e officinali) in conformità con «la legislazione dell'Unione europea [che] fornisce norme armonizzate volte a garantire la qualità, la sicurezza e l'efficacia dei medicinali»⁹⁸. Un'interpretazione tendente a limitare l'efficacia di tali norme alla sola preparazione degli officinali (o dei magistrali) avrebbe la conseguenza di affermare che i magistrali (o gli officinali) non sono soggetti alla farmacopea e, quindi, non sono sottoposti a nessuna disposizione. Questa tesi è inconsistente in quanto in contrasto con la tutela della salute pubblica e non si concilia, ad esempio, con la disposizione francese secondo la quale «les principes des bonnes pratiques de préparation (BPP) (...) s'appliquent à l'ensemble des préparations, notamment magistrales, officinales»⁹⁹.

Dal momento che l'espressione «indicazioni di una farmacopea» è presente solo nella descrizione delle formule officinali (art. 3, par. 2, della direttiva n. 2001/83/Ce), la locuzione deve indicare un requisito aggiuntivo rispetto alle prescrizioni imposte per le formule magistrali. Le uniche

possono seguire, in alternativa alle prescrizioni contenute nel decreto ministeriale 18 novembre 2003, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 11 del 15 gennaio 2004, le "Norme di buona preparazione dei medicinali in farmacia" contenute nella vigente edizione della Farmacopea ufficiale della Repubblica italiana, approvata con decreto ministeriale 2 maggio 2002, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 115 del 18 maggio 2002». I medicinali «preparati industrialmente o nella cui fabbricazione interviene un processo industriale» devono invece sottostare alle disposizioni della direttiva n. 2003/94/Ce [dell'8 ottobre 2003 che stabilisce i principi e le linee direttrici delle buone prassi di fabbricazione relative ai medicinali per uso umano e ai medicinali per uso umano in fase di sperimentazione, *cit. supra*, nota 80] la quale «fissa i principi e le linee direttrici relative alle buone prassi di fabbricazione dei medicinali per uso umano la cui fabbricazione è soggetta all'autorizzazione [AIC] di cui all'articolo 40 della direttiva n. 2001/83/Ce» [Art. 1, direttiva n. 2003/94/Ce dell'8 ottobre 2003 che stabilisce i principi e le linee direttrici delle buone prassi di fabbricazione relative ai medicinali per uso umano e ai medicinali per uso umano in fase di sperimentazione, *cit. supra*, nota 8]. Infine, si noti che «[Eudralex] Volume 4 [Good manufacturing practice (GMP) Guidelines] of "The rules governing medicinal products in the European Union" contains guidance for the interpretation of the principles and guidelines of good manufacturing practices for medicinal products for human and veterinary use laid down in Commission Directives n. 91/356/EEC, as amended by Directive n. 2003/94/EC, and n. 91/412/EEC respectively» (http://ec.europa.eu/health/documents/eudralex/vol-4/index_en.htm).

⁹⁷ Sotto questa denominazione i galenici (formule) officinali sono iscritti nella Farmacopea Ufficiale della Repubblica italiana, XII ed. (p. 1015).

⁹⁸ Commissione europea, Documento di lavoro dei servizi della Commissione, Sintesi della valutazione d'impatto, che accompagna il documento proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla trasparenza delle misure che regolano la fissazione dei prezzi dei medicinali per uso umano e la loro inclusione nei regimi pubblici di assicurazione malattia, SWD(2012) 29 final, Bruxelles, 1 marzo 2012.

⁹⁹ République Française, Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (Afssaps), Bonnes pratiques de préparation, 2007, Préambule, p. 6.

norme della farmacopea che non sono comuni ai magistrali e agli officinali sono quelle stabilite per ogni «preparazione farmaceutica specifica».

La stessa conclusione può essere raggiunta anche attraverso un secondo ragionamento. La fabbricazione dei medicinali industriali è consentita mediante il rilascio di un'AIC, mentre la prescrizione medica costituisce l'atto autorizzativo delle formule magistrali. Non sarebbe, pertanto, ragionevole che gli officinali possano essere consegnati direttamente ai clienti della farmacia senza un «documento» che, garantendo il consumatore dell'efficacia e della sicurezza della formula, ne legittimi la preparazione. L'unica forma di autorizzazione che può essere intravista a questo scopo è l'iscrizione in un testo ufficiale. Solo in questo caso l'intervento del medico appare superfluo in quanto la valutazione del preparato è stata eseguita dagli estensori della farmacopea¹⁰⁰. L'inserimento tra le monografie attesta l'esito positivo di tale esame e autorizza la dispensazione al paziente anche in assenza di prescrizione.

Questa interpretazione trova sostegno nel «Préambule du formulaire national» della «Pharmacopée française 2012» il quale esplicita che «les préparations officinales [sont] définies comme tout médicament préparé en pharmacie *inscrit* [enfasi aggiunta] à la Pharmacopée ou au Formulaire National et destiné à être dispensé directement aux patients approvisionnés par cette pharmacie» (p. 1).

Un lettore potrebbe non condividere questa lettura della locuzione «in base alle indicazioni della farmacopea» obiettando che, nel caso si fosse inteso circoscrivere le formule officinali ai soli preparati iscritti in farmacopea, il legislatore avrebbe potuto adottare la stessa espressione contenuta nell'art. 1, par. 5, della direttiva n. 2001/83/Ce, come modificato dalla direttiva n. 2004/27/Ce. Tale articolo nel definire il «medicinale omeopatico», stabilisce, in maniera univoca, che esso debba essere «ottenuto (...) secondo un processo di fabbricazione omeopatico descritto dalla farmacopea europea o, in assenza di tale descrizione, dalle farmacopee attualmente utilizzate ufficialmente negli Stati membri». Nonostante la logicità di que-

¹⁰⁰ L'art. 2 della Convenzione relativa all'elaborazione di una Farmacopea Europea, in *Guce* n. L 158 del 25 giugno 1994, p. 19 ss., stabilisce la nomina di una commissione per la farmacopea composta da «non più di tre membri, scelti per la loro competenza nel campo delle questioni trattate dalla commissione» per ogni parte contraente (art. 5, par. 1). «[L]e attribuzioni della commissione consistono a) nel determinare i principi generali applicabili all'elaborazione della farmacopea europea; b) nel decidere i relativi metodi di analisi; c) nel fare il necessario per la preparazione delle monografie da includere nella farmacopea europea e per l'adozione di tali monografie; d) nel raccomandare la fissazione dei termini entro i quali le proprie decisioni di carattere tecnico relative alla farmacopea europea dovranno essere rese esecutive nei territori delle parti contraenti» (art. 6). «La commissione [tiene] le proprie riunioni a Strasburgo, sede del Consiglio d'Europa» (art. 8, par. 1).

sto rilievo, è tuttavia ragionevole ritenere che la tutela della salute pubblica non consenta al farmacista la dispensazione senza autorizzazione di una formula di sua invenzione. Questo ulteriore argomento renderebbe pertanto preferibile applicare un criterio interpretativo restrittivo all'art. 3, par. 2, della direttiva n. 2001/83/Ce.

7. L'art. 21, par. 2, punto 1, AMG e la normativa europea

L'art. 1a, ApBetrO stabilisce le definizioni di formula magistrale (*Rezepturarzneimittel*¹⁰¹) (par. 8) e di formula officinale (*Defekturarzneimittel*¹⁰²) (par. 9).

Secondo la normativa tedesca, la formula magistrale (*Rezepturarzneimittel*) è un medicinale preparato in farmacia per una specifica persona in seguito alla presentazione di una prescrizione o di un altro documento. Tale frase contiene tutte le condizioni («"in farmacia", "in base ad una prescrizione medica" che deve essere "destinata ad un determinato paziente"») ¹⁰³ stabilite dall'art. 3, par. 1, della direttiva n. 2001/83/Ce per le formule magistrali.

La formula officinale (*Defekturarzneimittel*), invece, è, come affermato in precedenza, un medicinale preparato in anticipo, in quantità appropriata e comunque non superiore ad un centinaio di confezioni nell'arco di una giornata di normale attività della farmacia. Tale definizione non contiene nessun riferimento esplicito «alle indicazioni di una farmacopea» e alla dispensazione ai «pazienti che si servono [... direttamente nella] farmacia» che ha provveduto in anticipo alla preparazione presente nell'art. 3, par. 1, della direttiva n. 2001/83/Ce.

L'art. 21, par. 2, punto 1, AMG stabilisce che «non necessita di un'autorizzazione un medicinale che è destinato all'uso umano e che, in ragione di una comprovata frequente prescrizione da parte di medici o dentisti, è prodotto, nei passaggi di fabbricazione essenziali, all'interno di una

¹⁰¹ Art. 1a, par. 8, Verordnung über den Betrieb von Apotheken (Apothekenbetriebsordnung -ApBetrO), che recita «Rezepturarzneimittel ist ein Arzneimittel, das in der Apotheke im Einzelfall auf Grund einer Verschreibung oder auf sonstige Anforderung einer einzelnen Person und nicht im Voraus hergestellt wird».

¹⁰² Art. 1a, par. 9, Verordnung über den Betrieb von Apotheken (Apothekenbetriebsordnung -ApBetrO), che recita «Defekturarzneimittel ist ein Arzneimittel, das im Rahmen des üblichen Apothekenbetriebs im Voraus an einem Tag in bis zu hundert abgabefertigen Packungen oder in einer diesen entsprechenden Menge hergestellt wird».

¹⁰³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar del 30 giugno 2016 in causa n. C-276/15, *Hecht-Pharma GmbH c. Hohenzollern Apotheke*, punto 29, *cit. supra*, nota 27.

farmacia e nell'ambito della normale attività della stessa, in una quantità giornaliera non superiore a 100 confezioni pronte per la fornitura ed è destinato alla consegna nell'ambito della preesistente autorizzazione alla gestione di una farmacia»¹⁰⁴. La norma non contiene riferimenti alle formule magistrali e officinali. Tuttavia, l'analisi consente di stabilire che entrambe le tipologie di preparazioni galeniche sono incluse nella sua formulazione.

Il riferimento ad una preparazione nell'ambito della normale attività di farmacia ed in una quantità giornaliera limitata, escludendo ogni riferimento ad una produzione industriale, suggerisce che l'esenzione dall'AIC è estesa a tutte le formule galeniche come stabilito dalla normativa dell'Unione. Tale conclusione è rafforzata dal richiamo ad una dispensazione all'interno della stessa farmacia in cui è avvenuta la preparazione. L'espressione «pronte per la fornitura», indicando che le preparazioni possono essere detenute in farmacia prima della loro prescrizione ad un determinato paziente, le qualifica come formule officinali. Il riferimento ad una «frequente prescrizione» consente di considerare la presentazione della ricetta un requisito non obbligatorio per poter procedere alla preparazione di un galenico in generale. In altre parole, la norma tedesca sembra consentire di preparare in anticipo anche un galenico magistrale a condizione che sia dimostrabile che un operatore sanitario ne faccia un uso frequente per i suoi pazienti. In ogni caso, la disposizione non può consentire la consegna diretta al paziente di un preparato galenico con un principio attivo a causa del quale il medicinale industriale che lo contiene sia stato soggetto a prescrizione medica¹⁰⁵ potendo «presentare un pericolo, direttamente o indirettamente, anche in condizioni normali di utilizzazione, se sono usati senza controllo medico»¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar del 30 giugno 2016 in causa n. C-276/15, *Hecht-Pharma GmbH c. Hohenzollern Apotheke*, punto 38, *cit. supra*, nota 27.

¹⁰⁵ Art. 70, par. 1, direttiva n. 2001/83/Ce, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 6: «Quando autorizzano l'immissione in commercio di un medicinale, le autorità competenti precisano come segue la classificazione del medicinale: - medicinale soggetto a prescrizione medica, - medicinale non soggetto a prescrizione».

¹⁰⁶ Art. 71, par. 1, primo trattino, direttiva n. 2001/83/Ce, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *loc. cit.* Per quanto riguarda l'applicazione nazionale, si ricorda che la Farmacopea della Repubblica italiana, XII ed., riporta lo «[e]lenco dei prodotti che il farmacista non può vendere se non in séguito a presentazione di ricetta medica» (tabella 4) e lo «[e]lenco dei prodotti la cui vendita è subordinata a presentazione di ricetta medica da rinnovare volta per volta e da ritirare dal farmacista» (tabella 5). In tali tabelle sono presenti classi di farmaci (ad esempio «Antiepilettici non barbiturici»), forme farmaceutiche (ad esempio «Tutti i medicinali per uso parenterale»), preparazioni a base di alcuni farmaci specifici (ad esempio «Medicinali a base di fenilbutazone, oxifenbutazone, nimesulide o tramadolo») ed alcune eccezioni (ad esempio «Tutti i medicinali per uso parenterale [...] ad eccezione dell'acqua sterile per preparazioni iniettabili e di sodio cloruro 0,9 per cento»)].

Tuttavia, la valutazione della norma tedesca ai fini della classificazione amministrativa dei medicinali (soggetti a ricetta medica rinnovabile, non rinnovabile o di libera vendita) non costituiva l'oggetto della questione pregiudiziale. La Corte e l'Avvocato Generale non hanno discusso questo aspetto, ma hanno assegnato il compito di interpretare le disposizioni del diritto tedesco al giudice del rinvio a cui hanno suggerito di non ignorare nella sua valutazione il requisito delle indicazioni di una farmacopea¹⁰⁷. Sebbene l'esortazione segua la dichiarazione della farmacia sul rispetto delle «regole applicabili contenute in particolare nella Farmacopea europea»¹⁰⁸, l'Avvocato Generale raccomanda che i termini «indicazioni di una farmacopea» siano soggetti ad interpretazione restrittiva «in quanto l'articolo 3 della direttiva n. 2001/83/Ce costituisce una deroga a una regola generale»¹⁰⁹.

Comunque, l'art. 3, par. 2, della direttiva n. 2001/83/Ce non impedisce di produrre medicinali in base alle disposizioni dell'art. 21, par. 2, punto 1, dell'AMG¹¹⁰ dal momento che tali norme tutelano la salute pubblica ed assicurano che la dispensazione avvenga in un ambito locale¹¹¹ in quanto destinata direttamente ai pazienti della farmacia. Grazie a queste caratteristiche, i preparati galenici si pongono al di fuori delle «logiche di mercato interno» che sono alla base della direttiva n. 2001/83/Ce come dichiarato nel *considerando* n. 3¹¹² della stessa direttiva¹¹³.

¹⁰⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 26 ottobre 2016 in causa n. C-276/15, *Hecht-Pharma GmbH c. Hohenzollern Apotheke*, punto 40, *cit. supra*, nota 27, e le relative conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar del 30 giugno 2016, punto 41, *cit. supra*, nota 27.

¹⁰⁸ *Ivi*, punto 38.

¹⁰⁹ *Ivi*, punto 39. A sostegno dell'interpretazione restrittiva si ricordi che già nel 1854 la *American Pharmaceutical Association* aveva ricordato che «[i]t the duty as well as interest of the apothecaries and druggist to advocate the use of officinal medicines in lieu of the quackery of the day». Si veda J. M. GABRIEL, *Medical Monopoly: Intellectual Property Rights and the Origins of the Modern Pharmaceutical Industry*, Chicago, The University of Chicago Press, 2014, p. 70; J. M. GABRIEL, *A Thing Patented Is a Thing Divulged: Francis E. Stewart, George S. Davis, and the Legitimization of Intellectual Property Rights in Pharmaceutical Manufacturing, 1879-1911*, in *Journal of the History of Medicine and Allied Sciences*, vol. 64, 2009, p. 135 ss.

¹¹⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar del 30 giugno 2016 in causa n. C-276/15, *Hecht-Pharma GmbH c. Hohenzollern Apotheke*, punto 43, *cit. supra*, nota 27.

¹¹¹ Probabilmente, l'Avvocato Generale desume che la distribuzione di un galenico sia circoscritta all'ambito locale in base all'espressione «fornito direttamente ai pazienti che si servono in tale farmacia». Se tale impressione fosse esatta, egli intenderebbe considerare vietata la vendita di formule galeniche attraverso internet in quanto tale modalità commerciale presuppone la possibilità e la volontà di allontanarsi dai confini limitati dell'ambito locale.

¹¹² «[Lo scopo principale delle norme] [*considerando* n. 2] deve essere raggiunto avvalendosi di mezzi che non ostacolino lo sviluppo dell'industria farmaceutica e gli scambi dei medicinali nella Comunità» (*considerando* n. 3 della direttiva n. 2001/83/Ce, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, *cit. supra*, nota 6).

¹¹³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar del 30 giugno 2016 in causa n. C-276/15, *Hecht-Pharma GmbH c. Hohenzollern Apotheke*, punto 42, *cit. supra*, nota 27.

Di conseguenza, le formulazioni galeniche preparate nelle farmacie tedesche secondo le disposizioni nazionali sono legittimamente esentate dal possesso dall'AIC e, di conseguenza, l'art. 21, par. 2, punto 1, dell'AMG è coerente con la deroga espressa nell'art. 3, par. 1 e 2, della direttiva n. 2001/83/Ce.

8. La pubblicità delle formule galeniche

L'analisi giurisprudenziale ha dimostrato che le formule galeniche (magistrali e officinali) non rientrano nel campo di applicazione della direttiva n. 2001/83/Ce in quanto esse non sono medicinali «preparati industrialmente o nella cui fabbricazione interviene un processo industriale». Dal momento che i medicinali galenici «esulano dall'ambito di applicazione della direttiva n. 2001/83/Ce [n]e consegue che le disposizioni del titolo VIII della medesima direttiva, relativo alla pubblicità, non sono loro applicabili»¹¹⁴. Di conseguenza, il divieto di pubblicizzare i medicinali sprovvisti di AIC stabilito dall'art. 87, par. 1, della direttiva n. 2001/83/Ce «è irrilevante nel caso di specie»¹¹⁵ in quanto detti medicinali non possono dirsi privi di AIC, ma sono esentati da tale autorizzazione in base ad una specifica norma dell'Ue. Nello stesso tempo, non è possibile trascurare il fatto che la diffusione di informazioni potrebbe «influenzare il comportamento dei consumatori e incoraggiarli a procurarsi i medicinali di cui trattasi, circostanza che potrebbe incidere negativamente sulla salute pubblica»¹¹⁶.

In precedenza l'Avvocato Generale si era interrogato sulle disposizioni sulla pubblicità da tenere «in considerazione quando la direttiva n. 2001/83/Ce non è applicabile in ragione dell'articolo 3, punti 1 o 2»¹¹⁷ giungendo alla conclusione che la promozione delle formule galeniche, pur non essendo disciplinata dal codice comunitario sui medicinali, non può esprimersi in assoluta libertà, ma deve essere assoggettata alle norme generali in materia. Un qualsiasi operatore che intenda promuovere un prodotto

¹¹⁴ Sentenza della Corte di giustizia dell'8 novembre 2007 in causa n. C-143/06, *Ludwigs - Apotheke München Internationale Apotheke c. Juers Pharma Import-Export GmbH*, punto 23, *cit. supra*, nota 19.

¹¹⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar del 30 giugno 2016 in causa n. C-276/15, *Hecht-Pharma GmbH c. Hohenzollern Apotheke*, punto 45, *loc. cit.*

¹¹⁶ Sentenza della Corte del 2 aprile 2009 in causa n. C-421/07, Procedimento penale a carico di *Frede Damgaard*, *cit. supra*, nota 22.

¹¹⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar del 3 marzo 2015 in cause riunite n C-544/13 e C-545/13, *Abcur AB c. Apoteket Farmaci AB e Apoteket AB e Apoteket Farmaci AB*, punto 74, *cit. supra*, nota 47.

galenico deve quindi rispettare le disposizioni della direttiva n. 2005/29/Ce¹¹⁸ e della «direttiva (generale) 2006/114/Ce¹¹⁹»¹²⁰.

In un precedente caso riguardante i medicinali, l'Avvocato Generale aveva analizzato il rapporto tra la direttiva n. 2005/29/Ce e i medicinali ricordando che «[l']ambito di applicazione della direttiva è limitato alle pratiche commerciali tra imprese e consumatori [... e] che solo le informazioni accessibili ai consumatori possono essere considerate come ricadenti nell'ambito di applicazione della direttiva»¹²¹.

Nello specifico caso qui analizzato, le informazioni diffuse dalla *Hohenzollern Apotheke* sulle capsule di incenso prodotte nel suo laboratorio galenico sono indubbiamente «pratiche commerciali il cui intento diretto è quello di influenzare le decisioni di natura commerciale dei consumatori relative a prodotti»¹²². L'esistenza di un rapporto diretto tra l'impresa farmacia e il consumatore è provata dal fatto che i pazienti o i clienti della farmacia possono accedere liberamente ai mezzi promozionali (informativa per i pazienti e opuscolo).

Al fine di valutare se il contenuto di tale pubblicità possa «indurre l'acquirente in errore, [... si deve] pre[ndere] in considerazione l'aspettativa presunta di un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto»¹²³. Se la valutazione della Corte naziona-

¹¹⁸ Direttiva n. 2005/29/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva n. 84/450/Cee del Consiglio e le direttive n. 97/7/Ce, 98/27/Ce e n. 2002/65/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio e il Regolamento (Ce) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»), in *Gu-Ue* n. L 149 dell'11 giugno 2005, p. 22 ss.

¹¹⁹ Direttiva n. 2006/114/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, concernente la pubblicità ingannevole e comparativa, in *Gu-Ue* n. L 376 del 27 dicembre 2006, p. 21 ss.

¹²⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar del 30 giugno 2016 in causa n. C-276/15, *Hecht-Pharma GmbH c. Hohenzollern Apotheke*, punto 46, *cit. supra*, nota 27.

¹²¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar del 3 marzo 2015 in cause riunite n. C-544/13 e n. C-545/13, *Abcur AB c. Apoteket Farmaci AB e Apoteket AB e Apoteket Farmaci AB*, punto 65, *cit. supra*, nota 47.

¹²² Direttiva n. 2005/29/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali, *loc. cit.*, *considerando* n. 7.

¹²³ Sentenze della Corte di giustizia del 16 luglio 1998 in causa n. C-210/96, *Gut Springenheide GmbH e Rudolf Tusky c. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 4657, EU:C:1998:369, punto 31, annotata in questa *Rivista*, 1998, p. 640; del 28 gennaio 1999 in causa n. C-303/97, *Verbraucher-schutzverein eV c. Sektkellerei G.C. Kessler GmbH und Co.*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 513, EU:C:1999:35, punto 36; del 13 gennaio 2000 in causa n. C-220/98, *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG c. Lancaster Group GmbH*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 117, EU:C:2000:8, punto 27; del 29 aprile 2004 in cause riunite n. C-473/01 P e n. C-474/01 P, *Procter & Gamble Company c. Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (marchi, disegni e modelli) (UAMI)*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 5173, EU:C:2004:260, punto 52; del 21 giugno 2001 in causa n. C-30/99, *Commissione delle Comunità europee c. Irlanda*, in *Raccolta*, 2001, I, p.

le conducesse ad una risposta positiva, la richiesta dell'industria tedesca di interrompere tali pratiche dovrebbe essere accolta in quanto tali attività promozionali «ledono direttamente gli interessi economici dei consumatori e, quindi, indirettamente gli interessi economici dei concorrenti legittimi»¹²⁴.

Le norme sulla pubblicità comparativa contenute nella direttiva n. 2006/114/Ce «si applicano anche in relazione alla pubblicità diretta ai consumatori»¹²⁵. L'accenno dell'Avvocato Generale a tale direttiva potrebbe nascondere l'invito al giudice del rinvio di appurare l'esistenza all'interno del materiale pubblicitario di contenuti in cui il paragone tra formula officinale (medicinale) e capsule industriali (integratore alimentare) non rispetti «le condizioni di liceità della pubblicità comparativa»¹²⁶.

9. Conclusioni

Al primo impatto, la vertenza appare solo una banale questione commerciale scaturita dal timore di una ditta che la pubblicità di capsule medicinali di incenso preparate in farmacia minacciasse le vendite di un suo integratore alimentare a base della stessa sostanza. Dal momento che la concorrenza di una sola farmacia non può influenzare il fatturato di un'azienda, è ragionevole supporre che l'industria, sospettando che altre farmacie potessero seguire l'esempio, intendesse fermare sul nascere simili

4619, EU:C:2001:346, punto 32; del 19 settembre 2006 in causa n. C-356/04, *Lidl Belgium GmbH & Co. KG c. Etablissements Franz Colruyt NV.*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 8501, EU:C:2006:585, punto 78, annotata in questa *Rivista*, 2006, p. 750 ss. da E. ADOBATI; del 10 settembre 2009 in causa n. C-446/07, *Alberto Severi c. Regione Emilia Romagna*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 8041, EU:C:2009:530, punto 61; del 18 novembre 2010 in causa n. C-159/09, *Lidl SNC c. Vierzon Distribution SA*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 11761, EU:C:2010:696, punto 47, annotata in questa *Rivista*, 2011, p. 87; del 4 giugno 2015 in causa n. C-195/14, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. c. Teekanne GmbH & Co. KG*, EU:C:2015:361, punto 36, e, in ultimo, del 21 gennaio 2016 in causa n. C-75/15, *Viiniverla Oy c. Sosiaali- ja terveystieteiden tutkimuskeskus*, in *Raccolta digitale, Raccolta generale*, gennaio 2016, EU:C:2016:35, punto 25. Inoltre questo passaggio è presente nelle sentenze del Tribunale del 24 novembre 2004 in causa n. T-393/02, *Henkel KGaA c. Ufficio dell'Unione europea per la proprietà intellettuale*, in *Raccolta*, 2004, II, p. 4115, EU:T:2004:342, punto 22, e del 15 settembre 2005 in causa n. T-320/03, *Citicorp c. Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (marchi, disegni e modelli) (UAMI)*, in *Raccolta*, 2005, II, p. 3411, EU:T:2005:325, punto 69.

¹²⁴ Considerando n. 7 della direttiva n. 2005/29/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali, *cit. supra*, nota 118.

¹²⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar del 3 marzo 2015 in cause riunite n. C-544/13 e n. C-545/13, *Abcur AB c. Apoteket Farmaci AB e Apoteket AB e Apoteket Farmaci AB*, punto 80, *cit. supra*, nota 47.

¹²⁶ Art. 1 della direttiva n. 2006/114/Ce, del 12 dicembre 2006, concernente la pubblicità ingannevole e comparativa, *cit. supra*, nota 119.

iniziative. Di conseguenza, «[n]el riassumere i fatti che hanno originato il (...) procedimento, non riesco ad allontanare il sospetto (...) che in controversie di questo tipo il ruolo di protagonista sia svolto da Mercurio, dio del commercio, piuttosto che da Igea, dea della salute»¹²⁷.

Una volta portata all'attenzione della Corte di giustizia, la controversia si è tramutata tuttavia in un'occasione per chiarire il quadro normativo in cui sono inserite nell'Unione europea le formule galeniche. L'armonizzazione completa sui medicinali è in realtà circoscritta ai soli prodotti industriali ed esclude i rimedi preparati in farmacia. La ragione di questa esclusione è facilmente intuibile. Le formule galeniche, per loro natura, sono riservate alla ristretta cerchia della clientela di una farmacia essendo concepite per una vendita diretta. Per questo motivo, ogni Stato membro appare libero di stabilire proprie disposizioni sulla preparazione in farmacia delle formule galeniche purché tali norme includano le specifiche per i materiali, le metodiche, gli ambienti di lavoro e il personale stabilite dalla Farmacopea europea. Una volta rispettate queste condizioni, i rimedi possono essere commercializzati in assenza di AIC purché allestiti in quantità modeste. Nessuna altra norma del diritto dell'Unione sembra disciplinare le preparazioni galeniche. Questa affermazione è valida anche per quanto riguarda la pubblicità. L'assenza di disposizioni europee in questo ambito è giustificata dalle caratteristiche della farmacia la quale ha come mercato di riferimento l'utenza locale che può essere tuttavia attratta da particolari servizi e dai preparati personalizzati (galenici) che sono offerti alla clientela.

Nel passato il trasferimento delle informazioni sulle prestazioni di una farmacia era affidato alle impressioni negative o positive che un cliente trasmetteva a potenziali acquirenti. Le nuove tecnologie hanno modificato questa situazione offrendo alla farmacia e alle formule galeniche la possibilità di uscire dall'ambiente ristretto in cui erano confinate. L'avvento di internet, annullando ogni ostacolo spaziale agli acquisti, permette di implementare un commercio senza confini. Questa situazione pone una nuova problematica dal momento che la nuova potenziale clientela deve essere contattata attraverso messaggi accessibili in rete. Ovviamente, la comunicazione promozionale deve essere improntata sulla lealtà e sulla veridicità delle affermazioni. Tale esigenza, indispensabile per ogni tipologia di merci, è addirittura imprescindibile nel caso dei medicinali.

¹²⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale Tesauro del 16 gennaio 1991 in cause riunite n. C-60/89, Procedimento penale a carico di *Jean Monteil e Daniel Samann*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 1547, EU:C:1991:18, punto 1.

La tutela della salute non può consentire che le farmacie reclamizzino ogni rimedio da loro preparato senza nessuna forma di controllo. Occorre quindi che il messaggio pubblicitario anche se somministrato via internet sia preventivamente approvato a livello locale da enti pubblici, autorità sanitarie o associazioni di categoria che si assumano la responsabilità della valutazione e della correttezza scientifica e deontologica del suo contenuto.

In alcuni casi, l'eventuale successo della formula galenica potrebbe non rendere conveniente continuare la preparazione in scala ridotta spingendo verso il passaggio ad una produzione industriale. Nel caso si concretizzassero queste condizioni si tratterebbe di un ritorno al passato. Storiche industrie farmaceutiche (Carlo Erba, Recordati, Bracco) ed alimentari (Gazzoni, Bisleri, Paneraj, Branca) sono sorte grazie al successo ottenuto, anche per merito della pubblicità, da prodotti nati nel laboratorio di una farmacia¹²⁸.

Federico Forni*

SINTESI

Una Corte tedesca aveva chiesto in via pregiudiziale alla Corte di giustizia se il diritto Ue ostasse ad una disposizione nazionale (art. 21, par. 2, punto 1, AMG) che consente di preparare in farmacia formule galeniche per venderle alla clientela in assenza dell'autorizzazione all'immissione in commercio (AIC) prescritta per i medicinali industriali dalla direttiva n. 2001/83/Ce. Nella sentenza *Hohenzollern Apotheke* (causa n. C-276/15), i giudici di Lussemburgo hanno rilevato che la disposizione tedesca è coerente con il diritto dell'Unione. Infatti, il codice comunitario sui medicinali si applica esclusivamente ai «medicinali per uso umano destinati ad essere immessi in commercio negli Stati membri, preparati industrialmente o nella cui fabbricazione interviene un processo industriale». Inoltre, i medicinali preparati in farmacia sono l'oggetto della deroga stabilita dall'art. 3, par. 1 e 2, della direttiva n. 2001/83/Ce il quale afferma l'inapplicabilità di tale direttiva alle formule galeniche. Pur non essendo disciplinata dal codice comunitario sui medicinali, la pubblicità di tali formule deve rispettare le regole stabilite dalle direttive n. 2005/29/Ce e n. 2006/114/Ce. Il commento sug-

¹²⁸ L. DE FRENZA, *L'informazione in pillole. Alle origini della pubblicità farmaceutica in Italia*, in F. P. DE CEGLIA e L. DIBATTISTA (eds.), *Il bello della scienza. Intersezioni tra storia, scienza e arte*, Milano, Franco Angeli, 2013, p. 73 ss.

* Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Bologna; Giurista / Commissione europea - Bruxelles

gerisce che il contenuto dei messaggi promozionali sui medicinali galenici sia approvato a livello locale da enti pubblici, autorità sanitarie o da associazioni di categoria.

ABSTRACT

A German court referred a request for a preliminary ruling to the Court of Justice asking if EU law precludes a national provision (Art. 21, para. 2, 1st indent, AMG) allowing to prepare in a pharmacy galenic formulations to be sold to clients without the marketing authorisation prescribed by Directive No 2001/83/EC for industrially produced medicinal products. In the Hohenzollern Apotheke judgment (case No C-276/15), the Luxembourg judges stated that the German provision is consistent with EU law. In fact, the Community code on medicinal products applies only to «medicinal products for human use intended to be placed on the market in Member States and either prepared industrially or manufactured by a method involving an industrial process». Moreover, medicinal products prepared in a pharmacy are subject to the derogation provided by Art. 3, paras 1 and 2, of Directive No 2001/83/EC according to which this Directive does not apply to galenic formulations. Even if not regulated by the Community code on medicinal products, the advertisement of these formulations must comply with the rules laid down in Directives No 2005/29/EC and No 2006/114/EC. The comment suggests that the content of advertising messages on galenic medicines should be approved at local level by public bodies, health authorities or pharmacists' associations.

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

LA CORTE DI GIUSTIZIA INDICA I CRITERI PER LA DETERMINAZIONE DELL'AMMENDA A CARICO DEI PARTECIPANTI AD UN'INTESA CONTRARIA ALLA NORMATIVA ANTITRUST

Corte di giustizia

Sentenza del 26 gennaio 2017 nella causa n. C- 619/13 P

Mamoli Robinetteria SpA c. Commissione europea

Art. 56 dello Statuto della Corte di giustizia - Impugnazione - Intese - Mercati belga, tedesco, francese, italiano, olandese e austriaco delle ceramiche sanitarie e della rubinetteria - Coordinamento di aumenti annuali dei prezzi di vendita, divulgazione e scambio di informazioni commerciali riservate - Annullamento della decisione della Commissione - Riduzione delle ammende - Regolamento (Ce) n. 1/2003 - Art. 23, par. 2 - Limite massimo del 10% del fatturato - Rigetto.

Orbene, come emerge dalla giurisprudenza della Corte, la considerazione, per valutare la gravità di un'infrazione, di differenze tra le imprese che hanno partecipato a una stessa intesa, in particolare alla luce dell'estensione geografica delle loro rispettive partecipazioni, non deve necessariamente intervenire nella fissazione dei coefficienti «gravità dell'infrazione» e «importo supplementare», ma può intervenire in un'altra fase del calcolo dell'ammenda, come nell'ambito dell'adeguamento dell'importo di base in funzione di circostanze aggravanti e attenuanti, ai sensi dei punti 28 e 29 degli orientamenti del 2006 (v., in tal senso, sentenze dell'11 luglio 2013, Team Relocations e a. c. Commissione, C-444/11 P, non pubblicata, EU:C:2013:464, punti 104 e 105, nonché dell'11 luglio 2013, Gosselin Group c. Commissione, C-429/11 P, non pubblicata, EU:C:2013:463, punti da 96 a 100)¹.

* A cura di ENRICA ADOBATI

Come osservato dalla Commissione, differenze siffatte possono anche trasparire attraverso il valore delle vendite utilizzato per calcolare l'importo di base dell'ammenda, in quanto tale valore riflette, per ciascuna impresa partecipante, l'importanza della sua partecipazione all'infrazione considerata, conformemente al punto 13 degli orientamenti del 2006, che consente di assumere come base iniziale per il calcolo delle ammende un importo che rifletta l'importanza economica dell'infrazione ed il peso dell'impresa nella medesima (v., in tal senso, sentenza dell'11 luglio 2013, Team Relocations e a. c. Commissione, C-444/11 P, non pubblicata, EU:C:2013:464, punto 76)².

Di conseguenza, essendo pacifico che l'importo di base dell'ammenda inflitta alla ricorrente è stato determinato, (...), in funzione del valore delle vendite realizzate dalla ricorrente nel territorio italiano, il Tribunale ha potuto, (...), senza violare il principio di parità di trattamento, fissare, per il calcolo dell'ammenda da infliggere alla ricorrente, un moltiplicatore «importo supplementare» di percentuale pari al 15%, identica a quella utilizzata per le imprese che hanno partecipato all'infrazione unica che interessava tre sottogruppi di prodotti e sei Stati membri³.

L'impugnazione è respinta⁴.

¹⁻⁴ Nel corso dell'anno 2004 la Masco Corp. e le sue controllate informavano la Commissione dell'esistenza di un'intesa nel settore delle ceramiche sanitarie e della rubinetteria e chiedevano di beneficiare dell'immunità dalle ammende o, in alternativa, di una riduzione del loro importo (cfr. Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende e alla riduzione dell'importo delle ammende nei casi di cartelli tra imprese, in *Guce* n. C 45 del 2002, p. 3).

La Commissione, dopo aver effettuato accertamenti senza preavviso presso gli uffici di diverse società e associazioni nazionali di categoria attive nel settore delle ceramiche sanitarie e della rubinetteria, adottava in data 23 giugno 2010 - la decisione C (2010) 4185 relativa a un procedimento ai sensi dell'art. 101 TFUE e dell'art. 53 dell'Accordo SEE - caso COMP/39092 - Ceramiche sanitarie e rubinetteria.

Con tale decisione, la Commissione constatava l'esistenza di un'infrazione all'art. 101, par. 1, TFUE e all'art. 53 dell'Accordo SEE del 2 maggio 1992 (in *Guce* n. L 1 del 1994, p. 3) nel settore delle ceramiche sanitarie e della rubinetteria. Quest'infrazione, alla quale avrebbero partecipato diciassette imprese, sarebbe stata realizzata nel corso di diversi periodi compresi tra l'ottobre 1992 e il novembre 2004 e avrebbe assunto la forma di un insieme di accordi anticoncorrenziali o di pratiche concordate sui territori belga, tedesco, francese, italiano, olandese e austriaco. Con la decisione controversa la Commissione europea ha inflitto ammende per un importo totale pari a più di 622 milioni di euro a diciassette produttori di ceramiche sanitarie e rubinetterie a causa della loro partecipazione ad un'infrazione unica e continuata nello specifico settore. Tra le imprese sanzionate vi sono anche alcune imprese italiane tra le quali la società Mamoli.

Diverse imprese sanzionate dalla Commissione hanno proposto ricorso dinanzi al Tribunale dell'Unione europea, chiedendo l'annullamento della decisione della Commissione e/o la riduzione delle ammende inflitte.

Con sentenze del 16 settembre 2013, il Tribunale ha annullato parzialmente la decisione della Commissione per quanto concerne talune società coinvolte, riducendo, in alcuni casi, le ammende inflitte nei loro confronti e respingendo i restanti ricorsi proposti.

Sia la Commissione sia alcune società - tra le quali la società Mamoli - hanno successi-

vamente proposto impugnazioni dinanzi alla Corte di giustizia Ue avverso tali sentenze.

La Corte ha rigettato l'impugnazione della Mamoli dichiarando irricevibili i motivi sollevati motivando unicamente sotto il profilo procedurale.

La Mamoli si è trovata coinvolta, dunque, in una vicenda estesa a sei Paesi dell'Unione europea interessante numerose imprese del settore che sono state poi riconosciute tutte responsabili delle violazioni in materia di concorrenza.

Con riferimento all'addebito mosso al Tribunale di aver violato i principi di proporzionalità e della parità di trattamento a causa dell'irrogazione di una sanzione pari al 10% del fatturato, come prevista all'art. 23, par. 2, 2° comma, del Regolamento n. 1/2003, la Corte ha statuito che nessuna violazione è stata commessa. Infatti, da una giurisprudenza costante della Corte, emerge che il limite del 10% del fatturato previsto all'art. 23, par. 2, 2° comma, del Regolamento n. 1/2003 mira a evitare che siano inflitte ammende che le imprese, date le loro dimensioni, determinate dal loro fatturato complessivo, ancorché in maniera approssimativa ed imperfetta, non siano in grado di pagare (cfr. sentenze del 28 giugno 2005 in cause n. C-189/02 P, n. C-202/02 P, da n. C-205/02 P a n. C-208/02 P e n. C-213/02 P, *Dansk Rørindustri e a. c. Commissione*, EU:C:2005:408, nonché del 12 luglio 2012 in causa n. C-181/11 P, *Cetarsa c. Commissione*, EU:C:2012:455).

A parere della Corte di giustizia, esso costituisce un limite, uniformemente applicabile a tutte le imprese ed articolato in funzione delle dimensioni di ciascuna di esse, diretto ad evitare ammende di un livello eccessivo e sproporzionato. Tale limite massimo ha, quindi, uno scopo distinto ed autonomo rispetto a quello dei criteri della gravità e della durata dell'infrazione (cfr. sentenze del 28 giugno 2005 in cause n. C-189/02 P, n. C-202/02 P, da n. C-205/02 P a n. C-208/02 P e n. C-213/02 P, *Dansk Rørindustri e a. c. Commissione*, EU:C:2005:408, nonché del 12 luglio 2012, *Cetarsa c. Commissione*, cit.).

Ne consegue che la fissazione, per tutte le imprese sanzionate che hanno partecipato a una stessa infrazione, delle ammende al 10% dei loro rispettivi fatturati, derivando dalla mera applicazione del limite massimo previsto all'art. 23, par. 2, 2° comma, del Regolamento n. 1/2003, non può integrare una violazione dei principi di proporzionalità e della parità di trattamento.

IL TRIBUNALE ACCOGLIE DUE RICORSI DI CITTADINI EUROPEI E ANNULLA LE DECISIONI DELLA COMMISSIONE PER LA MANCANZA DI MOTIVAZIONE NEL RIFIUTO DI REGISTRAZIONE DELLA PROPOSTA DI INIZIATIVA E PER LA DIFESA DEL PRINCIPIO DI DEMOCRAZIA

I

Tribunale dell'Unione europea

Sentenza del 3 febbraio 2017 in causa n. T-646/13

Bürgerausschuss für die Bürgerinitiative Minority SafePack - one million signatures for diversity in Europe sostenuto da Ungheria c. Commissione europea sostenuta da Repubblica Slovacca e da Romania

Art. 263 TFUE - Annullamento della Decisione C(2013) 5969 final della Commissione del 13 settembre 2013 - Art. 24 TFUE - Registrazione di

una proposta di iniziativa dei cittadini europei (ICE) - Tutela delle minoranze nazionali e linguistiche e rafforzamento della diversità culturale e linguistica nell'Unione - Progetto intitolato «Minority SafePack - one million signatures for diversity in Europe» - Rigetto della domanda di registrazione - Assenza manifesta di competenza legislativa della Commissione - Obbligo di motivazione - Art. 4, par. 2, lett. b., e par. 3, del Regolamento (Ue) n. 211/2011 - Annullamento della decisione della Commissione.

La proposta di ICE mira più specificamente all'adozione:

- di una raccomandazione del Consiglio «relativa alla protezione e alla promozione della diversità culturale e linguistica all'interno dell'Unione», sulla base degli artt. 167, par. 5, secondo trattino, e 165, par. 4, secondo trattino, TFUE (...);

- di una proposta di decisione o di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, sulla base degli artt. 167, par. 5, primo trattino, e 165, par. 4, primo trattino, TFUE, avente ad oggetto l'adeguamento dei «programmi di finanziamento al fine di facilitarne l'accesso alle piccole lingue regionali e minoritarie» (...);

- di una proposta di decisione o di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, ai sensi degli artt. 167, par. 5, primo trattino, e 165, par. 4, primo trattino, TFUE, avente ad oggetto la creazione di un centro della diversità linguistica che rafforzerà la consapevolezza dell'importanza delle lingue regionali e minoritarie nonché promuoverà la diversità a tutti i livelli e che sarà essenzialmente finanziato dall'Unione (...);

- di una proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, sulla base degli artt. 177 e 178 TFUE, avente ad oggetto l'adeguamento delle disposizioni comuni sui fondi regionali dell'Unione in modo tale che la protezione delle minoranze e la promozione della diversità culturale e linguistica siano ivi incluse quali obiettivi tematici (...);

- di una proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, sulla base degli artt. 173, par. 3, e 182, par. 1, TFUE, avente ad oggetto la modifica del Regolamento relativo al programma «Orizzonte 2020» al fine di migliorare la ricerca sul valore aggiunto che le minoranze nazionali e la diversità culturale e linguistica possono apportare nello sviluppo sociale ed economico nelle regioni dell'Unione (...);

- di una proposta di direttiva, di Regolamento o di decisione del Consiglio, sulla base degli artt. 20, par. 2, e 25 TFUE, in vista del rafforzamento all'interno dell'Unione della posizione dei cittadini appartenenti a una minoranza nazionale allo scopo di garantire che le loro legittime preoccupazioni siano prese in considerazione al momento dell'elezione dei deputati al Parlamento europeo (...);

- di proposte di efficaci misure di lotta contro le discriminazioni e di promozione della parità di trattamento, anche per quanto riguarda le minoranze nazionali, segnatamente mediante una revisione delle direttive del Consiglio esistenti in materia di parità di trattamento, sulla base dell'art. 19, par. 1, TFUE (...);

- di proposte di modifica della normativa dell'Unione al fine di garantire la quasi parità di trattamento tra gli apolidi e i cittadini dell'Unione, sulla base dell'art. 79, par. 2, TFUE (...);

- di una proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, sulla base dell'art. 118 TFUE, al fine di introdurre un diritto d'autore uniforme che consenta di considerare l'insieme dell'Unione come un mercato interno in materia di diritti d'autore (...);

- di una proposta di modifica della direttiva n. 2010/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 marzo 2010, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (Gu-Ue 2010, n. L 95, p. 1), allo scopo di garantire la libera prestazione di servizi e la ricezione di contenuti audiovisivi nelle regioni in cui risiedono minoranze nazionali, sulla base degli artt. 53, par. 1, e 62 TFUE (...), e

- di una proposta di Regolamento del Consiglio o della Commissione oppure di una proposta di decisione del Consiglio, in vista di un'esenzione per categoria dei progetti che promuovono le minoranze nazionali e la loro cultura, sulla base degli artt. 109, 108, par. 4, o 107, par. 3, lett. e., TFUE (...)¹.

La decisione C(2013) 5969 final della Commissione del 13 settembre 2013, recante rigetto della domanda di registrazione della proposta d'iniziativa dei cittadini europei intitolata «Minority SafePack - one million signatures for diversity in Europe», è annullata².

La Commissione europea sopporterà le proprie spese nonché quelle sostenute dal Bürgerausschuss für die Bürgerinitiative Minority SafePack - one million signatures for diversity in Europe³.

L'Ungheria, la Repubblica slovacca e la Romania sopporteranno le proprie spese⁴.

II

Tribunale dell'Unione europea Sentenza del 10 maggio 2017 in causa n. T-754/14

Michael Efler e altri c. Commissione europea

Art. 263 TFUE - Annullamento della Decisione C(2014) 6501 final della

Commissione, del 10 settembre 2014 - Diritto delle istituzioni - Iniziativa dei cittadini europei (ICE) - Oggetto e obiettivi - Partenariato transatlantico per il commercio e gli investimenti - Negoziati con gli Stati Uniti d'America - Accordo di libero scambio - Competenza della Commissione - Assenza - Proposta di atto giuridico ai fini dell'attuazione dei Trattati - Art. 11, par. 4, TUE - Art. 2, par. 1, e art. 4, par. 2, lett. b., del Regolamento (Ue) n. 211/2011 - Partecipazione alla vita democratica del Paese - Annullamento della decisione della Commissione.

(...) spetta alla Commissione decidere se dare o meno seguito all'ICE (Iniziativa dei Cittadini Europei) esponendo, ai sensi dell'art. 10, par. 1, lett. c., del Regolamento n. 211/2011, in una comunicazione, le proprie conclusioni giuridiche e politiche sull'ICE (Iniziativa dei Cittadini Europei), l'eventuale azione che intende intraprendere e i suoi motivi per agire o meno in tal senso⁵.

Di conseguenza, lungi dal rappresentare un'ingerenza nello svolgimento della procedura legislativa in corso, la proposta dell'ICE costituisce un'espressione di partecipazione effettiva dei cittadini dell'Unione alla vita democratica di quest'ultima, senza compromettere l'equilibrio istituzionale voluto dai trattati⁶.

Nessun motivo osta, infine, alla circostanza che «l'eventuale azione che intende intraprendere» la Commissione, ai sensi dell'art. 10, par. 1, lett. c., del regolamento n. 211/2011, possa consistere in una proposta rivolta al Consiglio di adottare gli atti previsti dalla proposta di ICE. Contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione, nulla impedirebbe, se del caso, alle istituzioni dell'Unione di negoziare e concludere nuovi progetti di accordi transatlantici di libero scambio dopo l'adozione da parte del Consiglio degli atti che costituiscono l'oggetto di una proposta di ICE. La decisione C(2014) 6501 final della Commissione, del 10 settembre 2014, che respinge la richiesta di registrazione della proposta di iniziativa dei cittadini europei denominata «Stop TTIP» è annullata⁷.

La Commissione europea supporterà le proprie spese nonché le spese sostenute dal signor Michael Efler e dagli altri ricorrenti i cui nomi figurano nell'allegato, ivi comprese quelle relative al procedimento sommario⁸.

¹⁻⁸ Il 15 luglio 2013 un comitato di cittadini europei ha presentato alla Commissione europea la proposta d'iniziativa denominata «Minority SafePack - one million signatures for diversity in Europe» ai sensi dell'art. 4, par. 1, 1° comma, del Regolamento (Ue) n. 211/2011 sull'iniziativa dei cittadini - ICE (acronimo di: *Iniziativa dei Cittadini Europei*), in *Gu-Ue* n. L 65 del 2011, p. 1. Tale proposta consisteva nell'invitare «l'Unione europea a migliorare la protezione delle persone appartenenti a minoranze nazionali e linguistiche nonché a rafforzare la diversità culturale e linguistica nell'Unione». Dalle informazioni richieste

risulta che gli obiettivi perseguiti dall'iniziativa dei cittadini europei consistevano nell'invitare l'Unione europea «ad adottare una serie di atti legislativi al fine di migliorare la tutela delle persone appartenenti a minoranze nazionali e linguistiche e a rafforzare la diversità culturale e linguistica [nel proprio territorio]» e che tali atti avrebbero dovuto includere misure relative alle lingue regionali e minoritarie, all'educazione e alla cultura, alla politica regionale, alla partecipazione, all'uguaglianza, al contenuto dei *media* nonché al sostegno statale concesso dalle autorità regionali.

Con la decisione C(2013) 5969 final, del 13 settembre 2013 la Commissione ha rifiutato la registrazione della proposta di ICE con la motivazione che essa non rientrava manifestamente nell'ambito delle competenze che le consentono di presentare una proposta di adozione di un atto legislativo dell'Unione ai fini dell'applicazione dei Trattati.

Nella decisione impugnata è stato precisato che, sebbene il rispetto dei diritti delle persone appartenenti a minoranze rappresenti un valore dell'Unione al quale è fatto riferimento all'art. 2 TUE, nessuna disposizione dei Trattati procura una base giuridica per l'adozione di atti legislativi volti a promuovere tali diritti. Inoltre, le istituzioni dell'Unione devono rispettare la diversità culturale e linguistica e sono tenute ad evitare qualsiasi discriminazione fondata sull'appartenenza ad una minoranza nazionale.

Alcuni degli atti richiesti nell'allegato dell'iniziativa sarebbero idonei a contribuire alla realizzazione dell'obiettivo principale consistente nel proteggere le persone appartenenti a minoranze e potrebbero, se considerati individualmente, rientrare nella competenza della Commissione a presentare una proposta di atto legislativo dell'Unione ai fini dell'applicazione dei Trattati, ma che il Regolamento Ue riguardante l'iniziativa dei cittadini non prevede la registrazione di una o più parti di una proposta d'iniziativa.

A parere della Commissione, i Trattati comunitari non forniscono una base giuridica ai fini della presentazione di una serie completa di proposte come quelle definite nella domanda di registrazione e che, pertanto, la proposta dei cittadini in oggetto non rientra manifestamente nella sua competenza a presentare una proposta di atto legislativo dell'Unione ai fini dell'applicazione dei Trattati.

Il Tribunale accoglie il ricorso del Comitato dei cittadini precisando che la Commissione ha omesso di definire in qualsivoglia modo quali delle undici proposte di atti legislativi non rientrassero manifestamente nella competenza che la legittima a presentare una proposta di atto legislativo dell'Unione. Ne consegue, perciò, che la Commissione non ha motivato in maniera sufficiente nonostante le chiare indicazioni date dagli organizzatori relativamente alla tipologia e alla base giuridica di atto proposto. Secondo il Tribunale, qualora non venisse annullata la decisione della Commissione si finirebbe con lo scoraggiare qualsiasi iniziativa popolare e l'effettiva partecipazione dei cittadini alla vita dell'Unione (sull'obbligo di motivazione: sentenza del 30 settembre 2015 in causa n. T-450/12, *Anagnostakis c. Commissione*, EU:T:2015:739).

Un'altra decisione è stata annullata dal Tribunale dell'Ue e, precisamente, la decisione che ha rifiutato la registrazione della proposta di iniziativa dei cittadini europei «STOP TTIP». Nel luglio 2014, il signor Michael Efler e altri ricorrenti trasmettevano alla Commissione, in qualità di membri del comitato di cittadini costituito a tale scopo, una domanda di registrazione di una proposta di iniziativa dei cittadini europei - ICE - denominata «Stop TTIP». Tale proposta proponeva che «la Commissione europea (...) raccomandi al Consiglio di annullare il mandato negoziale per il [TTIP] e di non concludere il [CETA]». Si tratta degli accordi di libero scambio avviati con gli Stati Uniti («Partenariato transatlantico per il commercio e gli investimenti», TTIP) e col Canada. L'obiettivo era quello di «ostacolare il TTIP e il CETA poiché essi contengono vari aspetti critici come procedure di risoluzione delle controversie tra investitori e Stati e disposizioni sulla cooperazione normativa che costituiscono una minaccia per la democrazia e lo Stato di diritto (...), [di] evitare che negoziati poco trasparenti conducano ad un indebolimento delle norme sulla tutela del lavoro, sulla protezione sociale, sulla tutela dell'ambiente, sulla tutela della vita privata e sulla protezione dei consumatori e che servizi pubblici (per esempio la fornitura d'acqua) e cultura siano deregolamentati» e di sostenere una politica commerciale e di investimenti diversa nell'Unione europea. La Commissione si rifiutava di registrare la suddetta proposta, invocando l'art. 4, par. 2, lett. b., del Regolamento (Ue) n. 211/2011. Nella decisione impugnata è stato precisato che la proposta dell'ICE esula dalla competenza della Commissione

in virtù della quale quest'ultima può presentare una proposta di atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione dei Trattati (art. 4, par. 2, lett. b.). Il ricorso presentato dall'ICE dinanzi al Tribunale dell'Ue volto all'annullamento della decisione è stato accolto. Il Tribunale, richiamando il principio di democrazia, ha dichiarato che non si possono escludere da un dibattito popolare atti giuridici volti alla revoca di una decisione per l'avvio di negoziati finalizzati alla conclusione di un accordo internazionale oppure di un atto che vuole impedire la conclusione dell'accordo stesso.

Il Tribunale ha precisato che l'obiettivo dell'ICE è quello di permettere ai cittadini dell'Unione di partecipare, soprattutto, alla vita democratica dell'Unione, in particolare, esponendo in dettaglio alla Commissione le questioni sollevate con l'ICE, invitando la Commissione stessa a sottoporre una proposta di atto giuridico dell'Unione dopo aver, se necessario, invitato l'ICE in un'audizione pubblica organizzata presso il Parlamento europeo dando vita così ad un dibattito democratico senza dover aspettare l'adozione dell'atto giuridico che potrà essere modificato o abbandonato.

Il Tribunale ha, così, accolto il ricorso dei cittadini annullando la decisione della Commissione. La motivazione fondamentale alla base dell'annullamento è stata la difesa del principio di democrazia e del dibattito democratico all'interno della procedura legislativa.

LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA LA DIRETTIVA SULLA PUBBLICITÀ COMPARATIVA NELL'AMBITO DI UN CONFRONTO DI PREZZI DI PRODOTTI VENDUTI IN NEGOZI DIVERSI QUANTO A DIMENSIONI O TIPOLOGIA

Corte di giustizia

Sentenza dell'8 febbraio 2017 in causa n. C-562/15

Carrefour Hypermarchés SAS c. ITM Alimentaire International SASU

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Pubblicità comparativa - Art. 4 della direttiva n. 2006/114/Ce - Art. 7 della direttiva n. 2005/29/Ce - Confronto oggettivo dei prezzi - Omissione ingannevole - Pubblicità in cui sono posti a confronto i prezzi di prodotti venduti in negozi diversi quanto a dimensioni o tipologia - Liceità - Informazione rilevante - Grado dell'informazione - Interazione tra la direttiva n. 2006/114/C« e la direttiva n. 2005/29/Ce.

L'art. 4, lett. a. e c., della direttiva n. 2006/114/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 concernente la pubblicità ingannevole e comparativa, in combinato disposto con l'art. 7, par. da 1 a 3, della direttiva n. 2005/29/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva n. 84/450/Cee del Consiglio e le direttive n. 97/7/Ce, n. 98/27/Ce

e n. 2002/65/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio e il Regolamento (Ce) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»), deve essere interpretato nel senso che può essere illecita, ai sensi della prima delle menzionate disposizioni, una pubblicità, come quella in discussione nel procedimento principale, in cui sono posti a confronto i prezzi di prodotti venduti in negozi diversi quanto a tipologia o dimensioni, laddove tali negozi appartengano ad insegne ognuna delle quali dispone di una gamma di negozi diversi quanto a tipologia e dimensioni e l'operatore pubblicitario confronti i prezzi applicati nei negozi di dimensioni o tipologia superiori della propria insegna con quelli rilevati in negozi di dimensioni o tipologia inferiori delle insegne concorrenti, a meno che i consumatori non siano informati, in modo chiaro e dal messaggio pubblicitario stesso, che il raffronto è stato effettuato fra i prezzi applicati nei negozi di dimensioni o tipologia superiori dell'insegna dell'operatore pubblicitario e quelli rilevati in negozi di dimensioni o tipologia inferiori delle insegne concorrenti¹.

Spetta al giudice del rinvio, per valutare la liceità di una simile pubblicità, verificare se, nel procedimento principale, alla luce delle circostanze della fattispecie, la pubblicità di cui trattasi soddisfa il requisito di obiettività del confronto e/o presenti un carattere ingannevole, da un lato, prendendo in considerazione la percezione dei prodotti in parola da parte del consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto e, dall'altro, tenendo conto delle indicazioni che compaiono nella menzionata pubblicità, in particolare di quelle relative ai negozi dell'insegna dell'operatore pubblicitario e a quelli delle insegne concorrenti i cui prezzi sono stati posti a confronto, e, più in generale, di tutti gli elementi della medesima².

¹⁻² Non è la prima volta che la Corte si esprime sulla pubblicità comparativa, precisandone le condizioni di liceità (cfr., in particolare, sentenze del 25 ottobre 2001 in causa n. C-112/99, *Toshiba Europe*, EU:C:2001:566; dell'8 aprile 2003 in causa n. C-44/01, *Pippig Augenoptik*, EU:C:2003:205; del 19 settembre 2006 in causa n. C-356/04, *Lidl Belgium*, EU:C:2006:585, annotata in questa *Rivista*, 2006, p. 748, nonché del 18 novembre 2010 in causa n. C-159/09, *Lidl*, EU:C:2010:696, annotata in questa *Rivista*, 2011, p. 87), contenute all'art. 4 della direttiva n. 2006/114/Ce sulla pubblicità ingannevole e comparativa (del 12 dicembre 2006, in *Gu-Ue* n. L 376 del 2006, p. 21). La Corte d'appello di Parigi ha sollevato alcune questioni interpretative riguardo alle lett. a. e c. dell'art. 4 suddetto, invitando a non considerare ingannevole la pubblicità comparativa e a confrontare obiettivamente una o più caratteristiche essenziali, pertinenti, verificabili e rappresentative dei beni e dei servizi paragonati.

La questione pregiudiziale è stata sollevata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, l'ITM Alimentaire International SASU (di seguito denominato: ITM), società incaricata della strategia e della politica commerciale dei negozi dell'insegna Intermarché e, dall'altro lato, la Carrefour Hypermarchés SAS (di seguito denominata: Carrefour), per una campagna pubblicitaria televisiva promossa da quest'ultima nella quale

venivano confrontati i prezzi di prodotti di grandi marche applicati presso i negozi Carrefour e presso negozi aventi insegne concorrenti.

Durante la campagna pubblicitaria lanciata dalla Carrefour nel corso dell'anno 2012 dal titolo: «garantie prix le plus bas Carrefour (garanzia del prezzo più basso Carrefour)» venivano confrontati i prezzi dei prodotti dei grandi marchi applicati presso i negozi aventi l'insegna Carrefour e presso alcuni negozi concorrenti, tra cui quelli con l'insegna Intermarché. Da tale campagna emergeva che i prodotti venduti nei negozi dell'insegna Intermarché erano più cari rispetto a quelli della Carrefour.

A parere dell'ITM (società incaricata della strategia e della politica commerciale delle insegne di distribuzione alimentare del gruppo «groupe des Mousquetaires», cui appartengono Intermarché Hyper e la Intermarché Super), la Carrefour non avrebbe rispettato le disposizioni nazionali relative ai requisiti di neutralità e obiettività di ogni campagna pubblicitaria comparativa, confrontando i prezzi applicati negli *ipermercati* dell'insegna Carrefour con quelli applicati nei *supermercati* dell'insegna Intermarché, senza informare correttamente il pubblico dei criteri di selezione dei negozi e della diversa tipologia dei punti vendita scelti per effettuare tale confronto.

Al giudice del rinvio, la Corte d'appello di Parigi, dinanzi alla quale Carrefour ha interposto appello avverso la sentenza del Tribunale di Commercio di Parigi, viene, dunque, chiesto se l'art. 4, lett. *a* e *c.*, della direttiva n. 2006/114/Ce, implichi un confronto del prezzo di prodotti venduti da insegne di distribuzione soltanto qualora i prodotti siano venduti in negozi identici per tipologia o dimensioni. Il giudice del rinvio chiede, altresì, se la circostanza che i negozi i cui prezzi vengono confrontati siano diversi quanto a dimensioni e tipologia costituisca un'informazione rilevante ai sensi dell'art. 7 della direttiva n. 2005/29/Ce (dell'11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva n. 84/450/Cee del Consiglio e le direttive n. 97/7/Ce, n. 98/27/Ce e n. 2002/65/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio e il Regolamento (Ce) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali») (in *Guce* n. L 149 del 2005, p. 22) e quale debba essere il grado di divulgazione di tale informazione presso il consumatore.

Una costante giurisprudenza della Corte ha precisato che la pubblicità comparativa contribuisce a mettere oggettivamente in evidenza i pregi dei vari prodotti comparabili e, quindi, a stimolare la concorrenza tra i fornitori di beni e di servizi nell'interesse dei consumatori. Ne consegue che le condizioni imposte dalla pubblicità comparativa devono garantire che essa non venga utilizzata in maniera sleale a danno dei consumatori (cfr., in tal senso, sentenze del 25 ottobre 2001 in causa n. C-112/99, *Toshiba Europe*, EU:C:2001:566; del 19 settembre 2006 in causa n. C-356/04, *Lidl Belgium*, EU:C:2006:585 e del 18 novembre 2010 in causa n. C-159/09, *Lidl*, EU:C:2010:696).

La Corte di giustizia ha precisato, da un lato, che l'art. 4 della direttiva n. 2006/114/Ce non richiede che la tipologia o le dimensioni dei negozi nei quali sono venduti i prodotti i cui prezzi sono oggetto di comparazione siano simili, e dall'altro lato, che un raffronto dei prezzi di prodotti comparabili venduti in negozi diversi quanto a tipologia o dimensioni è, di per sé, idonea a contribuire a realizzare gli obiettivi della pubblicità comparativa senza determinare una concorrenza leale.

Ne consegue che una pubblicità che pone a confronto i prezzi di prodotti venduti in negozi diversi quanto a dimensioni o tipologia può essere considerata lecita nel rispetto di quanto statuito all'art. 4 della direttiva n. 2006/114/Ce.

I prezzi dei beni di consumo possono subire variazioni in funzione della tipologia e delle dimensioni del negozio, di modo che un confronto squilibrato può avere l'effetto di creare o aumentare artificiosamente la differenza fra i prezzi dell'operatore pubblicitario e il concorrente in funzione della selezione dei negozi oggetto di confronto.

Una pubblicità ingannevole è esclusa solo se il consumatore viene correttamente informato del fatto che la pubblicità pone a confronto i prezzi applicati nei negozi di dimensioni o tipologia superiori dell'insegna dell'operatore pubblicitario con i prezzi rilevati in negozi di dimensioni o tipologia inferiori di insegne concorrenti, dal momento che il consumatore, così, ha la piena consapevolezza che è soltanto quando acquista i prodotti di cui trattasi nei negozi di tipologia o dimensioni superiori dell'insegna dell'operatore pubblicitario che può beneficiare delle differenze di prezzo vantate nella pubblicità.

Infine, l'informazione relativa alla circostanza che il confronto è stato effettuato fra i prezzi fissati nei negozi di dimensioni o tipologia superiori dell'insegna dell'operatore pubblicitario e quelli rilevati in negozi di dimensioni o tipologia inferiori delle insegne concorrenti costituisce un elemento necessario per escludere la natura ingannevole del messaggio pubblicitario. Ne consegue che tale informazione deve essere fornita in modo chiaro e, soprattutto, deve comparire nello stesso messaggio pubblicitario.

TUTELA DEI CONSUMATORI NELL'AMBITO DELLE COMUNICAZIONI TELEFONICHE CON RIFERIMENTO ALLE TARIFFE RICHIESTE

Corte di giustizia

Sentenza del 2 marzo 2017 in causa n. C-568/15

Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs Frankfurt am Main eV
c. comtech GmbH

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Tutela dei consumatori - Art. 21 della direttiva n. 2011/83/UE - Comunicazione telefonica - Predisposizione da parte del professionista di una linea telefonica per il consumatore per il servizio *post vendita* - Informazioni e reclamo - Divieto di applicare una tariffa superiore alla tariffa di base - Divieto di applicare al consumatore costi aggiuntivi - Nozione di «tariffa di base» - Tariffa per una chiamata *standard*.

La nozione di «tariffa di base», di cui all'art. 21 della direttiva n. 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva n. 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva n. 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva n. 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva n. 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dev'essere interpretata nel senso che il costo di una chiamata relativa a un contratto concluso, effettuata su una linea di assistenza telefonica gestita da un professionista, non può eccedere il costo di una chiamata verso un numero fisso geografico o verso un numero di cellulare standard. Purché tale limite sia rispettato, la circostanza che il professionista interessato realizzi o meno profitti mediante tale linea di assistenza telefonica è priva di pertinenza¹.

¹ La Corte è stata chiamata a fornire chiarimenti in materia di tutela dei consumatori, in particolare, per quanto concerne le comunicazioni telefoniche e, precisamente, la predisposizione, da parte di un professionista, di una linea telefonica di servizio *post vendita* per i propri clienti.

La questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 21 della direttiva n. 2011/83/UE sui diritti dei consumatori (in *Gu-UE* n. L 304 del 2011, p. 64) è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, la *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs Frankfurt am Main eV*, un'associazione per la lotta alle pratiche commerciali sleali, e, dall'altro lato, la *comtech GmbH*, una società tedesca che commercializza apparecchi elettrici ed elettronici, con riferimento alla tariffa delle telefonate fissata da tale società nell'ambito del suo servizio *post vendita*.

La *comtech* pubblicava sul proprio sito internet un numero di telefono che consentiva di accedere a un servizio di assistenza, dedicato ai clienti che abbiano già concluso con essa un contratto di compravendita e desiderino ottenere informazioni o intendano presentare un reclamo.

Il costo delle chiamate verso tale numero, indicato come «non geografico», è superiore a quello di una chiamata *standard* verso un numero di linea fissa, denominato «geografico» o verso un numero di telefonia mobile. Secondo l'associazione tedesca per le pratiche commerciali sleali, la messa a disposizione di una linea telefonica per i servizi di assistenza a una tariffa superiore a quella delle chiamate *standard* costituisce una pratica commerciale sleale.

Il *Landgericht Stuttgart*, il Tribunale regionale di Stoccarda, (Germania), dinanzi al quale l'Associazione tedesca ha convenuto in giudizio la *comtech* per porre fine alla prassi contestata, ha sospeso il procedimento e si è rivolto alla Corte di giustizia. Alla Corte è stato chiesto di chiarire se il costo di una chiamata relativa a un contratto concluso indirizzato verso una linea di assistenza telefonica gestita da un professionista non possa superare il costo di una chiamata verso un numero fisso (geografico) o verso un numero di cellulare *standard* e se acquisti rilevanza la circostanza che il professionista realizzi un profitto attraverso tale linea di assistenza telefonica. L'art. 21, 1° comma, della direttiva n. 2011/83/Ce precisa che gli Stati membri sono tenuti a garantire, qualora il professionista utilizzi una linea telefonica allo scopo di essere contattato in merito al contratto concluso, che il consumatore non paghi più della tariffa di base per le chiamate sulla suddetta linea.

La direttiva non definisce la nozione di tariffa base. Tuttavia, la Corte di giustizia ha precisato che «Riguardo al suo senso abituale, la nozione di "tariffa di base" evoca la tariffa prevista per una chiamata *standard*». Ciò è confermato dalla finalità della direttiva che è quella di garantire un livello elevato di protezione dei consumatori. Infatti, qualora i professionisti potessero fatturare tariffe superiori a quella di una chiamata *standard* verso un numero fisso geografico o verso un numero di cellulare, i consumatori potrebbero essere dissuasi dall'utilizzare una linea telefonica di assistenza per ottenere informazioni relative al contratto concluso in tema di garanzia o di diritto di recesso. Ne consegue, e così ha concluso la Corte di giustizia, che ai sensi dell'art. 21 della direttiva la nozione di «tariffa di base» si riferisce ad una tariffa abituale di una comunicazione telefonica, senza costi aggiuntivi per il consumatore.

IL DATORE DI LAVORO PUÒ VIETARE IL VELO ISLAMICO ALLA DIPENDENTE

I

Corte di giustizia

Sentenza del 14 marzo 2017 in causa n. C-157/15

Samira Achbita e Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Politica sociale - Direttiva n. 2000/78/Ce - Parità di trattamento - Discriminazione fondata sulla

religione o sulle convinzioni personali - Regolamento interno della società privata - Divieto per i dipendenti di indossare sul luogo di lavoro segni visibili di natura politica, filosofica o religiosa - Discriminazione diretta - Insussistenza - Discriminazione indiretta - Divieto posto ad una dipendente di indossare il velo islamico - Insussistenza.

L'art. 2, par. 2, lett. a., della direttiva n. 2000/78/Ce del Consiglio del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretato nel senso che il divieto di indossare un velo islamico, derivante da una norma interna di un'impresa privata che vieta di indossare in modo visibile qualsiasi segno politico, filosofico o religioso sul luogo di lavoro, non costituisce una discriminazione diretta fondata sulla religione o sulle convinzioni personali ai sensi di tale direttiva¹.

Siffatta norma interna di un'impresa privata può invece costituire una discriminazione indiretta ai sensi dell'art. 2, par. 2, lett. b., della direttiva n. 2000/78/Ce, qualora venga dimostrato che l'obbligo apparentemente neutro da essa previsto comporta, di fatto, un particolare svantaggio per le persone che aderiscono ad una determinata religione o ideologia, a meno che esso sia oggettivamente giustificato da una finalità legittima, come il perseguimento, da parte del datore di lavoro, di una politica di neutralità politica, filosofica e religiosa nei rapporti con i clienti, e che i mezzi impiegati per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari, circostanza, questa, che spetta al giudice del rinvio verificare².

II

Corte di giustizia

Sentenza del 14 marzo 2017 in causa n. C-188/15

Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH)
c. Micropole SA, già Micropole Univers SA

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Politica sociale - Direttiva n. 2000/78/Ce - Parità di trattamento - Discriminazione basata sulla religione o sulle convinzioni personali - Requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa - Nozione - Desiderio di un cliente che le prestazioni non vengano assicurate da una dipendente che indossa un velo islamico - I pregiudizi dei clienti non devono essere assecondati dai datori di lavoro - Politiche aziendali in grado di vietare i simboli religiosi per assicurare neutralità dell'azienda.

L'art. 4, par. 1, della direttiva n. 2000/78/Ce del Consiglio del 27 novembre 2000 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, dev'essere interpretato nel senso che la volontà di un datore di lavoro di tener conto del desiderio di un cliente che i servizi di tale datore di lavoro non siano più assicurati da una dipendente che indossa un velo islamico non può essere considerata come un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa ai sensi di detta disposizione³.

¹⁻³ Le differenze culturali esistenti all'interno della società occidentale dovute all'enorme flusso di migranti provenienti da Paesi terzi pongono il problema relativo all'ostensione di simboli religiosi, come, per esempio, il velo islamico o il crocifisso considerati, da un lato, espressione di libertà costituzionalmente garantita, e, dall'altro lato, in contrasto con il principio di neutralità dello Stato (cfr. *a.* sentenza della Corte EDU del 15 febbraio 2001, *Dahlab c. Svizzera*, ricorso n. 42393/98. V. sulla particolare forza che i simboli religiosi assumono nell'ambiente scolastico con riferimento ad un'insegnante svizzera, convertitasi all'Islam, alla quale viene negata dalle autorità nazionali la possibilità di indossare il foulard durante le lezioni; *b.* sentenza della Corte EDU del 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c. Turkey*, ricorso n. 44774/98: in questo caso la controversia traeva origine dal ricorso di una studentessa turca di religione islamica, *Leyla Sahin*, iscritta dal 1999 alla Facoltà di Medicina dell'Università di Istanbul, contro il provvedimento coercitivo adottato dalle autorità disciplinari dell'istituto, con il quale le era stato interdetto l'accesso ad alcuni esami e lezioni, a causa del suo rifiuto di togliersi il velo islamico durante il loro svolgimento; *c.* la nota sentenza della Corte EDU del 18 marzo 2011, *Lautsi e altri c. Italia*, ricorso n. 30814/06, sul crocifisso nelle aule scolastiche e la bibliografia *ivi* richiamata).

Talvolta, la libertà religiosa può essere soggetta a limitazioni allo scopo di operare un equo bilanciamento degli interessi concorrenti. Nelle pronunce, sopra massimate, la Corte di giustizia, nell'interpretare la direttiva antidiscriminazione n. 2000/78/Ce (in *Guce* n. L 303 del 2000, p. 16) ha cercato di dare a risposta alle seguenti domande sul divieto di discriminazione fondata sulla religione o sulle convinzioni personali. Un datore di lavoro privato può vietare ad una dipendente di fede musulmana di indossare un velo sul luogo di lavoro? Può essere licenziata la lavoratrice perché si rifiuta di togliere il velo? Quanta diversità e pluralità una società europea aperta e pluralistica deve accettare e quanto adeguamento essa può, per contro, esigere da determinate minoranze?

La questione pregiudiziale sull'interpretazione della direttiva n. 2000/78/CE è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti la signora Samira Achbita e il Centro per le pari opportunità e la lotta al razzismo, da un lato, e, dall'altro lato, la società belga G4S Secure Solutions NV che fornisce, in particolare, servizi di ricevimento e accoglienza a clienti sia del settore pubblico sia del settore privato, per il divieto posto dalla G4S ai propri dipendenti di indossare sul luogo di lavoro segni visibili delle loro convinzioni politiche, filosofiche o religiose e di compiere qualsiasi rituale che derivi da tali convinzioni.

Presso la G4S vigeva una regola non scritta secondo la quale i dipendenti non potevano indossare sul luogo di lavoro segni visibili delle loro convinzioni politiche, filosofiche o religiose.

La signora Achbita, volendo indossare il velo islamico durante l'orario di lavoro, veniva avvertita dalla direzione aziendale che tale comportamento non sarebbe stato tollerato. Il comitato aziendale della G4S approvava così una modifica del regolamento interno, dichiarando che «è fatto divieto ai dipendenti di indossare sul luogo di lavoro segni visibili delle loro convinzioni politiche, filosofiche o religiose e/o manifestare qualsiasi rituale che ne derivi». La signora veniva successivamente licenziata e, dopo avere impugnato il licenziamento ed esaurito tutti i gradi di giudizio, si rivolgeva alla Corte di cassazione belga che soppesava il procedimento e chiedeva alla Corte di giustizia di chiarire se l'art. 2, lett. *a.*, della

direttiva n. 2000/78/Ce consideri il comportamento posto in essere dall'azienda privata di vietare il velo islamico una discriminazione diretta vietata. Ai sensi della precitata direttiva, sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'art. 1 (la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli *handicap*, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro), una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga.

La Corte di giustizia, richiamando l'art. 9 della CEDU sulla libertà di religione, le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri riaffermati nella Carta dei diritti fondamentali (in *Gu-We* n. C 303 del 2007, p. 17) ha sottolineato come l'espressione «religione» debba essere intesa in senso ampio. Nel caso di specie, la norma contenuta nel regolamento aziendale tratta in maniera identica tutti i dipendenti dell'impresa. Ne consegue che nessuna disparità di trattamento fondata sulla religione può ravvisarsi nella norma interna aziendale.

La Corte ha sottolineato che la norma aziendale potrebbe costituire una disparità di trattamento indirettamente fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, ai sensi della direttiva comunitaria, qualora fosse dimostrato che l'obbligo apparentemente neutro in essa contenuto comporti, di fatto, uno svantaggio per le persone che seguono una determinata religione o ideologia.

Non si ravvisa, a parere della Corte, neppure una discriminazione indiretta in quanto la libertà d'impresa consente al datore di lavoro di dare un'immagine neutra alla propria azienda (cfr. art. 16 della Carta).

L'interpretazione secondo la quale il perseguimento di tale finalità consente, entro certi limiti, di limitare la libertà di religione è suffragata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'art. 9 della CEDU (cfr. sentenza della Corte EDU del 15 gennaio 2013, *Eweida e altri c. Regno Unito*, CE:ECHR:2013:0115JUD004842010 nella quale la Corte EDU si è espressa su quattro diversi casi che sono stati riuniti in un unico procedimento. L'unico caso ad essere accolto è stato quello della *hostess* Eweida che avrebbe violato il «*dress-code*» imposto dalla compagnia aerea British Airways; nel rigettare il ricorso della signora Chaplin, infermiera in un ospedale inglese, la Corte ha precisato che: «The Court considers that, as in Ms Eweida's case, the importance for the second applicant of being permitted to manifest her religion by wearing her cross visibly must weigh heavily in the balance. However, the reason for asking her to remove the cross, namely the protection of health and safety on a hospital ward, was inherently of a greater magnitude than that which applied in respect of Ms Eweida. Moreover, this is a field where the domestic authorities must be allowed a wide margin of appreciation. The hospital managers were better placed to make decisions about clinical safety than a court, particularly an international court which has heard no direct evidence. It follows that the Court is unable to conclude that the measures of which Ms Chaplin complains were disproportionate. It follows that the interference with her freedom to manifest her religion was necessary in a democratic society and that there was no violation of Art».

Il fatto di vietare ai lavoratori di vestire in modo visibile segni di convinzioni politiche, filosofiche o religiose è idoneo ad assicurare la corretta applicazione di una politica di neutralità, a condizione che tale politica sia realmente perseguita in modo coerente e sistematico (cfr., in tal senso, sentenze della Corte di giustizia del 10 marzo 2009 in causa n. C-169/07, *Hartlauer*, EU:C:2009:141, annotata in questa *Rivista*, 2009, p. 247, e del 12 gennaio 2010 in causa n. C-341/08, *Petersen*, EU:C:2010:4, annotata in questa *Rivista*, 2010, p. 84). Ciò che ha messo in evidenza la Corte è che occorre limitare allo stretto necessario le restrizioni alle libertà in questione.

Nella causa n. C-188/15 la questione che si è posta è in quale misura il divieto di discriminazione in base alla religione o alle convinzioni personali posto dal diritto dell'Unione, e in particolare, dalla direttiva n. 2000/78/Ce renda illegittimo il licenziamento di una dipendente di fede musulmana per il fatto che quest'ultima rifiuti di adeguarsi alle istruzioni del datore di lavoro di un'impresa privata, la Micropole SA, che impongono di non indossare il velo o *foulard* quando si trova a contatto con i clienti dell'impresa. La signora Bougnaoui, infatti, impugnava il proprio licenziamento sostenendo che lo stesso fosse discriminatorio.

La Corte di cassazione adita in ultima istanza dalla ricorrente, unitamente all'Association de défense des droits de l'homme (ADDH) (Associazione per la tutela dei diritti dell'uomo),

sospendeva il procedimento e si rivolgeva alla Corte di giustizia per chiarire se la volontà di un datore di lavoro di considerare il desiderio di un cliente che i servizi non siano più svolti da una dipendente che indossi il velo islamico costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa ai sensi dell'art. 4, par. 1, della direttiva n. 2000/78/Ce. Tale disposizione recita che «(...) gli Stati membri possono stabilire che una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata a uno qualunque dei motivi di cui all'art. 1 non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato». La Corte ha concluso che, qualora il licenziamento della lavoratrice non si basi su una norma interna dell'azienda, la volontà del datore di lavoro di dare priorità al desiderio di un cliente di non volere avere rapporti con dipendenti che portano il velo non può essere considerato un requisito essenziale e determinante ai sensi della direttiva. In definitiva, i datori di lavoro non sono liberi di assecondare i pregiudizi dei loro clienti, ma le politiche aziendali possono vietare i simboli religiosi per assicurare la neutralità dell'azienda.

DIRITTO D'AUTORE: LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA SULLA DIFFUSIONE DI PROGRAMMI PER ELABORATORE E DI LETTORI MULTIMEDIALI SENZA L'AUTORIZZAZIONE DEL TITOLARE

I

Corte di giustizia

Sentenza del 26 aprile 2017 in causa n. C-527/15

Stichting Brein c. Jack Frederik Wullems

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Proprietà intellettuale e industriale - Direttiva n. 2001/29/Ce - Armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi - Art. 3, par. 1 - Nozione di «comunicazione al pubblico» - Vendita di un lettore multimediale *on line* - Estensioni («*add-ons*») - Pubblicità - Pubblicazione di opere senza l'autorizzazione del titolare - Accesso a siti *web* di *streaming* - Lesione di interessi legittimi dei titolari del diritto d'autore - Art. 5, par. 1 e 5 - Diritto di riproduzione - Offerta gratuita e non autorizzata di opere tutelate - Eccezioni e limitazioni - Deterioramento del supporto fisico originale della copia del programma - Divieto di consegna della copia di riserva.

La nozione di «comunicazione al pubblico», ai sensi dell'art. 3, par. 1, della direttiva n. 2001/29/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio

del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, deve essere interpretata nel senso che essa ricomprende la vendita di un lettore multimediale, come quello di cui al procedimento principale, nel quale sono state preinstallate estensioni, disponibili su internet, contenenti collegamenti ipertestuali a siti web liberamente accessibili al pubblico sui quali sono state messe a disposizione del pubblico opere tutelate dal diritto d'autore senza l'autorizzazione dei titolari di tale diritto¹.

Le disposizioni dell'art. 5, par. 1 e 5, della direttiva n. 2001/29 devono essere interpretate nel senso che atti di riproduzione temporanea, su un lettore multimediale come quello di cui al procedimento principale, di un'opera tutelata dal diritto d'autore ottenuta via streaming su un sito web appartenente a un terzo che offre tale opera senza l'autorizzazione del titolare del diritto d'autore non soddisfano i requisiti indicati nelle menzionate disposizioni².

II

Corte di giustizia

Sentenza del 12 ottobre 2016 in causa n. C-166/15

Aleksandrs Ranks, Jurijs Vasiļevičs, in presenza di: Finanšu un ekonomisko noziegumu izmeklēšanas prokuratūra, Microsoft Corp.

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Proprietà intellettuale - Diritto d'autore e diritti connessi - Direttiva n. 91/250/Cee - Art. 4, lett. a. e c. - Art. 5, par. 1 e 2 - Direttiva n. 2009/24/Ce - Art. 4, par. 1 e 2 - Art. 5, par. 1 e 2 - Tutela giuridica dei programmi per elaboratore (Microsoft) - Vendita *on line* di copie di programmi per elaboratore munite di licenza su supporti fisici non originali - Copia di riserva - *Software* per uffici tutelati dal diritto d'autore - Modalità di realizzazione di una copia di riserva di un programma per *computer* - Supporto fisico originale danneggiato, distrutto o smarrito - Esaurimento del diritto di distribuzione - Diritto esclusivo di riproduzione - Autorizzazione del titolare del diritto.

Gli artt. 4, lett. a. e c., e 5, par. 1 e 2, della direttiva n. 91/250/Cee del Consiglio del 14 maggio 1991, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, devono essere interpretati nel senso che, sebbene l'acquirente iniziale della copia di un programma per elaboratore accom-

*pagnata da una licenza d'uso illimitata abbia il diritto di vendere d'occasione tale copia e la sua licenza a un subacquirente, egli non può, per contro, allorché il supporto fisico originale della copia che gli è stata inizialmente consegnata è deteriorato, distrutto o smarrito, fornire a tale subacquirente la sua copia di riserva senza l'autorizzazione del titolare del diritto*³.

¹⁻³ Nella causa n. C-527/15 la Corte di giustizia è intervenuta nuovamente sulla nozione di «comunicazione al pubblico». Non è la prima volta, infatti, che la Corte di giustizia si occupa di problematiche legate alla legittimità dei *link* nell'ambito della tutela del diritto d'autore: nelle sentenze *Svensson e a.* (in causa n. C-466/12, EU:C:2014:76), nonché nell'ordinanza *BestWater International* (in causa n. C-348/13, EU:C:2014:2315) la Corte si era pronunciata sul collocamento di collegamenti ipertestuali verso opere che erano state rese liberamente disponibili su un altro sito internet con il consenso del titolare. In tali occasioni, la Corte aveva concluso che non sussisteva una comunicazione al pubblico in quanto l'atto di comunicazione in questione non era rivolto a un pubblico nuovo. Nella recente sentenza *GS Media BV* dell'8 settembre 2016 in causa n. C-160/15 la Corte ha poi individuato i criteri per configurare una comunicazione, ai sensi della direttiva n. 2001/29/Ce, quando essa si inserisce in una pagina *web* di un collegamento ipertestuale verso altre pagine o altri siti in cui vengono mostrati contenuti digitali senza l'autorizzazione dei rispettivi titolari, ai quali l'utente accede semplicemente attivando detto collegamento.

La questione pregiudiziale sull'interpretazione della direttiva n. 2001/29/Ce sul diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione (in *Guce* n. L 167 del 2001, p. 10) è stata introdotta nell'ambito di una controversia tra la Stichting Brein, una fondazione che tutela gli interessi dei titolari del diritto d'autore, e il signor Jack Frederik Wullems, per aver questi venduto un lettore multimediale che consente di avere libero accesso a opere audiovisive protette dal diritto d'autore senza l'autorizzazione dei titolari di tale diritto.

Su tale lettore il signor Wullems aveva installato un *software open source* che consentiva di aprire *file* in un'interfaccia facile da utilizzare tramite strutture di menù e vi inseriva alcune estensioni (*add-ons*) disponibili su internet, alcune delle quali rinviavano specificamente a siti *web* nei quali erano messe a disposizione degli utenti opere protette senza l'autorizzazione dei titolari del diritto d'autore. Il signor Wullems, inoltre, pubblicizzava i propri prodotti nel senso che i lettori multimediali «filmspeler», consentivano di guardare gratuitamente materiale audiovisivo disponibile su internet senza l'autorizzazione dei titolari del diritto d'autore.

Il giudice del rinvio, dinanzi al quale il ricorrente si è rivolto, ha adito la Corte di giustizia per chiarire la nozione di «comunicazione al pubblico». In sostanza, è stato chiesto alla Corte se tale nozione possa ricomprendere la vendita di un lettore multimediale nel quale sono state preinstallate estensioni, disponibili su internet, contenenti collegamenti ipertestuali a siti *web* liberamente accessibili al pubblico sui quali sono state messe a disposizione del pubblico opere tutelate dal diritto d'autore senza l'autorizzazione dei titolari del diritto stesso. La Corte ha precisato come la direttiva n. 2001/29/Ce abbia come obiettivo principale la realizzazione di un livello elevato di protezione a favore degli autori e che la nozione di comunicazione al pubblico deve essere interpretata in senso ampio (cfr. sentenze del 31 maggio 2016 in causa n. C-117/15, *Reha Training*, EU:C:2016:379 e dell'8 settembre 2016 in causa n. C-160/15, *GS Media*, EU:C:2016:644, annotata in questa *Rivista*, 2016, p. 513). La vendita di un lettore multimediale, come quello di cui al procedimento principale, configura un «atto di comunicazione», ai sensi dell'art. 3, par. 1, della direttiva n. 2001/29/Ce: la fornitura di tali prodotti consente, grazie alle estensioni nello stesso preinstallate, di avere accesso, attraverso strutture di menù, ai collegamenti che contengono le estensioni di cui sopra, le quali, in seguito all'attivazione tramite il telecomando del lettore multimediale, offrono ai suoi utenti un accesso diretto alle opere tutelate pubblicate senza l'autorizzazione dei titolari del diritto d'autore. Le opere, inoltre, essendo state comunicate ad un numero considerevole di soggetti sono effettivamente comunicate al pubblico ai sensi della direttiva.

Infine, la Corte ha precisato che gli atti di riproduzione temporanea, su un lettore multi-

mediale come quello venduto dal signor Wullems, di un'opera tutelata dal diritto d'autore ottenuta via *streaming* su un sito *web* appartenente a un terzo che offre tale opera senza l'autorizzazione del titolare del diritto d'autore non soddisfano quanto prescritto all'art. 5, par. 1 e 5, della direttiva ai sensi del quale: «1. Sono esentati dal diritto di riproduzione di cui all'art. 2 gli atti di riproduzione temporanea di cui all'art. 2 privi di rilievo economico proprio che sono transitori o accessori, e parte integrante e essenziale di un procedimento tecnologico, eseguiti all'unico scopo di consentire: a) la trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario o b) un utilizzo legittimo di un'opera o di altri materiali. (...) 5. Le eccezioni e limitazioni di cui ai par. 1, 2, 3 e 4 sono applicate esclusivamente in determinati casi speciali che non siano in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechino ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare».

Nella causa n. C-166/15 il giudice del rinvio, la Corte regionale di Riga (il Collegio degli affari penali, Lettonia), ha posto alla Corte di giustizia due questioni pregiudiziali sull'interpretazione degli artt. 4 e 5 della direttiva n. 2009/24/Ce sulla tutela giuridica dei programmi per elaboratore (in *Guce* n. L 111 del 2009, p. 16) nell'ambito di un procedimento penale avviato contro i signori Aleksandrs Ranks e Jurijs Vasilevičs per la presunta violazione dei diritti d'autore della Microsoft Corporation in seguito alla vendita di copie di programmi per elaboratore incorporate in un supporto materiale diverso dal supporto materiale d'origine.

I signori Ranks e Vasilevičs venivano condannati per aver venduto illegalmente in un mercato *online* diversi programmi per elaboratore editi dalla Microsoft Corp., come talune versioni del programma Microsoft Windows e del *software* per ufficio Microsoft Office, tutelati dal diritto di autore.

I ricorrenti impugnavano, dunque, la sentenza di condanna dinanzi al Senato della Corte suprema della Lettonia che annullava la sentenza della Corte regionale di Riga e rinviava il procedimento dinanzi al giudice del riesame che decideva di sospenderlo e di rivolgersi alla Corte di giustizia.

In sostanza, è stato chiesto alla Corte di giustizia se l'acquirente della copia di un programma per elaboratore d'occasione, registrata su un supporto fisico non originale, possa, in applicazione della regola dell'esaurimento del diritto di distribuzione del titolare del diritto, vendere tale copia allorché, da un lato il supporto fisico originale di tale programma, consegnato all'acquirente iniziale, sia stato deteriorato e, dall'altro, tale acquirente iniziale abbia cancellato il proprio esemplare di tale copia o abbia cessato di utilizzarlo. Ai sensi dell'art. 4, lett. c., di tale direttiva, la prima vendita di una copia di un programma per elaboratore nell'Unione, da parte del titolare del diritto d'autore o con il suo consenso, esaurisce il diritto di distribuzione della copia stessa nell'Unione (sull'esaurimento del diritto di distribuzione della copia di un programma per elaboratore cfr. sentenze del 12 settembre 2006 in causa n. C-479/04, *Laserdisken*, nonché del 22 gennaio 2015 in causa n. C-419/13, *Art & Allposters International*, EU:C:2015:27).

Ne consegue che la Microsoft, che ha venduto, all'interno dell'Unione, la copia di un programma per elaboratore su un supporto fisico, come un CD-ROM o un DVD-ROM, accompagnata da una licenza d'uso illimitata del programma stesso, non può opporsi alle vendite successive da parte dell'acquirente iniziale o degli acquirenti successivi, malgrado l'esistenza di disposizioni contrattuali che vietino qualsiasi cessione successiva (cfr., in tal senso, sentenza del 3 luglio 2012 in causa n. C-128/11, *UsedSoft*, EU:C:2012:407).

Il caso di specie, però, fa riferimento alla vendita della copia di un programma per elaboratore d'occasione, registrata su un supporto fisico non originale, da parte di un soggetto che l'ha acquistato presso l'acquirente iniziale o un acquirente successivo.

L'art. 5, par. 2, della direttiva n. 91/250/Ce statuisce che il contratto non può impedire ad una persona abilitata ad usare il programma e farne una copia di riserva qualora tale uso lo richieda. La realizzazione di una copia di riserva di un programma per elaboratore è subordinata a due condizioni: la copia deve essere effettuata da una persona avente il diritto di usare tale programma ed essere necessaria a tale uso.

Ne consegue che una copia di riserva di un programma per elaboratore può essere effettuata e utilizzata solo per rispondere alle necessità di colui che ha il diritto di usare tale programma e che, quindi, tale persona non può usare tale copia – malgrado abbia deteriorato, distrutto o smarrito il supporto fisico originale del programma – per la vendita di tale programma d'occasione a terzi.

La Corte ha perciò concluso che l'acquirente iniziale della copia di un programma per elaboratore seguita da una licenza d'uso illimitata ha il diritto di vendere tale copia unitamente alla sua licenza a un subacquirente, ma non può fornire a quest'ultimo la propria copia di riserva senza l'autorizzazione del titolare del diritto qualora il supporto fisico originale della copia che gli è stata inizialmente consegnata sia deteriorato, distrutto o smarrito.

LA COMPAGNIA AEREA, SENZA LA PROVA CHE I PASSEGGERI SIANO STATI INFORMATI DELLA CANCELLAZIONE DEL VOLO, È TENUTA A RISARCIRE IL DANNO AI SENSI DEL REGOLAMENTO (CE) N. 261/2004

Corte di giustizia

Sentenza dell'11 maggio 2017 in causa n. C-302/16

Bas Jacob Adriaan Krijgsman c. Surinaamse Luchtvaart Maatschappij NV

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Trasporti aerei - Regolamento (Ce) n. 261/2004 - Art. 5, par. 1, lett. c. - Risarcimento - Assistenza ai passeggeri in caso di cancellazione del volo - Obbligo di compensazione - Esenzione - Contratto di trasporto stipulato tramite un'agenzia di viaggi *on-line* - Informazione all'agenzia viaggi e al passeggero - Agente di viaggio che ha trasmesso detta informazione a un passeggero mediante posta elettronica dieci giorni prima del volo - Onere della prova - Mancanza della prova dell'effettiva informazione - Obbligo del risarcimento.

L'art. 5, par. 1, lett. c., e l'art. 7 del Regolamento (Ce) n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 febbraio 2004, che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il Regolamento (Cee) n. 295/91, devono essere interpretati nel senso che il vettore aereo operativo è tenuto a pagare la compensazione pecuniaria di cui a tali disposizioni in caso di cancellazione del volo che non è stata oggetto di una comunicazione ai passeggeri almeno due settimane prima dell'orario di partenza previsto, anche qualora tale vettore abbia informato di tale cancellazione, almeno due settimane prima di tale orario, l'agente di viaggio tramite il quale il contratto di trasporto è stato stipulato con il passeggero interessato e quest'ultimo non sia stato informato da tale agente entro detto termine¹.

¹ La questione pregiudiziale sull'interpretazione del Regolamento (Ce) n. 261/2004 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 (in *Guce* n. L 46 del 2004,

p. 1) è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, il signor Bas Jacob Adriaan Krijgsman, e, dall'altro lato, il vettore aereo Surinaamse Luchtvaart Maatschappij NV per il rifiuto di quest'ultimo di riconoscere al signor Krijgsman una compensazione pecuniaria per la cancellazione del suo volo.

L'art. 5, par. 1 e 4, del Regolamento prevede che, in caso di cancellazione del volo, ai passeggeri interessati spetti una compensazione pecuniaria dal vettore a meno che i passeggeri siano stati informati della cancellazione del volo almeno due settimane prima dell'orario di partenza previsto. L'onere della prova riguardo all'informazione ricevuta incombe al vettore aereo operativo. Il ricorrente prenotava tramite un'agenzia *on line* un volo di andata e ritorno da Amsterdam Schipol (Paesi Bassi) a Paramaribo (Suriname). Successivamente, l'agenzia viaggi informava il viaggiatore dell'annullamento del proprio volo. Il signor Krijgsman conveniva in giudizio la compagnia aerea chiedendo il risarcimento dei danni. Il Tribunale dei Paesi Bassi settentrionali sospendeva il procedimento e si rivolgeva alla Corte di giustizia per chiarire i requisiti formali e sostanziali della comunicazione prevista all'art. 5, par. 1, lett. c., del Regolamento (Ce) n. 261/2004 nell'ipotesi in cui il contratto di trasporto sia stato stipulato da un'agenzia di viaggi o la prenotazione sia stata effettuata *on line*.

La Corte di giustizia ha concluso affermando che il vettore aereo che non è in grado di fornire la prova che il passeggero era stato informato della cancellazione del volo almeno due settimane prima dell'orario di partenza previsto è obbligato a risarcire il danno al passeggero ai sensi del Regolamento. E ciò vale sia per il contratto concluso direttamente con il vettore aereo, sia per quello concluso con un'agenzia di viaggi *on line*, in quanto il vettore aereo è l'unico responsabile della compensazione dei passeggeri per l'inadempimento degli obblighi derivanti dal Regolamento (Ce) n. 261/2004. Sarà poi il vettore aereo che, eventualmente, potrà rivalersi, secondo la normativa applicabile, sull'agenzia viaggi che non ha operato correttamente l'informazione dovuta.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

IL CONSIGLIO DI STATO – SULLA BASE DI UNA DECISIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA – CONDANNA L'AMMINISTRAZIONE AL RISARCIMENTO DEL DANNO RIFORMANDO LA SENTENZA DEL TAR DEL LAZIO CHE AVEVA INDEBITAMENTE RITENUTO LEGITTIMO UN PROVVEDIMENTO NAZIONALE RESTRITTIVO DELLA LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE MERCI

**Consiglio di Stato, sezione III
Sentenza del 22 settembre-24 novembre 2016 n. 4954***

Presidente, Lipari - Relatore, Ungari

Beca Engineering Srl c. Ministero dell'Interno e altri

Regole tecniche derivate dal dlgs n. 152/2006 (Codice dell'Ambiente) - Incompatibilità delle predette regole tecniche con la direttiva n. 98/34/Ce e loro disapplicazione - Domanda di risarcimento del danno - Accoglimento della domanda di risarcimento del danno subito dall'operatore costretto ad osservare le norme tecniche illegittime.

Le disposizioni in materia ambientale contenute nella parte II dell'Allegato IX alla parte V del dlgs del 3 aprile 2006, n. 152 («Codice del-

* Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it. In argomento, v. *infra*, p. 141 ss., il commento di ANTONIO ODDO.

l'ambiente») costituiscono «regole tecniche» ai sensi dell'art. 1, punti 3 e 11 della direttiva n. 98/34/Ce.

Pertanto, la compatibilità e la legittimità delle suddette disposizioni rispetto al diritto dell'Unione deve essere valutata – con riferimento anche alla «regola tecnica» che impone il requisito della «incombustibilità» dei materiali per camini – alla luce della direttiva n. 98/34/Ce e non già alla luce della direttiva n. 89/106/Cee, in quanto i «materiali da costruzione» che sono oggetto delle prescrizioni medesime – e che sono costituiti da guaine termoindurenti per canne fumarie, non rientrano nell'oggetto della disciplina di quest'ultima direttiva. Ne deriva che tali «materiali» devono essere disciplinati secondo prescrizioni nazionali conformi agli obblighi derivanti dal Trattato, ivi compreso anche l'obbligo di applicazione della direttiva n. 98/34/Ce.

Da quanto sopra consegue che le disposizioni del «Codice dell'ambiente» sopra individuate risultano – ai sensi e per gli effetti dell'art. 8, par. 1, comma 1 della direttiva n. 98/34/Ce – inapplicabili poiché non sono state «notificate» da parte dello Stato italiano alla Commissione europea prima della loro adozione.

La circostanza che le medesime disposizioni – tra le quali anche quella relativa al requisito della «incombustibilità» dei materiali per i camini negli impianti termici civili – siano state successivamente modificate (con la l. n. 161/2014) e notificate alla Commissione europea non può rendere retroattivamente legittimo il provvedimento impugnato dovendosi riferire ogni valutazione di legittimità alla data dei fatti e degli atti che hanno dato luogo al procedimento di impugnazione.

Da quanto sopra deriva altresì che la disposizione nazionale relativa al requisito in questione deve considerarsi non soltanto non applicabile ma anche non «opponibile» all'appellante quale soggetto direttamente interessato alla disapplicazione della suddetta disposizione, cosicché il provvedimento amministrativo che abbia applicato la disposizione medesima deve essere considerato privo di base giuridica (tamquam non esset) e tale, dunque, da non potere essere imposto al suo destinatario ricorrente in appello.

Conseguentemente, deve essere riformata la sentenza appellata nel senso di accogliere la domanda di annullamento del provvedimento illegittimamente adottato e deve essere accolta la domanda risarcitoria con riferimento agli effetti dell'imposizione di una prescrizione tecnica costituita da «regola tecnica» da disapplicare ed agli effetti del correlativo divieto di commercializzare il prodotto de quo. Tale domanda risarcitoria deve essere valutata con riferimento agli effetti del danno commerciale

subito durante tutto il periodo di vigenza del suddetto divieto illegittimo.

È, infatti, da ritenersi sussistente nella fattispecie in oggetto sia l'elemento oggettivo dell'illecito sul piano del nesso di causalità tra il provvedimento impugnato ed il danno illegittimamente arrecato, sia l'elemento soggettivo dell'illecito stesso sotto il profilo della «colpa grave». Sotto quest'ultimo profilo, infatti, l'amministrazione pubblica che ha emanato il provvedimento de quo non può invocare la scusante della «difficile interpretazione» quando si tratti di giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea che – in materia di condizioni di validità e di efficacia delle «regole tecniche» nell'Unione europea – doveva essere considerata ufficialmente nota sia per le procedure in corso sia anche in quanto affermata e consolidata già a partire dagli anni Novanta (con la direttiva n. 83/189/Cee) in modo costante, uniforme consolidato.

IL CONSIGLIO DI STATO NEL DARE ATTUAZIONE AD UNA DECISIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA CONDANNA LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE AL RISARCIMENTO DEI DANNI PER VIOLAZIONE DELLA DIRETTIVA N. 98/34/CE IN MATERIA DI OSTACOLI TECNICI AL COMMERCIO

Sommario: **I.** Premesse - **II.** L'ordinanza della Corte di giustizia pronunciata in seguito alla domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Consiglio di Stato - **III.** La materia del contendere e le ragioni del contenzioso - La posizione della giurisdizione amministrativa italiana - **IV.** La «questione pregiudiziale» proposta dal Consiglio di Stato e le «osservazioni» delle «parti» - **V.** Le ragioni sottostanti alla formulazione della questione pregiudiziale secondo l'ordinanza del Consiglio di Stato per la rimessione in Corte e la sospensione del procedimento - **VI.** La posizione assunta dalla Corte in merito al potere del giudice di determinare le questioni da sottoporre alla Corte medesima - L'ampio margine di valutazione comunque spettante alla Corte ai fini interpretativi - Conseguenze - **VII.** L'analisi normativa condotta dalla Corte rispetto al parametro valutativo offerto dalla direttiva n. 89/106/Cee per la specifica materia del contendere - La conclusione negativa e le sue motivazioni - **VIII.** L'applicabilità della direttiva n. 98/34/Ce al caso specifico in esame - La qualifica delle prescrizioni legislative nazionali come «regole tecniche» da notificare alla Commissione in conformità alla direttiva - Portata e conseguenze della omissione di «notifica» - **IX.** Le conclusioni della Corte di giustizia ed i diritti dei «singoli» dinanzi al giudice nazionale per la disapplicazione delle «regole tecniche» non notificate - **X.** La sentenza del Consiglio di Stato - **XI.** Considerazioni conclusive.

I. Premesse

Il Consiglio di Stato, con la sentenza sopra riportata, ha dato attuazione all'ordinanza del 21 aprile 2016 emessa dalla Corte di giustizia in causa n. C-285/15 (*Beca Engineering Srl c. Ministero dell'Interno*) con la quale era stata fornita l'interpretazione della direttiva n. 98/34/Ce in materia di ostacoli tecnici agli scambi, applicabile nella fattispecie di causa.

Per una migliore comprensione del contenuto e della portata della sentenza del Consiglio di Stato, riteniamo necessario esaminare prima le vicende giudiziarie così come si sono svolte, inizialmente, davanti ai giudici amministrativi italiani e, successivamente, davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea, fino all'emissione dell'ordinanza in precedenza citata.

Al termine verrà presa in esame e commentata la sentenza del Consiglio di Stato sopra riportata.

II. L'ordinanza della Corte di giustizia pronunciata in seguito alla domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Consiglio di Stato

La Corte di giustizia è stata richiesta di intervenire nella presente causa, a seguito di una domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Consiglio di Stato.

Poiché il punto di diritto, affrontato nella causa, era già stato oggetto di esame da parte della Corte di giustizia, in altre cause risolte con sentenze costituenti una giurisprudenza da considerare ormai consolidata, la stessa Corte di giustizia si è limitata a decidere la presente causa con una ordinanza, invece che con una sentenza.

La domanda di pronuncia pregiudiziale, nella causa qui esaminata, è stata presentata nel contesto di una controversia tra la Beca Engineering Srl ed il Ministero dell'Interno, relativamente ad un provvedimento di quest'ultimo che ha limitato – anche con provvedimenti temporanei di divieto – la commercializzazione e la installazione di talune categorie di guaine termoindurenti per camini. Tali limitazioni e divieti sono stati basati su prescrizioni tecniche contenute nel «Codice dell'ambiente» italiano, (con particolare riguardo alla parte II dell'Allegato IX alla parte V) e già oggetto di una sentenza della Corte di giustizia del 18 ottobre 2012 in causa n. C-385/10, *Elenca* (EU:C:2012:634), pronunciata in occasione di una domanda di pronuncia pregiudiziale anch'essa presentata dal Consiglio di Stato italiano nell'ambito di una controversia vertente su prodotti dello stesso genere (sempre «guaine gonfiabili per camini e canne fumarie») di quello considerato nell'«ordinanza» qui commentata.

Le prescrizioni tecniche nazionali al centro della questione hanno infatti imposto che «gli impianti installati o che hanno subito una modifica relativa ai camini successivamente all'entrata in vigore della parte quinta del [codice dell'ambiente] devono essere dotati di camini realizzati con prodotti su cui sia stata apposta la marcatura "CE". In particolare, tali camini devono (...)

essere realizzati con materiali incombustibili» (punto 2.7. della parte II dell'Allegato IX alla parte V del succitato «Codice dell'ambiente»).

Da qui, pertanto, a fronte di prescrizioni tecniche del tenore di quelle qui sopra riportate e di una circolare (n. 4853/2009) del Ministero dell'Interno basata sulle medesime prescrizioni, l'impugnazione della circolare stessa da parte della Società interessata (Elenca Srl) prima presso il TAR del Lazio (che ha dichiarato inammissibile il ricorso) e, poi, presso il Consiglio di Stato con relativa proposta di questione pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Tale questione ha riguardato l'incompatibilità delle prescrizioni *de quibus* con il diritto comunitario costituito dalla direttiva n. 89/106/Cee e dagli artt. 34 e 37 TFUE, in quanto secondo la prospettazione della ricorrente Elenca, «subordinare la possibilità di commercializzazione di un prodotto proveniente da un altro Stato membro dell'Unione europea (nella specie l'Ungheria) ad un requisito tecnico, ossia l'apposizione della marcatura CE, al quale non è possibile ottemperare, in quanto non esiste allo stato una corrispondente norma armonizzata, ne impedisce di fatto la possibilità di importazione e distribuzione».

Da qui, ancora, la conseguente ed inevitabile – nel quadro complessivo del diritto comunitario vigente ed applicabile – pronuncia della Corte con la sentenza del 18 ottobre 2012 con la quale si è statuito, sotto il primo profilo, che la direttiva n. 89/106/Cee «deve essere interpretata nel senso che essa osta a prescrizioni nazionali che subordinano d'ufficio la commercializzazione di prodotti da costruzione (...)» all'apposizione della «*marcatura CE*» e, sotto un secondo profilo, che «gli articoli 34 TFUE-37 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano a prescrizioni nazionali che subordinano d'ufficio la commercializzazione di prodotti da costruzione, quali quelli di cui trattasi nel procedimento principale, provenienti da un altro Stato membro, all'apposizione della marcatura CE».

Il Consiglio di Stato italiano prendeva dunque atto dell'esito interpretativo delle «questioni pregiudiziali» che erano state sottoposte alla Corte e che avevano comportato la sospensione del procedimento, così da statuire conseguentemente, a sua volta, con la sentenza n. 0614/2013, che la impugnata circolare del Ministero dell'Interno costituiva un provvedimento che «si manifesta illegittimo per contrasto con i principi e la normativa comunitaria, dovendosi disapplicare il D.Lgs. 152 del 2006 nelle parti richiamate dalla circolare stessa (...)» e doveva, pertanto, essere annullata.

III. La materia del contendere e le ragioni del contenzioso - La posizione della giurisdizione amministrativa italiana

Poiché, dunque, le «parti» del «Codice dell'ambiente» (il dlgs n. 152/2006, appunto) che sono *richiamate* da tale circolare corrispondevano a quelle (parte II dell'Allegato IX alla parte V del medesimo «Codice») con le quali si disciplinano le prescrizioni tecniche che sono state considerate disapplicabili sia con la sentenza della Corte sia con la conseguente sentenza del Consiglio di Stato – e corrispondevano anche a quelle che sono state poste alla base del provvedimento interdittivo del commercio dei prodotti (anche) della Beca Engineering – quest'ultima ha fondatamente proposto ricorso dinanzi al Tribunale Amministrativo regionale per il Lazio. Con tale ricorso si chiedeva, infatti, l'annullamento del provvedimento interdittivo della commercializzazione e dell'installazione dei prodotti della medesima Beca Engineering che, peraltro, risultavano essere legalmente fabbricati e commercializzati in più Stati membri, tra cui la Francia, l'Olanda, il Belgio e la Finlandia, oltre che in altri Stati facenti parti dello Spazio Economico Europeo o, comunque, legati da accordi di libero scambio con la UE (tra cui la Svizzera).

A sostegno del proprio ricorso, che è stato mirato oltre che all'annullamento del suddetto provvedimento del Ministero dell'Interno anche all'accertamento del diritto al risarcimento dei danni subiti, la Beca Engineering ha addotto tra le principali motivazioni il diritto alla disapplicazione diretta, *ex officio*, da parte del Ministero dell'Interno, prima, e poi, del giudice nazionale del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, delle norme del dlgs n. 152/2006 (il «Codice dell'ambiente», sempre con riferimento all'art. 285 e alla parte II dell'IX alla parte V del relativo decreto) per il contrasto con il diritto comunitario che è costituito dalle pertinenti direttive europee e dagli artt. 34 e 37 del Trattato. Tale contrasto è infatti determinato, per i prodotti *de quibus*, dall'imposizione dell'obbligo della «marcatura CE» e del requisito di incombustibilità dei materiali, come confermato, in particolare dall'esito del contenzioso *Elenca S.r.l. c. Ministero dell'Interno* e dalle questioni pregiudiziali precedentemente poste per gli stessi aspetti alla Corte di giustizia nonché pure precedentemente condivise dal Consiglio di Stato.

Occorre peraltro rilevare come, già a quel tempo, risultasse pendente nei confronti dello Stato italiano la procedura di infrazione n. 2008/4541 instaurata dalla Commissione europea per violazione del diritto comunitario derivante dalla omessa «notifica» – in conformità alla direttiva n. 98/34/Ce – delle «regole tecniche» costituite sempre dalle prescrizioni contenute nella parte II dell'All. IX alla parte V che sono state qui più volte richiamate, in quanto prescrizioni (*rectius*: «regole») tecniche poste alla base di tutti gli atti

(«circolari» e specifici provvedimenti interdittivi del commercio e dell'installazione dei prodotti oggetto di impugnazione con i ricorsi, rispettivamente e successivamente) di Elenca e di Beca Engineering.

Nonostante tutto quanto sopra, tuttavia, con la sentenza del 28 marzo 2014 il Tribunale Amministrativo regionale per il Lazio ha respinto il ricorso della Beca Engineering sulla base fondamentalmente del motivo secondo il quale le prescrizioni tecniche nazionali del «Codice dell'ambiente» poste alla base del provvedimento del Ministero dell'Interno con il quale si è vietato il commercio e l'installazione dei prodotti della Beca Engineering medesima dovevano considerarsi pienamente legittime ed applicabili nel contesto sia della direttiva n. 89/106/Cee sui materiali da costruzione sia dell'art. 36 del TFUE. Più precisamente, infatti, al riguardo, il medesimo Tribunale Amministrativo regionale ha incentrato la propria motivazione del rigetto del ricorso sull'argomentazione secondo la quale «in coerenza con i dettati della normativa comunitaria applicabile al caso di specie ed in applicazione delle disposizioni legislative e regolamentari del diritto interno risultano essere del tutto ammissibili e giustificabili tutti gli accertamenti tecnici richiesti dall'Amministrazione resistente per la vendita e la commercializzazione dei prodotti oggetto della presente controversia».

Per quanto riguarda poi la rilevanza, per la decisione del caso in esame relativo alla Beca Engineering, del "precedente" costituito dalla sentenza della Corte di giustizia del 18 ottobre 2012 nel caso *Elenca Srl c. Ministero dell'Interno* che la medesima Corte ha ritenuto con la propria «ordinanza» doversi considerare fondamentale in presenza di «questione pregiudiziale» sostanzialmente «identica», il Tribunale Amministrativo del Lazio ha ritenuto, invece, del tutto al contrario, che «alla luce delle considerazioni (...) la definizione del ricorso proposto dall'attuale ricorrente non può essere affatto influenzata dai precedenti giurisprudenziali invocati o supposti tali nel corso del giudizio». Merita di rilevare ancora come nel corso del suddetto giudizio la ricorrente Beca Engineering avesse allegato precedenti di giurisprudenza della Corte a supporto di tutti i motivi di impugnazione, ivi compresi quelli relativi al «mutuo riconoscimento» dei requisiti di sicurezza dei prodotti legalmente fabbricati e commercializzati nell'Unione europea sulla base di «certificazioni» rilasciate da organismi pubblici e privati riconosciuti e «accreditati» nei rispettivi Stati membri dell'Unione europea e dello Spazio Economico Europeo nonché degli Stati contraenti in specifici accordi internazionali.

Ma, al riguardo, di quest'ultimo diritto – quantomeno sul piano dei principi ex artt. 34 e 36 TFUE - al «mutuo riconoscimento»¹, il medesimo

¹ Per la giurisprudenza della Corte sul «mutuo riconoscimento» v., *ex multis*, per la specifica puntualità, sentenze 10 novembre 2005 in causa n. C-432/03, *Commissione c. Repubblica*

Tribunale Amministrativo regionale opponeva semplicemente che il Ministero nazionale si era trovato a «valutare il requisito della incombustibilità secondo prove effettuate da organismi stranieri (...)» (*sic!*), cosicché «risultava conforme e proporzionato alla direttiva comunitaria in vigore – poiché coerente con gli interessi nazionali della sicurezza, dell'ambiente e della pubblica incolumità secondo le regole di costruzione vigenti nell'ambito interno, il comportamento adottato dal Ministero dell'interno - Dipartimento dei Vigili del Fuoco, Direzione centrale per la prevenzione e la sicurezza tecnica».

Sulla base, pertanto, di tutto quanto sopra, il Tribunale nazionale in questione ovviamente concludeva nel senso che «per tutte le ragioni sopra citate, il Collegio respinge il ricorso perché infondato».

La Beca Engineering, dunque, non poteva che appellare la citata sentenza dinanzi al Consiglio di Stato rinnovando tutte le argomentazioni già proposte in primo grado, salvo aggiungere e precisare al contempo che uno dei prodotti di cui era stata interdetta, con il provvedimento impugnato, la commercializzazione ed installazione – il sistema "FITFIRE" – aveva, nel frattempo, comunque ottenuto la «marcatura CE», a seguito del conseguimento del pur volontario e facoltativo «benestare tecnico europeo» ex art. 8 della direttiva n. 89/106/Cee. Inoltre, sia quest'ultimo sia l'altro prodotto (il sistema «HT 1000») continuavano ad essere liberamente commercializzati negli Stati membri dell'Unione europea già prima indicati, sulla base di principi di diritto comunitario applicati in quei Paesi ma disapplicati, come qui prima evidenziato, dallo Stato italiano attraverso gli stessi giudici nazionali, oltre che da parte della pubblica amministrazione che ha adottato il provvedimento *de quo*.

IV. La «questione pregiudiziale» proposta dal Consiglio di Stato e le «osservazioni» delle «parti»

Il Consiglio di Stato, quale organo giudiziario di ultima istanza per la controversia qui commentata, riteneva, da un lato, che la motivazione esposta dal Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio fosse condivisibile e dovesse, pertanto, essere sostanzialmente confermata, mentre,

portoghese, in *Raccolta*, 2005, I, p. 9665, EU:C:2005:669; 7 giugno 2006 in causa n. C-254/05, *Commissione c. Regno del Belgio*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 4269, EU:C:2007:319; 8 maggio 2003 in causa C-14/02, *ATRAL SA c. Stato belga*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 4431, EU:C:2003:265; 30 novembre 1983 in causa n. 227/82, *Van Bennekom*, in *Raccolta*, 1983, p. 3883, punto 40, EU:C:1983:354 e 13 marzo 1997 in causa n. C-358/95, *Morellato*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 1431, punto 14, EU:C:1997:149, annotata in questa *Rivista*, 1997, p. 492.

dall'altro lato, a fronte delle «questioni pregiudiziali» sollevate e proposte in modo articolato e sistematico dalla Beca Engineering, il medesimo Consiglio di Stato riteneva che, per pronunciarsi sulla impugnazione, fosse necessario risolvere pregiudizialmente una delle suddette questioni. A questo specifico riguardo, infatti, il suddetto organo giudiziario considerava necessario «determinare se la disposizione di cui trattasi, che prescrive l'incombustibilità, per quanto concerne i materiali con cui devono essere realizzati i camini, costituisca una «regola tecnica» che pone un limite alla commercializzazione dei materiali da costruzione, da notificare quindi alla Commissione».

In tale contesto, pertanto, è stato sospeso il procedimento ed è stata sottoposta alla Corte la seguente questione pregiudiziale: «Se la direttiva [89/106] osta a che i camini debbano essere realizzati con materiali incombustibili, secondo quanto previsto dalla disposizione contenuta nell'Allegato IX alla Parte Quinta, Parte II, del decreto legislativo [del] 3 aprile 2006, n. 152, riguardante gli "Impianti termici civili", che non è stata oggetto di notifica».

A questo punto occorre rilevare come sia la Beca Engineering sia la Commissione europea abbiano nel corso del procedimento «osservato» con le rispettive memorie ritualmente depositate che, a fronte dei vari profili di diritto comunitario connessi alla «materia del contendere», la formulazione del quesito adottata dallo Stato italiano risultasse inadeguata in quanto troppo riduttiva rispetto alla portata delle questioni che erano state sollevate nel corso del procedimento principale. Tali questioni avevano riguardato, infatti, non soltanto la direttiva n. 89/106/Cee e la direttiva n. 98/34/Ce, ma anche i principi di diritto comunitario – con particolare riferimento al «mutuo riconoscimento» – che sono desumibili dagli artt. 34 e 36 TFUE, in quanto tutti convergenti – direttive e principi del Trattato, pur sotto svariati profili – nella direzione della disapplicabilità delle «regole tecniche» contenute nella parte II dell'Allegato IX alla parte V del «Codice dell'ambiente», con riguardo agli impianti termici civili e riferibili a prodotti legalmente fabbricati e commercializzati in altri Stati membri.

Anche la Commissione – da parte sua – e non soltanto, dunque, la Beca Engineering, ha ritenuto che la «questione pregiudiziale» proposta dal Consiglio di Stato italiano dovesse essere riformulata e diversamente articolata in rapporto alle altre e non meno importanti «questioni» da proporre e da risolvere interpretativamente agli effetti dell'applicazione in concreto del diritto comunitario. Tali esigenze si manifestavano, infatti, a fronte, in particolare, di una (eventuale) «regola tecnica» non notificata conformemente alla direttiva n. 98/34/Ce, nonché a fronte della possibilità, che l'art. 34 del Trat-

tato «osti» a che la prescrizione relativa alla «incombustibilità» dei materiali – relativamente a «prodotti» (quali sono quelli coinvolti sia nel caso precedente relativo a *Elenca* sia nel caso attuale di *Beca Engineering*) ai quali non sia applicabile la direttiva n. 89/106/Cee sui materiali da costruzione – possa essere considerata tale da autorizzare gli Stati membri a disconoscere in linea di principio – per motivi di sicurezza – gli effetti del «*mutuo riconoscimento*» anche in rapporto a «certificati» rilasciati da organismi di Stati membri diversi da quello di fabbricazione del prodotto in questione.

Relativamente a queste precise richieste di riformulazione del quesito proposto dal giudice nazionale, occorre comunque rilevare come, già *prima facie* ed al di là della posizione al riguardo assunta dalla Corte con l'ordinanza *de qua*, tale quesito tenda ad incentrare la soluzione interpretativa delle questioni pregiudiziali sul parametro comunitario costituito dalla direttiva n. 89/106/Ce, emarginando conseguentemente l'altro parametro costituito, invece, dalla omessa «notifica» di prescrizioni tecniche («regole») in conformità alla direttiva n. 98/34/Ce, tant'è che quest'ultima non risulta neppure espressamente menzionata.

V. Le ragioni sottostanti alla formulazione della questione pregiudiziale secondo l'ordinanza del Consiglio di Stato per la rimessione in Corte e la sospensione del procedimento

Tale formulazione della «questione pregiudiziale», d'altronde, è perfettamente in linea sia con la sentenza del 28 marzo 2014 del Tribunale Amministrativo regionale del Lazio, sia con la posizione di sostanziale condivisione di questa sentenza successivamente adottata dal Consiglio di Stato con l'«ordinanza» che ha ritenuto «pregiudiziale» ai fini della decisione dell'appello la questione qui sopra indicata e che ha sospeso il giudizio rimettendo alla Corte di giustizia, ex art. 267 TFUE, il relativo quesito interpretativo. L'intero impianto motivazionale di quest'ultima «ordinanza» risultava essere tale – sul piano del diritto considerato come applicabile – da riprodurre alquanto pedissequamente le motivazioni che erano state già adottate dal Tribunale Amministrativo del Lazio e che sono state qui in precedenza già testualmente richiamate, così da far concludere il Consiglio di Stato, con la propria ordinanza di rimessione in Corte, nel senso che «(...) non sembrerebbe in contrasto con le regole sulla libera circolazione dei prodotti da costruzione la disposizione nazionale che a tutela della salute e in applicazione dell'art. 36 TFUE) prevede la incombustibilità dei camini e dei canali di fumo degli impianti termici civili dettata dall'Allegato IX alla Parte Quinta, Parte II, del d.lgs. n. 152 del 3 aprile 2006».

Conclusioni, questa adombrata sia pure al condizionale dal Consiglio di Stato, che tuttavia non impediva – per il «fine di sciogliere ogni dubbio sulla corretta interpretazione della richiamata normativa e sull'applicazione della stessa nel giudizio in esame» – di formulare alla Corte UE l'«apposito quesito» che è stato qui prima richiamato ed il cui tenore si spiega agevolmente con l'impostazione delle motivazioni dell'«ordinanza» con cui si è disposta da parte del Consiglio di Stato la sospensione del giudizio e la rimessione della questione pregiudiziale alla Corte di giustizia.

VI. La posizione assunta dalla Corte in merito al potere del giudice di determinare le questioni da sottoporre alla Corte medesima - L'ampio margine di valutazione comunque spettante alla Corte ai fini interpretativi - Conseguenze

In ogni caso, la suddetta Corte ha troncato ogni questione relativa alla formulazione più o meno appropriata del quesito stabilendo che «spetta al giudice nazionale e non alle parti del procedimento principale adire la Corte e che, pertanto, la facoltà di determinare le questioni da sottoporre alla Corte spetta al solo giudice nazionale, mentre le parti, così come gli altri interessati di cui all'articolo 23 dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, non possono modificarne il tenore»².

Fermo restando quanto in tal modo stabilito nei confronti delle «Osservazioni» sia della Commissione che di Beca Engineering, tuttavia la Corte ha stabilito altrettanto tassativamente che essa non si ritiene vincolata neppure al modo con cui «formalmente» il giudice nazionale ha formulato la questione pregiudiziale, cosicché la Corte medesima si riserva di fornire «a detto giudice tutti gli elementi di interpretazione che possono essere utili per la soluzione della causa di cui è investito, indipendentemente dal fatto che esso vi abbia fatto o meno riferimento nella formulazione della sua domanda pregiudiziale»³.

Più precisamente, la Corte si è riservata un ampio margine di valutazione al di là non solo della *forma* adottata ma anche dei perimetri *conte-*

² A supporto di questa statuizione la Corte cita la giurisprudenza ricavabile dalle sentenze del 17 luglio 1997 in causa n. C-183/95, *Affish*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 4315, punto 24, EU:C:1997:373, annotata in questa *Rivista*, 1998, p. 181, nonché del 6 ottobre 2015 in causa n. C-508/14, *T-Mobile Czech Republic e Vodafone Czech Republic*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, ottobre 2015, EU:C:2015:657, punto 28 e giurisprudenza *ivi* citata).

³ Al riguardo di questi poteri della Corte si richiama la sentenza del 29 ottobre 2015 in causa n. C-583/14, *Nagy*, *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, ottobre 2015, EU:C:2015:737, punto 20 e giurisprudenza *ivi* citata.

nutistici apparentemente tracciati (come spesso accade, in modo improprio o inadeguato) dal giudice nazionale, in quanto la Corte medesima può comunque ricavare dall'insieme degli elementi forniti dallo stesso giudice nazionale e, più in particolare, dalla motivazione in fatto e in diritto della decisione di rinvio – tutti «gli elementi di diritto dell'Unione» che possono risultare funzionali alla soluzione interpretativa «tenuto conto dell'oggetto della controversia».

VII.L'analisi normativa condotta dalla Corte rispetto al parametro valutativo offerto dalla direttiva n. 89/106/Cee per la specifica materia del contendere - La conclusione negativa e le sue motivazioni

Ed, infatti, anche nel caso di specie, la Corte ha dato prova di attenta e corretta applicazione di tutti i principi qui sopra richiamati in quanto ha, in primo luogo, ricondotto al proprio ambito effettivo la direttiva n. 89/106/Ce che è stata infatti considerata come un parametro inutilizzabile per la materia del contendere, nonostante che il Tribunale regionale, prima, e dopo, il Consiglio di Stato, avessero invece incentrato e sostanzialmente esaurito le motivazioni dei rispettivi atti in talune disposizioni di quest'ultima direttiva.

In secondo luogo, la Corte medesima ha restituito alla direttiva n. 98/34/Ce la portata e gli effetti che, sempre per la materia del contendere, competono invece a questa disciplina normativa, specie quando una «regola tecnica» nazionale non sia stata notificata in conformità alla direttiva stessa.

Al riguardo, infatti, la motivazione dell'«ordinanza» del 21 aprile 2016 inquadra i prodotti *de quibus* – in quanto «guaine termoindurenti per canne fumarie» – tra i «materiali da costruzione» secondo la definizione fornita dall'art. 1, par. 2, della direttiva n. 89/106/Cee, fatto salvo che, nonostante tale inquadramento astratto di *categoria*, la direttiva medesima risulta in concreto non applicabile in quanto il «materiale» di cui si tratta non è coperto da alcuna «specificazione tecnica» idonea ad attuare, ex art. 4 della direttiva, i requisiti essenziali che i prodotti da costruzione devono soddisfare. Le «guaine termoindurenti per canne fumarie» non risultano infatti coperte né da norme armonizzate europee, né da norme nazionali di trasposizione di una norma armonizzata, né da benestare tecnico europeo, né da altra specificazione tecnica nazionale riconosciuta a livello dell'Unione.

Ne deriva, sempre secondo l'analisi normativa condotta dalla Corte, che l'unico riferimento adottabile per il caso concreto risulta essere quello

contenuto dall'art. 6, par. 2, della direttiva, secondo cui gli Stati membri devono autorizzare – per il proprio territorio – l'immissione sul mercato di un «prodotto da costruzione» se tale «prodotto» soddisfa le prescrizioni nazionali conformi al Trattato (TFUE) e fintanto che le specificazioni tecniche europee non dispongono diversamente⁴.

Appare dunque evidente già da questa impostazione come, per un verso, le prescrizioni tecniche nazionali che uno Stato membro – in assenza di specificazioni tecniche riconosciute ex art. 4 della direttiva n. 89/106/Cee – può imporre sul proprio territorio non sono quelle costituite da qualsivoglia «specificazione» nazionale giustificata con motivi di «sicurezza», bensì soltanto quelle costituite da «specificazioni» che risultano essere conformi al TFUE. Ne deriva – con riferimento al caso in concreto sottoposto alla Corte – che il giudice «nazionale» italiano del Tribunale Amministrativo del Lazio avrebbe dovuto valutare se le prescrizioni tecniche nazionali italiane in questione (sempre ed esclusivamente quelle riconducibili alla parte II dell'All. IX alla parte V del «Codice dell'ambiente») risultassero essere in concreto applicabili ai prodotti *de quibus* alla luce dei principi del Trattato (in particolare, ex artt. 34 e 36) e delle disposizioni comunitarie ricavabili dagli atti delle istituzioni e, quindi, tra l'altro, dalla direttiva n. 98/34/Ce invocata a sostegno delle motivazioni del ricorso di Beca Engineering.

Ma così non è stato, come dimostrano tutte le motivazioni che sono state adottate con la sentenza del Tribunale Amministrativo regionale qui prima citata e che sono state sostanzialmente condivise, sia pure condizionatamente all'esito della rimessione in Corte della questione pregiudiziale, dallo stesso Consiglio di Stato.

Da parte sua, invece, la Corte ha tratto dall'esame normativo analiticamente e sistematicamente condotto l'unica conclusione possibile sul piano logico-giuridico, considerato anche che, all'epoca dei fatti, i prodotti da costruzione di cui si tratta non risultavano essere oggetto di alcuna «specificazione tecnica» prevista ex art. 4, par. 2, della direttiva n. 89/106/Cee. Si può incidentalmente rilevare che, attualmente, questa direttiva non risulta essere vigente in quanto abrogata dal Regolamento (Ue) n. 305/2011 che fissa condizioni armonizzate per la commercializzazione dei

⁴ È singolare sotto l'aspetto ora qui sopra esaminato come nell'«ordinanza» della Corte ed in sede di analisi normativa della direttiva n. 89/106/Cee si faccia costantemente riferimento al precedente costituito dalla sentenza del 18 ottobre 2012 in causa n. C-385/10, *Elenca*, EU:C:2012:634, laddove, invece, al riguardo di questa stessa sentenza, il Tribunale Amministrativo regionale del Lazio, con la sentenza n. 0344/2014 del 28 marzo 2014 aveva tassativamente sostenuto che «la definizione del ricorso proposto dall'attuale ricorrente non può essere affatto influenzata dai precedenti giurisprudenziali invocati o supposti tali nel corso del giudizio» (v. p. 9 di 19 della sentenza sopra individuata).

prodotti da costruzione con effetti definitivamente abrogativi della prima direttiva a partire dal 1° luglio 2013, laddove, invece, la data dei fatti in causa è da ricondurre al 28 dicembre 2010, in quanto data del provvedimento nazionale interdittivo del commercio e dell'uso dei prodotti, nonché, pertanto, impugnato dalla Beca Engineering. Da qui, infatti – alla luce di tutte le considerazioni svolte per il primo profilo in esame – la menzione, ancora, della direttiva n. 89/106/Cee, ma la conclusione secondo cui: «pertanto la compatibilità con il diritto dell'Unione di una normativa nazionale come quella di cui al procedimento principale non deve essere valutata alla luce della direttiva 89/106».

VIII.L'applicabilità della direttiva n. 98/34/Ce al caso specifico in esame - La qualifica delle prescrizioni legislative nazionali come «regole tecniche» da notificare alla Commissione in conformità alla direttiva - Portata e conseguenze della omissione di «notifica»

A questo punto, dunque, la Corte non poteva che instradare il proprio esame interpretativo nell'altra direzione che, secondo la formulazione del quesito proposta dal Consiglio di Stato, risultava essere relegata nella parte finale del quesito stesso ed un po' in ombra, quale «dubbio» residuo e senza esplicita citazione della disciplina normativa di riferimento per una «disposizione» che «non è stata oggetto di notifica»: la direttiva n. 98/34/Ce.

Su quest'ultimo aspetto, infatti, il percorso logico della Corte appare particolarmente *diretto, sicuro e rapido*, così da non lasciare spazio ad alcun dubbio interpretativo. Infatti:

1. la «disposizione» cui si accenna nel quesito formulato dal Consiglio di Stato costituisce una «specificazione tecnica»⁵ che deve essere qualificata come una «regola tecnica»⁶ poiché «impone caratteristiche tecniche che

⁵ La direttiva n. 98/34/Ce, così come modificata dalla direttiva 98/48/Ce e dalla direttiva n. 2006/96/Ce, qualifica ex art. 1, par. 11 della direttiva stessa come «specificazione tecnica» ogni «specificazione che figura in un documento che definisce le caratteristiche richieste di un prodotto, quali i livelli di qualità o di proprietà di utilizzazione, la sicurezza, le dimensioni, comprese le prescrizioni applicabili al prodotto per quanto riguarda la denominazione di vendita, la terminologia, i simboli, le prove ed i metodi di prova, l'imballaggio, la marcatura e l'etichettatura, nonché le procedure di valutazione della conformità».

⁶ La direttiva n. 98/34/Ce, modificata *ut supra*, ex art. 1, par. 11, definisce infatti «regola tecnica» ogni «specificazione tecnica o altro requisito o una regola relativa ai servizi, comprese le disposizioni amministrative che ad esse si applicano, la cui osservanza è obbligatoria, de jure o de facto, per la commercializzazione, la prestazione di servizi, lo stabilimento di un fornitore di servizi o l'utilizzo degli stessi in uno Stato membro o in una parte importante di esso, nonché, fatte salve quelle di cui all'articolo 10, le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che vietano la fabbricazione, l'importazione, la commer-

devono essere soddisfatte dai materiali di cui al procedimento principale (...)), in quanto tutte le prescrizioni tecniche di cui alla parte II dell'Allegato IX alla parte V del «Codice dell'ambiente» (dlgvo n. 152/2006) non soltanto costituiscono *ex lege* (art. 1, par. 3, della direttiva n. 98/37/Ce), «specificazioni» con cui si definiscono «le caratteristiche richieste di un prodotto», ma anche si devono qualificare, per tutti gli effetti disciplinati legislativamente e secondo la specifica giurisprudenza in materia, come, «regole tecniche». Questa seconda conclusione deriva, sempre per definizione *ex lege*, (art. 1, par. 11 della direttiva medesima) dal rilievo secondo cui le «specificazioni tecniche» in questione fissano, per il prodotto medesimo – «*requisiti*» la cui «osservanza» risulta essere «*obbligatoria de jure o de facto*», nonché sotto altro profilo pure rilevante, costituiscono «disposizioni legislative, regolamentari o amministrative» di uno «Stato membro» con cui si «vietano la fabbricazione, l'importazione, la commercializzazione o l'utilizzo di un prodotto», sempre in stretta applicazione delle rispettive definizioni risultanti *ex lege* (art. 1, par. 3 ed 11) dalla stessa direttiva n. 98/37/Ce.

2. Una volta correttamente inquadrata e definita *ex lege* nazionale e comunitaria⁷ le «disposizioni» di cui al quesito formulato dal Consiglio di Stato, risulta essere non soltanto consequenziale ma anche agevole per la Corte pervenire – sulla base anche di una costante, consolidata ed uniforme giurisprudenza della Corte medesima nella specifica materia (v., *infra*, nota n. 8) – alla successiva e puntuale conclusione secondo la quale «per giurisprudenza consolidata l'inadempimento dell'obbligo di immediata comunicazione delle regole tecniche da parte degli Stati membri alla Commissione, previsto all' articolo 8 della direttiva 98/34, comporta l'inapplicabilità delle regole tecniche di cui trattasi, cosicché esse non possono essere opposte ai singoli e questi ultimi possono così avvalersi dell'articolo 8 della direttiva 98/34 dinanzi al giudice nazionale, cui compete la disapplicazione di una regola tecnica nazionale che non sia stata notificata conformemente a detta direttiva»⁸. Da qui, pertanto, la conclusione fi-

cializzazione o l'utilizzo di un prodotto oppure la prestazione o l'utilizzo di un servizio o lo stabilimento come fornitore di servizi».

⁷ La direttiva n. 98/34/Ce è stata recepita ed attuata nell'ordinamento giuridico italiano con la l. n. 317/86 così come modificata ed integrata dal dlgvo n. 427/2000. Successivamente la direttiva medesima è stata modificata dal Regolamento (Ue) n. 1025/2012, nonché «codificata» dalla direttiva (Ue) 2015/1535 per l'esigenza di conferire chiarezza e di razionalizzare la specifica materia a seguito delle numerose e sostanziali modifiche intervenute nel corso del tempo.

⁸ Per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte, citata nell'ordinanza medesima, che risulta puntuale sugli aspetti oggetto del quesito interpretativo riferibile alla direttiva n. 98/37/Ce,

nale secondo cui la soluzione fornita dalla Corte – relativamente al quesito interpretativo formulato con l’ordinanza di «rimessione» della «questione pregiudiziale» del Consiglio di Stato alla Corte medesima, sortisce l’effetto – per quanto riguarda «la compatibilità con il diritto dell’Unione di una normativa nazionale che prescrive che i camini siano realizzati con materiali da costruzione (...) che siano incombustibili» – di escludere del tutto il parametro valutativo della direttiva n. 89/106/Ce. Orientamento, questo, che si pone in radicale contrasto con l’orientamento adottato, fino al momento della rimessione in Corte, dal Tribunale Amministrativo regionale del Lazio nonché con l’orientamento sostanzialmente condiviso dal Consiglio di Stato con la propria «ordinanza».

IX. Le conclusioni della Corte di giustizia ed i diritti dei «singoli» dinanzi al giudice nazionale per la disapplicazione delle «regole tecniche» non notificate

Infatti, al riguardo, semplicemente ma anche risolutivamente per il punto in esame, la Corte statuisce che la «compatibilità» della suddetta «normativa nazionale» con il diritto comunitario «non deve essere valutata alla luce della direttiva 89/106/CEE».

Per quanto concerne, invece, il parametro valutativo *che deve essere adottato* per la «questione proposta», ossia la direttiva n. 98/34/Ce, si fornisce la soluzione interpretativa secondo cui, in primo luogo, una «siffatta normativa nazionale» deve essere qualificata *ex lege* (art. 1, par. 3 ed 11, della direttiva stessa) come «regola tecnica». Da qui, pertanto, la rigorosa quanto inevitabile conseguenza secondo cui, sostanzialmente in linea con le «osservazioni» formulate nel procedimento dalla Commissione e della stessa Beca Engineering – «in assenza di comunicazione di detta normativa da parte dello Stato membro interessato alla Commissione (...) la normativa nazionale in parola è inapplicabile», così da determinare – secondo una giurisprudenza sempre puntuale, oltre che uniforme e consolidata –

v., tra le numerose, sentenze 30 aprile 1996 in causa n. C-194/94, *CIA Security International*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 2201, punti 44 e 54, EU:C:1996:172, e in questa Rivista, 1996, p. 535, con commento di O. PORCHIA, *L’efficacia della direttiva n. 83/189 in materia di regole tecniche: un raffronto con l’art. 93.3 del Trattato*, 1996, p. 545; 26 settembre 2000 in causa n. C-443/98, *Unilever*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 7535, punto 49, EU:C:2000:496, in questa Rivista, 2001, p. 53, con commento di F. CAPELLI, *Lo Stato non può modificare le disposizioni nazionali in materia di etichettatura senza la preventiva autorizzazione della Commissione europea*, 2001, p. 61 nonché 16 luglio 2015 in causa n. C-95/14, *UNIC e Uni.co.pel*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, luglio 2015, punto 29, EU:C:2015:492.

una «circostanza» ed, in definitiva, un «diritto» di cui i «singoli» (persone fisiche o giuridiche) possono sempre «avvalersi dinanzi al giudice nazionale». Nel caso specifico che risulta essere descritto *in fatto* dal Consiglio di Stato con l'atto di rimessione in Corte, non può ricavarsi altra e risolutiva conclusione se non quella secondo la quale le «le limitazioni alla commercializzazione delle guaine termoindurenti per canne fumarie di tipo "FITFIRE" e "HT1000" prodotte dalla società Beca Engineering» sono state basate – con il provvedimento adottato all'epoca dei fatti (2010) – su «disposizioni nazionali» (parte II dell'Allegato IX alla parte V, dlgs n. 152/2006 - «Codice dell'ambiente») che costituiscono «regole tecniche» non «notificate» alla Commissione europea. Da qui dunque, in definitiva, la conclusione che il «singolo» Beca Engineering Srl può avvalersi di tale «circostanza» per chiedere la «disapplicazione» di tutte le suddette «regole» e, conseguentemente, l'annullamento dell'atto amministrativo nazionale la cui base giuridica è costituita dalle «regole» medesime che devono considerarsi giuridicamente *tamquam non essent*, con tutti gli ulteriori effetti che ne possono derivare per legge⁹.

⁹ Per completezza descrittiva del procedimento concluso con l'ordinanza qui commentata, si può rilevare come nel proprio atto di «Osservazioni» anche l'Avvocatura generale dello Stato italiano abbia incentrato le proprie argomentazioni relative alla «compatibilità» della normativa nazionale con il diritto comunitario sul parametro normativo della direttiva n. 89/106/Cee che la Corte, come già evidenziato, ha invece escluso dalle proprie valutazioni per difetto dei presupposti normativi. Inoltre, sempre in linea quasi pedissequa con l'impostazione dell'ordinanza del Consiglio di Stato, l'Avvocatura ha sostenuto che il riferimento al «precedente» del «caso *Elenca*» non assumerebbe alcuna rilevanza in quanto «la pronuncia di codesta Corte del 18 ottobre 2012 causa C-385/10 non assume rilievo diretto nella presente questione (...)», laddove, invece, com'è noto, già dall'esposizione iniziale di questo commento, la Corte ha deciso con «ordinanza» anziché con «sentenza», ex art. 99 del proprio Regolamento di procedura, proprio in considerazione del presupposto secondo il quale il «caso *Elenca*» ha riguardato una «questione pregiudiziale identica» in quanto relativa a «normativa oggetto di decisione nella presente causa». Infine, l'Avvocatura di Stato ha «osservato» che «si è al di fuori della fattispecie relativa a regole tecniche» e che «il quesito del giudice remittente parrebbe caratterizzato da una errata valutazione dei presupposti di fatto» in quanto la «normativa nazionale» impugnata dalla Beca Engineering è stata oggetto, successivamente, di una novellazione con la l. n. 161 del 30 ottobre 2014 adottata per ottemperare alla nota sentenza del 18 ottobre 2012 in causa n. C-385/10 – quest'ultima legge fatta oggetto di «notifica» con atto del 2014 anche al fine, secondo quanto si dichiara espressamente, «di risolvere la procedura di infrazione n. 2008/4541 avviata dalla Commissione europea nella stessa materia relativa alla commercializzazione in Italia dei camini e dei condotti in plastica».

Ma, al riguardo, la Corte, come sempre, ha riferito le proprie valutazioni «alla data dei fatti di cui al procedimento principale» che, com'è noto da quanto qui precisato *ante*, gravita intorno al 2010.

X. La sentenza del Consiglio di Stato

A fronte dell'*ordinanza* della Corte di giustizia che è stata pronunciata il 21 aprile 2016 con le motivazioni e nel modo fin qui analizzato relativamente alla domanda pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato, quest'ultimo giudice ha posto fine alla sospensione del procedimento fissando l'udienza¹⁰ conclusiva del 22 settembre 2016 e pronunciando la sentenza n. 4954/2016 che è stata pubblicata il 24 novembre 2016 ed i cui contenuti meritano di essere qui di seguito sintetizzati.

In primo luogo, dunque, questo giudice dell'appello – che pure aveva ritenuto di condividere l'interpretazione e le valutazioni del giudice di primo grado sul piano legislativo e giurisprudenziale – «*prende atto*» nell'*incipit* delle sue motivazioni che «in base alle decisioni della Corte la legittimità delle disposizioni applicate dal Ministero dell'interno non va valutata alla luce della Direttiva 98/34, mentre risulta fondata la tesi prospettata fin dall'inizio da Beca [*n.d.r.*: la ricorrente ...]». Appare evidente da questo dato testuale che, fatto salvo l'ormai inevitabile riconoscimento delle ragioni prospettate dalla suddetta ricorrente fin dal primo grado del giudizio (2011!) – la citazione della «direttiva 98/34» è del tutto errata e deve essere sostituita dal riferimento alla direttiva 89/106 quale parametro da escludere ai fini della valutazione della (il)legittimità delle disposizioni applicate dal Ministero dell'Interno. Del tutto al contrario rispetto alle risultanze testuali della sentenza del Consiglio di Stato, infatti, secondo le conclusioni della Corte di Giustizia, come già puntualizzato, «la compatibilità con il diritto dell'Unione di una normativa nazionale che (...) non deve essere valutata alla luce della direttiva 89/106/CE (...)», mentre «la direttiva 98/34/CE (...) deve essere interpretata nel senso che (...) la normativa nazionale in parola è inapplicabile, circostanza di cui i singoli possono avvalersi dinanzi al giudice nazionale».

¹⁰ È significativo come all'udienza conclusiva del procedimento ed a fronte del tenore dell'*ordinanza* della Corte, il Ministero dell'Interno «non abbia ulteriormente controdedotto» (secondo l'espressione della sentenza), mentre la ricorrente Beca Engineering abbia prodotto in modo articolato una memoria volta a sfruttare punto per punto la portata dell'*ordinanza* della Corte stessa al fine di insistere sull'accoglimento dell'appello, sull'annullamento del provvedimento impugnato e, conseguentemente, sul risarcimento dei danni subiti durante tutto il periodo in cui è stato mantenuto in vigore (dal 2010 al 2016!) – nonostante la reiterata richiesta di «sospensiva» – in tutti i gradi del processo – del provvedimento illegittimo del Ministero dell'Interno.

L'evidenza, dunque, dell'errore materiale in cui è incorso il suddetto «giudice nazionale» appare palese anche alla luce delle considerazioni che sono contenute nel passaggio successivo della sentenza con cui si attribuisce la qualificazione *ex lege* di «regole tecniche» alle disposizioni nazionali *de quibus* in applicazione dell'art. 8, par. 1, comma 1 della direttiva n. 89/106/Cee (che non prevede tale disposizione) anziché della direttiva n. 98/34/Ce.

Da qui pertanto una prima conclusione in ordine al dato testuale della sentenza del medesimo giudice nazionale il quale ha invertito i riferimenti a quest'ultima direttiva con quelli relativi alla prima, così da configurare come parametro normativo *applicabile* quello che, invece, è stato dichiarato dalla Corte come *disapplicabile*, e viceversa.

Ma al di là di questi sia pur gravi errori materiali da correggere con l'unica lettura appropriata che risulta dal confronto con la realtà effettiva dei testi normativi, appare comunque incontrovertibile il dato che emerge in modo sostanziale dalle fondamentali conclusioni raggiunte con la sentenza del Consiglio di Stato.

Secondo quest'ultimo giudice, infatti, in definitiva si «prende atto» che per effetto della decisione della Corte:

- le disposizioni nazionali oggetto del giudizio costituiscono tutte (sia con riferimento all'imposizione generalizzata della «marcatura CE» che con riguardo, in particolare, al requisito della «incombustibilità») «regole tecniche» secondo il diritto comunitario, ex art. 1, par. 1, par. 11 della direttiva n. 98/34/Ce, così come sempre prospettato, *ab initio*, dalla ricorrente;

- tali «regole tecniche», in quanto (come sempre dimostrato documentalmente dalla ricorrente medesima) «non notificate» dallo Stato italiano alla Commissione europea prima dell'adozione (ex art. 8, par. 1, comma 1 di quest'ultima Direttiva), risultano essere illegittime per «vizio procedurale» ma «sostanziale»¹¹ e risultano quindi *inapplicabili* (ossia, radicalmente, *tamquam non essent*);

- dai punti precedentemente esposti discende, in particolare, che il requisito della «incombustibilità» previsto dalle suddette «regole tecniche» contenute nel dlgs n. 152/2006 appartiene anch'esso, unitamente all'altro che impone in modo generalizzato la «marcatura CE», alla categoria delle «disposizioni» della legislazione nazionale che *non* sono «applicabili» e

¹¹ Vedi, in tal senso, sentenza dell'8 settembre 2005 in causa n. C-303/04, *Lidl Italia Srl c. Comune di Stradella*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 7865, EU:C:2005:528, punti 12, 18, 19 e 22 a 24, nonché giurisprudenza *ivi* citata.

non sono «opponibili» all'appellante. Da qui, pertanto, la conclusione ulteriore – e decisiva ai fini specificamente processuali – secondo cui il provvedimento di divieto commerciale imposto dal Ministero italiano alla medesima «appellante» e da essa fatto oggetto di impugnazione – è risultato essere, fin dal momento della sua emanazione, del tutto «privo di base giuridica». Dunque, in ultima conclusione, il «singolo» Beca Engineering si è legittimamente avvalso di fronte al giudice nazionale di una «circostanza» che gli consentiva (e gli ha consentito effettivamente nel processo) di esercitare ogni diritto conseguente al carattere assolutamente illegittimo del provvedimento amministrativo adottato nei suoi confronti con gli effetti dannosi che conseguono al provvedimento stesso. Quest'ultimo ha infatti imposto un divieto di commercializzare, in qualsiasi forma («fornire, proporre la fornitura o esporre (...)»), i propri prodotti, con effetti che si sono protratti dal 2010 al 2016. Ma su quest'ultimo punto di «domanda risarcitoria», la sentenza si pronuncerà distintamente nella parte finale che sarà pure qui commentata.

Merita di rilevare, a completamento e precisazione di tutto quanto fin qui esposto, come il Consiglio di Stato abbia preso atto anche della «circostanza» secondo la quale risulta essere del tutto irrilevante – ai fini della decisione nel processo *de quo*, il dato di fatto che è sopravvenuto nel corso del processo ed in base al quale le «disposizioni nazionali» del dlgs n. 152/2006 sono state successivamente modificate dal legislatore italiano – con interventi normativi specificamente effettuati sui punti «critici» oggetto dell'accertamento della «compatibilità» rispetto al diritto comunitario – per mezzo della l. n. 161/2014 che è stata, questa volta sì (ma troppo tardi!), oggetto di «notifica» alla Commissione europea. Infatti, ciò che unicamente rileva per le valutazioni decisionali è il «Diritto dell'Unione» in rapporto «Diritto italiano» vigente alla data dei fatti di cui al procedimento principale, tant'è che lo stesso Consiglio di Stato riconosce che le modifiche legislative intervenute nel corso del processo non possono «evidentemente rendere (retroattivamente) legittimo il provvedimento impugnato»¹².

In esito, pertanto, a tutte le motivazioni svolte, il giudice nazionale in sede di appello ha dovuto stabilire con sentenza, in primo luogo, la riforma *in toto* della sentenza appellata, in quanto con essa *si era negata* ogni rilevanza al precedente giurisprudenziale relativo al caso *Elenca* (causa n. C-

¹² È appena il caso, dunque, di rilevare in questa sede che le modifiche legislative introdotte dallo Stato italiano con la l. n. 161/2014 hanno inciso proprio sui requisiti costituiti da «regole tecniche» e riguardanti, in particolare, la «marcatura CE» e la «incombustibilità» (punto 2.7 della parte II dell'Allegato IX alla parte V del dlgs n. 152/2006), rispettivamente soppressa e modificata.

385/10) pronunciato, invece, secondo la Corte, su questione «identica» (con riguardo *alla* «normativa oggetto di decisione» *ed al* «prodotto guaine gonfiabili per camini e canne fumarie»), *si era altresì negata* ogni rilevanza alla direttiva n. 98/34/Ce che la Corte ha considerato applicabile con effetto decisivo sulla «compatibilità» con il diritto nazionale ed, infine, *si era attribuita* rilevanza decisiva a talune disposizioni della direttiva n. 89/106/Cee che, invece, la Corte ha considerato del tutto estranee ai parametri valutativi da adottare per il caso in questione.

Da qui, dunque, conseguentemente per gli effetti decisionali – la riforma *in toto* e della sentenza del TAR del Lazio, l'accoglimento della domanda di annullamento del provvedimento amministrativo già proposta nel primo grado del giudizio.

Da qui, ancora, in ultimo, anche l'accoglimento della domanda risarcitoria, ma in modo parziale, dovuto al non accoglimento della domanda nella parte relativa al «danno emergente». Quest'ultimo risultava connesso al forzoso e costoso ricorso *medio tempore* – nel corso del processo (dal 2010 al 2016!) alla particolare certificazione, altrimenti meramente volontaria, costituita dal «*benestare tecnico europeo*» quale unica alternativa possibile – in assenza di norme armonizzate europee e di altre norme riconosciute a livello europeo – al fine di *ottemperare* al requisito della «marcatura CE». Quest'ultima, infatti – secondo quanto qui già rilevato – è risultata essere imposta, fin dal 2006, con il dlgs n. 156/2006, in modo illegittimo per il contrasto con il diritto comunitario costituito dalla direttiva n. 89/106/Cee e dagli artt. 34 e 36 del Trattato (v. sentenza della Corte del 18 ottobre 2012 in causa n. C-385/10 e sentenza dello stesso Consiglio di Stato n. 06147/2013).

Nonostante tale evidenza dell'inevitabile connessione tra effetti («marcatura CE») e cause (disposizione nazionale riconosciuta illegittima che ha imposto tale «marcatura»), il Consiglio di Stato ha tuttavia inopinatamente ritenuto che tale «rilascio [*n.d.r.*: della marcatura CE] non risultava imposto dal provvedimento», così da negare l'accoglimento della domanda di risarcimento relativa al «danno emergente». Tale danno era consistito infatti nei costi ingenti richiesti per una procedura (in Austria, presso organismo non italiano) comunque inevitabile per la necessità di pervenire, il 25 giugno 2013, al rilascio dello «*European technical approval ETA*» – 13/0682 da parte dell'ente austriaco OIB, membro dell'EOTA – quale unico rimedio possibile per soddisfare un requisito illegittimo di legge (quale, appunto, la «marcatura CE») e per non abbandonare definitivamente il mercato italiano.

Quanto, poi, al «*lucro cessante*», il giudice nazionale non nega invece

ed, anzi, riconosce con certezza il collegamento tra atto illegittimo e danno subito dalla ricorrente, poiché «non vi è dubbio che il provvedimento in data 28 dicembre 2010, sopra ritenuto illegittimo, in quanto ha comportato il divieto di commercializzazione (...)», salvo poi cercare di limitare questo danno da «lucro cessante» agli effetti del «divieto» che sono relativi ad uno solo dei prodotti oggetto del medesimo provvedimento. Di fatto, invece, il provvedimento *de quo* aveva, sia pure in vario modo, assoggettato entrambi i prodotti della ricorrente ai requisiti di una legge nazionale (sempre il dlgo n. 152/2006 al p. 2.7 della parte II dell'Allegato IX alla parte V) «dichiarati» illegittimi dalla Corte UE, e conseguentemente «da disapplicare» secondo lo stesso Consiglio di Stato (con la sentenza del 20 dicembre 2013).

Da qui, pertanto, la conseguenza ulteriore secondo la quale per entrambi i prodotti considerati «il provvedimento impugnato era privo di base giuridica», senza possibilità di artificiose distinzioni in ordine alle conseguenze dannose (se ed in quanto dimostrate) che ne sono derivate.

Particolarmente interessante si rivela, infine, il superamento dell'ostacolo processuale costituito – per la ricorrente – dal riconoscimento della sussistenza dell'elemento *soggettivo* – nella specie del «dolo» o della «colpa grave» dell'illecito già *oggettivamente* riconosciuto – alla luce di quanto fin qui descritto – relativamente al danno lamentato ed al nesso di causalità tra quest'ultimo ed il provvedimento illegittimo del Ministero dell'Interno. Nel «precedente» giurisprudenziale del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 06147/2013 (pur su questione considerata «identica» dalla Corte Ue con la nota sentenza del 18 ottobre 2012 in causa n. C-385/10) infatti, il suddetto giudice nazionale aveva rigettato la domanda risarcitoria prevalentemente sulla base della considerazione secondo la quale l'«incertezza e la complessità del quadro normativo di riferimento [*n.d.r.*: che coincide integralmente con quello qui *ante* descritto] è dimostrato dalla stessa esigenza, avvertita da questo giudice, di chiedere chiarimenti alla Corte di Giustizia» (*sic!*).

Nel caso qui ora in esame, il Consiglio di Stato decide invece in modo del tutto opposto e riconosce quindi pienamente la sussistenza dell'elemento *soggettivo* dell'illecito in quanto «può convenirsi con l'appellante sul fatto che la decisione della Corte evidenzia che i precedenti giurisprudenziali erano talmente rilevanti da determinare sia l'esito della questione pregiudiziale che le forme [*n.d.r.*: con semplice "ordinanza" anziché con "sentenza"] semplificate del giudizio stesso (...)», precisando altresì che «la giurisprudenza in tema di regole tecniche e condizioni di validità e di efficacia delle regole tecniche nella UE (...) si è sviluppata (...) a partire dagli anni '90 e non ha risentito di particolari oscillazioni (...)». Situazione, questa, di responsabilità

in cui la «colpa grave» della pubblica amministrazione che ha adottato il provvedimento è risultata essere accentuata in quanto «l'interpretazione della disciplina (...) ufficialmente nota, a seguito del deposito in data 30 novembre 2010 delle osservazioni scritte della Commissione europea nell'ambito della procedura di infrazione (N. 2008/4541) (...)».

Da qui, pertanto, la conclusione definitiva per quanto attiene all'elemento *soggettivo* dell'atto illecito secondo cui «Non potrebbe pertanto invocarsi da parte del Ministero dell'Interno, la scusante della "difficile interpretazione"».

XI. Considerazioni conclusive

Al termine di questo commento non ci si può esimere da una notazione finale e di fondo che riguarda l'errore di valutazione che – per quanto riguarda «il diritto dell'Unione» – ha caratterizzato sia la sentenza del TAR, poi riformata *in toto*, che l'orientamento iniziale dello stesso Consiglio di Stato che aveva «ritenuto di condividere le valutazioni operate dal TAR (...)», fino al momento in cui «(...) tenuto conto delle prospettazioni dell'appellante ...ha ritenuto di dover formulare un apposito quesito, ai sensi dell'art. 267 del TFUE chiedendo alla Corte di Giustizia UE (...)».

A tale riguardo, infatti, la visione e la "lettura" del «diritto dell'Unione» da parte dei giudici nazionali di primo e di secondo grado si era rivelata troppo limitata e parziale, nonché affetta da un vizio di fondo, nel senso di ritenere che allorché non risulti applicabile sotto qualche aspetto di «specifica tecnica» una determinata «direttiva di prodotto» (*n.d.r.*: nel caso specifico la direttiva n. 89/106/Cee e le relative norme europee armonizzate), sol per questo risulti legittimata qualsiasi disposizione nazionale se ed in quanto posta «a tutela della salute» e sulla base presuntiva di una generalizzata ed indiscriminata «applicazione dell'art. 36». Secondo tale prospettiva, infatti, risulterebbe del tutto esclusa la valutazione di qualsivoglia altro atto dell'Unione (direttiva e/o Regolamento) nonché ogni altra ed ulteriore valutazione comunque desumibile sul piano legislativo e giurisprudenziale dalla «ordinanza» della Corte Ue, pur risultando tali valutazioni rilevanti, pertinenti ed applicabili. Ma si tratta, come già dimostrato, di prospettiva gravemente e ripetutamente erronea del giudice nazionale.

A tale riguardo, infatti, la «prospettazione dell'appellante» – con riferimento allo stesso precedente della Corte di giustizia citato dai giudici nazionali (nella causa n. C-385/10 del 18 ottobre 2012) richiedeva una «let-

tura» ed una applicazione del «diritto dell'Unione» nella sua completa ed effettiva portata che includeva necessariamente l'intera legislazione europea e la relativa giurisprudenza comunque applicabili al caso in questione. Da qui, pertanto, in presenza di «regole tecniche» nazionali, l'applicazione, tra l'altro, della direttiva n. 98/34/Ce a tutti gli effetti dell'applicabilità, o meno, delle disposizioni nazionali di cui si tratta, tenuto conto, a questo specifico riguardo, anche di una giurisprudenza della Corte Ue uniforme, costante e consolidata che si è venuta formando già con la preminente direttiva n. 83/189/Cee.

Da qui, ancora, una lettura del «diritto dell'Unione» che non avrebbe mai potuto limitarsi ad una valutazione meccanica ed indiscriminata (nonché assolutamente *presuntiva*) dell'art. 36 con la semplice invocazione di ragioni nazionali di «salute» e/o «sicurezza».

Ben diversamente, infatti, allorché non si applichi per qualsiasi motivo e sotto qualsiasi aspetto una determinata direttiva di prodotto, uno Stato della Ue «può assoggettare detta commercializzazione solo a prescrizioni (...) che sono conformi agli obblighi derivanti dal Trattato» (v. punto 19 della sentenza del 18 ottobre 2012 sulla quale il giudice nazionale dichiara di essersi basato). Ne deriva che, questi ultimi «obblighi» per risultare «conformi» al diritto comunitario devono essere valutati secondo un'interpretazione giurisprudenziale della stessa Corte Ue che comporta, anche con specifico riferimento al principio stabilito dall'art. 36 del Trattato (così spesso invocato e strumentalizzato dagli Stati membri dell'Ue), la considerazione, tra l'altro, del principio di «mutuo riconoscimento»¹³ dei prodotti e delle relative «certificazioni» e/o «omologazioni» e/o, comunque, dei rapporti di prova ottenuti in uno o più degli Stati membri, nonché la considerazione del principio di «proporzionalità»¹⁴ tra le misure nazionali adottate come "mezzo" e le finalità (anche di salute e/o sicurezza) da perseguire effettivamente. Valutazioni e considerazioni, tutte queste, da svolgere in ogni caso, poiché da parte degli Stati membri non ci si può affidare a generiche «presunzioni» e ci si deve, esattamente all'opposto, assogget-

¹³ V., tra le tante, le sentenze della Corte di giustizia del 10 novembre 2005 in causa n. C-432/03, *Commissione c. Repubblica portoghese*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 9665, EU:C:2005:669, e del 13 marzo 2008 in causa n. C-227/06, *Commissione c. Regno del Belgio*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 46*, Pubblicazione sommaria, EU:C:2008:160, che hanno applicato il principio del «mutuo riconoscimento» anche nel settore dei «materiali da costruzione». Per la giurisprudenza in questa specifica materia v., anche, sentenze del 7 giugno 2007 in causa n. C-254/05, *Commissione c. Regno del Belgio*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 4269, EU:C:2007:319 nonché sentenza dell'8 maggio 2003 in causa n. C-14/02, *Astral sa c. Stato Belga*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 4431, EU:C:2003:265.

¹⁴ V. in particolare, sentenza dell'8 maggio 2003 in causa n. C-14/02, *cit. supra*, nota 1.

tare ad un «onere della prova» (v., in particolare, sentenze in causa n. C-227/82 ed in causa n. C-358/92) del rispetto di tutti i requisiti che possono consentire di «giustificare» ex art. 36 del Trattato l'applicazione di disposizioni nazionali impeditive o limitative del «libero scambio» di prodotti legalmente fabbricati e/o commercializzati nel mercato unico europeo¹⁵.

Antonio Oddo*

SINTESI

In questo commento l'Autore mette in evidenza, ad un tempo, la continuità dell'indirizzo giurisprudenziale seguito dalla Corte di giustizia dell'Unione europea per quanto riguarda l'inapplicabilità delle *norme tecniche* nazionali non preventivamente notificate alla Commissione europea in base alla direttiva n. 98/34/Ce e la novità della decisione del Consiglio italiano con la quale esso ha condannato la Pubblica Amministrazione al risarcimento dei danni per aver imposto l'osservanza obbligatoria delle predette norme tecniche che dovevano invece essere considerate inapplicabili.

Il Consiglio di Stato, pertanto, non solo ha accolto l'orientamento seguito dalla Corte di giustizia che impone ai giudici nazionali di disapplicare le norme tecniche non notificate alla Commissione europea ai sensi della direttiva n. 98/34/Ce, ma ha anche ammesso la fondatezza della domanda di risarcimento dei danni da parte di un'impresa costretta ad osservare l'imposizione illegittima.

¹⁵ È significativo rilevare come anche a quest'ultimo riguardo, l'implicito – ma inequivocabile – riconoscimento della illegittimità (anche ex art. 36!) pure nel merito delle disposizioni nazionali italiane (anche con specifico riferimento all'«adeguamento del concetto di incombustibilità») sulla cui «base giuridica» era stato adottato il provvedimento amministrativo nei confronti della ricorrente Beca Engineering, provenga dallo stesso Stato italiano. Infatti, a tutta difesa, l'Avvocatura generale del medesimo Stato italiano – quale parte «resistente» – non ha svolto altra difesa se non «limitandosi a depositare copia delle osservazioni scritte presentate in data 30 novembre 2010 dalla Commissione Europea alla Corte di Giustizia dell'Unione europea nella causa C-385/10, nonché copia del disegno di legge europea 2013-bis, articolo 3, presentato per ottemperare alla citata sentenza della Corte di Giustizia e per risolvere la procedura di infrazione n. 2008/4541 arrivata dalla Commissione Europea nella materia della commercializzazione in Italia dei camini e dei condotti in plastica, nonché per adeguare il concetto di incombustibilità al nuovo sistema di classificazione europea di reazione al fuoco dei prodotti da costruzione (iniziativa che ha originato le disposizioni della legge 161/2014, appresso indicate)».

* Avvocato / Foro di Milano

ABSTRACT

In this article the Author points out, at one time, the continuity of the position held by the Court of Justice of the European Union in relation to the inapplicability of national technical standards not previously notified to the European Commission under Directive n. 98/34 EC and the novelty of the Italian State Council's decision condemning the Public Administration to restore damages for imposing compulsory compliance with the aforementioned technical standards which should instead be considered inapplicable.

The Council of State has therefore not only accepted the guidance followed by the Court of Justice, which prevents national Courts to apply the non-notified technical standards to the European Commission under Directive n. 98/34 EC but also admitted the validity of the claim for damages by an undertaking which was required to observe the unlawful imposition.

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

VERSIONE CODIFICATA DEL REGOLAMENTO SUL MARCHIO EUROPEO ADOTTATA DAL PARLAMENTO EUROPEO E DAL CONSIGLIO

Regolamento (Ue) n. 2017/1001 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 giugno 2017 sul marchio dell'Unione europea (versione codificata)*

* In *Gu-Ue* n. L 154 del 16 giugno 2017, p. 1 ss. Il testo completo del Regolamento è reperibile sul sito internet www.eur-lex.europa.eu. In argomento v. *infra*, p. 167 ss., il contributo di *FEDERICO FERRI*. Tale contributo, consegnato alla redazione in data 10 giugno 2017, non tiene conto del Regolamento (Ue) n. 2017/1001, pubblicato successivamente a tale data nella *Gazzetta Ufficiale*.

IL MARCHIO DELL'UNIONE EUROPEA TRA LEGISLAZIONE E GIURISPRUDENZA: LA RECENTE EVOLUZIONE DEL DIRITTO DEI MARCHI UE*

Sommario: 1. *Cenni introduttivi* - 2. *I segni atti a costituire un marchio (Ue)* - 3. *Gli impedimenti assoluti alla registrazione* - 4. *Segue: gli impedimenti relativi* - 5. *I diritti esclusivi che il marchio Ue conferisce al suo titolare* - 6. *I limiti ai diritti esclusivi* - 7. *L'uso effettivo del marchio Ue come condizione del mantenimento dei relativi diritti* - 8. *Conclusioni*.

1. Cenni introduttivi

Il marchio comunitario, oggi «marchio dell'Unione europea» o «marchio Ue»¹, riveste un'importanza crescente nel diritto dell'Unione europea *post* Lisbona, tanto che si può affermare che ultimamente costituisce un tema al contempo attuale e controverso.

Le ragioni che possono spingere il giurista a ricercare come stia cambiando il sistema del marchio Ue² sono molteplici, ma in principio vanno

* Come già segnalato, in *Gu-Ue* n. L 154 del 16 giugno 2017, p. 1, è stato pubblicato il Regolamento (Ue) n. 2017/1001 sul marchio dell'Unione europea (versione codificata). Il presente contributo, consegnato alla redazione in data 10 giugno 2017, non tiene conto di tale Regolamento.

¹ Si specifica che nel contributo, per ragioni di comodità e di attualità, si utilizzerà sempre l'espressione «marchio Ue».

² Tra i contributi di dottrina sulla disciplina che l'Unione europea ha dettato nel tempo in punto di marchio comunitario/Ue, si segnalano, ad esempio A. KUR, *European Trade Mark Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016; S. GIUDICI, *Osservazioni sulla nuova disciplina europea sui marchi*, in *Riv. dir. ind.*, 2016, p. 158 ss.; F. TOGO, *Dal marchio comunitario al marchio dell'Unione europea: breve commento al regolamento (UE) n. 2015/2424*, in *EU Papers (Europ. For.)*, 1/2016, p. 363 ss.; M. RICOLFI, *Trattato dei marchi: diritto europeo e nazionale*, vol. 1 e vol. 2, Torino, Giappichelli, 2015; A. KUR - T. DREIER, *European Intellectual Property Law: Textes, Cases & Materials*, Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2013, p. 157 ss.; A. KUR, *Harmonization of Intellectual Property Law in Europe: the ECJ Trade Mark Case Law 2008-2012*, *CMLR*, 2013, p. 773 ss.; D. SARTI, *Capitolo II: Segni distintivi e denominazioni d'origine*, in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *La proprietà intellettuale*, vol. 12, fa parte di G. AJANI - G. A. BENACCHIO (a cura di), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, p. 30 ss.; C. SEVILLE, *EU intellectual property law and policy*, Cheltenham; Northampton, 2009, p. 210 ss.; G. SENA, *Il diritto dei marchi: marchio nazionale e marchio comunitario*, Milano, Giuffrè, 2007.

rintracciate nella funzione tradizionalmente riconosciuta al marchio commerciale, che è quella di contraddistinguere i prodotti e i servizi di un'impresa per attirare e fidelizzare i clienti; e la tutela offerta all'avente diritto acquista una dimensione ancora più evidente se il marchio è applicabile sul territorio di tutti gli Stati membri dell'Unione, come avviene a seguito della registrazione di un marchio Ue. Ciò rende il marchio (Ue) ancillare all'esistenza di una concorrenza non falsata e, in via mediata, al corretto funzionamento del mercato interno.

Non è difficile immaginare che, dato lo scopo per il quale il marchio Ue è stato previsto, il mutevole contesto economico e politico dell'Unione è destinato a esercitare un forte influsso sulla sua evoluzione in ambito giuridico, per farne uno strumento funzionale all'avvicinamento a obiettivi delineati in corrispondenza di nuove esigenze. Non a caso, l'Unione ha riconosciuto da tempo che i marchi commerciali, se assistiti da efficaci normative nazionali e sovranazionali, possono divenire propedeutici allo sviluppo e alla competitività delle realtà produttive più sensibili: in particolare, è risaputo che la realizzazione dei *target* di crescita e occupazione indicati nella nuova strategia «*Europa 2020*» passa anche attraverso la modernizzazione del sistema europeo dei marchi e da un più agevole accesso al marchio Ue delle piccole e medie imprese³.

In questo scenario in divenire, il sistema del marchio Ue (che si affianca al sistema europeo del marchio nazionale d'impresa) è stato collocato al centro di una corposa riforma, in quanto la struttura su cui si era fondato non è risultata immune da anacronismi e disfunzioni⁴. La disciplina di quello che era sorto come marchio «comunitario», per quasi due decenni ha poggato essenzialmente sulle stesse norme, basti pensare che la costruzione e i contenuti del Regolamento (Ce) n. 40/94⁵ sono stati in mas-

³ Cfr. comunicazione della Commissione, *Europa 2020: una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, Doc. Com(2010)2020, del 3 marzo 2010, p. 14; comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, «*Una corsia preferenziale per la piccola impresa*» *Alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la Piccola Impresa (un "Small Business Act" per l'Europa)*, Doc. Com(2008)394, del 25 giugno 2008, p. 13.

⁴ Cfr. *Study on the Overall Functioning of the European Trade Mark System presented by Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law*, Munich, 2011 (di seguito, lo «Studio dell'Istituto Max Planck»), eseguito per valutare le prospettive di riforma del sistema europeo del marchio d'impresa e del marchio Ue; proposta di regolamento Com(2013)161 fin., del 27 marzo 2013, del Parlamento europeo e del Consiglio, recante modifica del Regolamento (Ce) n. 207/2009 del Consiglio sul marchio comunitario (di seguito, la «proposta di regolamento del 2013»)

⁵ Regolamento (Ce) n. 40/94 del Consiglio del 20 dicembre 1993, sul marchio comunitario, in *Guce* n. L 11 del 14 gennaio 1994, p. 1 ss.

sima parte ripresi dal Regolamento (Ce) n. 207/2009⁶: stesse considerazioni valgono per le norme comunitarie sul marchio nazionale d'impresa⁷. Il sistema aggiornato al 2009, benché giudicato complessivamente positivo⁸, continuava però ad alimentare ambiguità, anche di carattere giuridico: emblematiche si sono dimostrate le frequenti divergenze riscontrate nelle decisioni dell'Ufficio europeo per la proprietà intellettuale (ex «UAMI», oggi «EUIPO») e nelle pronunce degli organi giurisdizionali dell'Unione. Si è quindi giunti alla riforma operata con il Regolamento (Ue) n. 2424/2015⁹, che ha modificato, senza abrogarlo, il Regolamento (Ce) n. 207/2009.

Tanto premesso, il presente articolo mira a discutere i profili più innovativi della situazione giuridica soggettiva generale del soggetto che intenda registrare o che abbia registrato un marchio Ue, per comprendere se e in che modo la disciplina europea del marchio Ue applicabile dal 2016 sia suscettibile di divenire più favorevole o più ostativa. Si precisa che il campo d'indagine sarà ristretto al solo marchio Ue: considerazioni sul marchio nazionale d'impresa saranno effettuate in via accessoria, fatti salvi gli aspetti comuni delle norme dell'Unione europea in materia di marchio Ue e marchio nazionale d'impresa. Inoltre, l'attenzione sarà incentrata sul titolo del Regolamento sul marchio Ue avente ad oggetto il «diritto dei marchi», con riferimento esclusivo alle sezioni attinenti alla definizione, all'acquisizione, agli effetti e all'uso del marchio Ue. Per compiere l'analisi prefissata, si reputa conveniente seguire l'ordine degli articoli più pertinenti del Regolamento e si cercherà di completarne il senso avvalendosi, laddove possibile, del supporto offerto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea immediatamente precedente o successiva alla riforma del 2015.

⁶ Regolamento (Ce) n. 207/2009 del Consiglio del 26 febbraio 2009, sul marchio comunitario, in *Gu-Ue* n. L 78 del 24 marzo 2009, p. 1 ss.

⁷ Specularmente, il marchio nazionale d'impresa è stato disciplinato da due direttive che si sono succedute nel corso del tempo, ma che di fatto erano estremamente simili tra loro, oltre che analoghe ai regolamenti in materia di marchio comunitario. Cfr. 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 *Gu-Ue* n. L 299 dell'8 novembre 2008, p. 25 ss.; direttiva n. 89/104/Cee del Consiglio del 21 dicembre 1988, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa, in *Guce* n. L 40 dell'11 febbraio 1989, pp. 1 ss. Oggi si applica altresì la 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.

⁸ Si rinvia in particolare allo Studio dell'Istituto Max Planck, *cit. supra*, nota 4.

⁹ Regolamento (Ue) n. 2015/2424 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2015, recante modifica del Regolamento (Ce) n. 207/2009 del Consiglio sul marchio comunitario, che modifica il Regolamento (Ce) n. 2868/95 della Commissione, recante modalità di esecuzione del Regolamento (Ce) n. 40/94 del Consiglio sul marchio comunitario, e che abroga il Regolamento (Ce) n. 2869/95 della Commissione relativo alle tasse da pagare all'Ufficio per l'armonizzazione del mercato interno (marchi, disegni e modelli), in *Gu-Ue* n. L 34 del 24 dicembre 2015, p. 21 ss.

2. I segni atti a costituire un marchio Ue

L'analisi che si intende realizzare prende le mosse dal primo articolo che la normativa di riferimento, dalla versione originaria fino all'ultima revisione, propone in materia di diritto del marchio comunitario/Ue: l'art. 4 dei citati Regolamenti, che disciplina i segni atti a costituire un marchio¹⁰.

A lungo, l'art. 4 ha generato incertezze non soltanto sulla tipologia di segni idonei ad essere registrati come marchi Ue, ma anche sulla qualità dei prodotti e servizi da assoggettarvi. Molto semplicemente, la norma richiedeva che il segno potesse essere riprodotto graficamente e che ciò consentisse ai prodotti e ai servizi di quell'impresa di distinguersi da prodotti e servizi di altre imprese; a tali precetti, l'art. 4 del Regolamento (Ce) n. 40/94 e del Regolamento (Ce) n. 207/2009 aggiungeva esemplificazioni di segni suscettibili di riproduzione grafica.

Dopo qualche tempo, il testo dell'art. 4 si è rivelato inadatto a garantire un livello anche solo accettabile di certezza giuridica, soprattutto perché sempre meno in grado di fronteggiare le evoluzioni tecnologiche che stavano via via determinando un aumento incontrollato delle varietà di segni depositati all'UAMI per essere registrati come marchio Ue: su tutti, si segnala la categoria dei marchi «non convenzionali».

Come prevedibile, il compito di colmare la lacuna più evidente dell'art. 4 è toccato agli organi della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Nella giurisprudenza Ue sui segni che possono costituire un marchio Ue si rinvencono sentenze che talvolta giungono a conclusioni specifiche diverse, soprattutto al variare della tipologia di segni non convenzionali¹¹,

¹⁰ L'art. 4 di tali Regolamenti ha sostanza identica all'art. 2 della direttiva n. 89/104/Cee, perciò nel paragrafo saranno svolte considerazioni che traggono origine anche dall'art. 2 della direttiva n. 89/104/Cee.

¹¹ Si possono citare vari esempi al riguardo, iniziando dalle entità estranee al prodotto. Nel caso *Dyson*, la Corte di giustizia ha confermato che l'art. 2 della direttiva n. 89/104/Cee sui segni suscettibili di costituire un marchio d'impresa (norma praticamente identica all'art. 4 del Regolamento (Ce) n. 40/94 sui segni atti a costituire un marchio comunitario, poi replicata all'art. 4 del Regolamento (Ce) n. 207/2009) contiene un elenco aperto di ipotesi, non restringibile ai segni che possono essere percepiti visivamente e, come tali, rappresentabili attraverso lettere o caratteri scritti o un'immagine; tuttavia, la Corte ha stabilito che il marchio deve essere un'entità connessa al bene, ma per lo meno separabile idealmente e distinta dal prodotto, altrimenti il richiedente non userebbe il segno per orientare il pubblico nella scelta di prodotti aventi origine distinta (funzione della provenienza), ma per uno scopo estraneo e tendente a ottenere un indebito vantaggio concorrenziale (cfr. sentenza della Corte di giustizia del 25 gennaio 2007 in causa n. C-321/03, *Dyson Ltd c. Registrar of Trade Marks*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 687, punti 32-38, EU:C:2007:51). Preclusioni analoghe sono state applicate anche ai segni delineanti la mera forma esterna del prodotto; discorso simile vale per marchi olfattivi, benché in un primo momento l'UAMI sembrasse propenso ad accoglierli tra i segni suscettibili di essere registrati come marchi (cfr., in particolare, sentenza della Corte di giustizia

ma che nel complesso sono ispirate da ragioni di fondo univoche. Il minimo comun denominatore di queste pronunce è rappresentato dagli elementi di chiarezza e precisione che i segni devono avere affinché sia assicurata la funzione d'origine del marchio che si intende registrare: si cita, in particolare, la nota sentenza *Sieckmann*¹², nella quale si è consolidato un orientamento che, a partire dalla sentenza *IP Translator*, è stato esteso anche ai requisiti richiesti per i prodotti e i servizi¹³.

I chiarimenti forniti in prima battuta dalla Corte di giustizia sono stati ripresi dal legislatore dell'Unione nel Regolamento (Ue) n. 2424/2015, che ha mutato l'art. 4 del Regolamento (Ce) n. 207/2009 esattamente secondo le linee guida giurisprudenziali appena esposte. Due sono i profili innovativi del nuovo art. 4.

Il primo profilo, forse più lampante, è l'irrigidimento dei requisiti da rispettare per potere sussumere uno o più segni in un marchio Ue. L'art. 4, lett. *b.*, adesso esclude dal campo di applicazione del Regolamento i segni che non consentano di determinare in modo chiaro e preciso cosa debba essere protetto a mezzo del marchio Ue; e sulla scorta dell'art. 4, lett. *b.*, l'art. 28 ripropone i vincoli di precisione e chiarezza anche per la rappresentazione dei prodotti e servizi del richiedente¹⁴. Come si vede, con il Re-

del 12 dicembre 2002 in causa n. C-273/00, *Ralf Sieckmann c. Deutsches Patent- und Markenamt*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 11737, punti 45-46, EU:C:2002:748, nelle quali la Corte ha fatto leva sull'inidoneità del segno ad essere rappresentato graficamente). Più agevole è la registrazione dei suoni, come dichiarato nella sentenza *Shield Mark* del 2003 (sentenza della Corte di giustizia del 27 novembre 2003 in causa C-283/01, *Shield Mark BV c. Joost Kist h.o.d.n. Memex*, in *Raccolta* 2003, I, p. 14313, EU:C:2003:641, massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 762. La Corte però ha distinto tra marchio sonoro in sé e rappresentazione grafica di segno sonoro mediante figure o una descrizione che si avvalga del linguaggio, ritenendo che in questi ultimi casi il segno abbia molte meno possibilità di essere validamente qualificato come idoneo a costituire un marchio: cfr. punti 57-60). Quanto ai segni costituiti da colori, mentre non sembrano esserci particolari inconvenienti alla registrazione di segni costituiti da combinazioni di colori dotate di contorni, più controversa è l'ammissibilità della registrazione di marchi di colore privi di linee di demarcazione, poiché si pone il problema del carattere distintivo; la Corte di giustizia, intervenendo sul punto, ha evidenziato la complessità del tema, ma non ha escluso categoricamente che in una tale ipotesi il segno possa essere registrato (v., in particolare, sentenza della Corte di giustizia del 19 giugno 2014 in cause riunite n. C-217/13 e n. C-218/13, *Oberbank AG, Banco Santander SA e Santander Consumer Bank AG c. Deutscher Sparkassen- und Giroverband e V.*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, giugno 2014, EU:C:2014:2012, punti 36-37).

¹² Sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 2002 in causa C-273/00, *Ralf Sieckmann c. Deutsches Patent- und Markenamt*, *loc. cit.*, punti 49-53.

¹³ Sentenza della Corte di giustizia del 19 giugno 2012 in causa n. C-307/10, *Chartered Institute of Patent Attorneys c. Registrar of Trade Marks*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, giugno 2012, punti 42-49, EU:C:2012:361.

¹⁴ Per dovere di precisione si riferisce che il precedente art. 28 del Regolamento stabiliva che i prodotti e i servizi per i quali si richiedeva il marchio comunitario dovessero essere classificati a seconda delle varie categorie riportate nel Regolamento di esecuzione, che si rifaceva alla Classificazione internazionale di Nizza. Con la riforma del 2015 ciò non sarà più possibile: il nuovo art. 28, comma 2, recita «(i) prodotti e i servizi per i quali è chiesta la pro-

golamento (Ue) n. 2424/2015 viene introdotto un onere di non poco momento per chi richiede la registrazione di un marchio Ue; tra l'altro, ai requisiti di chiarezza e precisione esplicitamente avanzati dall'art. 4 si somma l'esigenza che essi vengano percepiti come tali dal soggetto demandato ad effettuare la prima valutazione e dal pubblico in generale. Tutto questo porta a supporre che il cambiamento si tradurrà in un rafforzamento dei poteri discrezionali dell'autorità competente.

Diversamente, il secondo profilo di innovazione comporta una maggiore flessibilità nell'impianto delineato dall'art. 4. Tale bilanciamento è dato dall'eliminazione del requisito della rappresentabilità grafica, precedentemente applicato al segno: oggi, un segno potrà essere giudicato «atto a costituire un marchio» anche se non lo si possa rappresentare graficamente (cosa che accade per una moltitudine di nuovi segni circolanti sul mercato), ma a condizione che soddisfi il livello di chiarezza e precisione richiesto.

Resta da capire fino a che punto i marchi non convenzionali che l'art. 4 dell'odierno Regolamento (Ce) n. 207/2009 omette di indicare possano essere valutati come registrabili in qualità di marchio Ue. Dalla lettera dell'art. 4 si può immaginare che l'espressione «tutti i segni», accostata alla parola «come», rende l'aggiunta dei colori e dei suoni meramente esemplificativa, tesi per altro corroborata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia; eppure, la riconducibilità all'art. 4 di tutti quei segni non convenzionali taciuti dal legislatore non sembra un effetto immediato della riforma del 2015. Se ne deduce che un simile cambiamento potrebbe creare i presupposti per rimettere parzialmente in discussione precedenti orientamenti della Corte di giustizia (ad esempio, in materia di marchi olfattivi, con ri-

tezione garantita dal marchio sono identificati dal richiedente con chiarezza e precisione sufficienti a consentire alle autorità competenti e agli operatori economici di determinare, esclusivamente su tale base, il grado di protezione richiesto». Il doppio grado di precisione e chiarezza (per i segni e per i prodotti/servizi) viene ad intrecciarsi con un ulteriore doppio parametro di verifica (autorità competente e pubblico/operatori economici) è destinato a incidere profondamente sugli esiti delle richieste e in molti casi fungerà da vera e propria soglia di sbarramento. Ma non è tutto. Il limite dell'art. 28 grava indirettamente anche su coloro i quali abbiano già conseguito la registrazione di un marchio Ue previa richiesta prima del 22 giugno 2012, nel senso che ad essi è stata concessa la facoltà di presentare all'EUIPO, entro il 24 settembre 2016, una dichiarazione che attesti, sempre con chiarezza e precisione, che «alla data del deposito la loro intenzione era di ottenere la protezione di altri prodotti o servizi oltre quelli coperti dal significato letterale del titolo della classe, purché i prodotti o i servizi designati in tal modo figurino nell'elenco alfabetico della classe della classificazione di Nizza, nell'edizione in vigore alla data di deposito». Tuttavia, in mancanza di tale dichiarazione, la predetta categoria di soggetti otterrà la tutela del marchio solo per quei prodotti e servizi chiaramente coperti dal significato letterale delle indicazioni che figurano nel titolo della pertinente classe, secondo l'avvenuta registrazione. Evidentemente, sarà viepiù interessante monitorare l'attività dell'EUIPO in relazione alle richieste ex art. 28 del Regolamento (Ue) n. 2424/2015.

ferimento alla già citata giurisprudenza *Sieckmann*¹⁵). Sarà interessante valutare come la Corte interpreterà il vuoto lasciato dalla soppressione del requisito della rappresentabilità grafica del segno.

3. Gli impedimenti assoluti alla registrazione

Indagando sull'idoneità dei segni atti a costituire un marchio registrabile si è inevitabilmente introdotta la questione degli impedimenti alla registrazione.

Una prima categoria di impedimenti è quella dei c.d. «impedimenti assoluti», che sono dettati da interessi di ordine generale, riassumibili in tre esigenze primarie: impedire la registrazione di entità che non possano svolgere una funzione distintiva, scongiurare il rischio di monopolio su segni che racchiudono in maniera apprezzabile caratteristiche funzionali o estetiche del prodotto oggetto di marchio Ue e vietare l'utilizzo di marchi dal contenuto illecito.

Nei tre Regolamenti sul marchio Ue succedutisi a partire dal 1994, questa variante di impedimenti alla registrazione è sempre stata prevista dall'art. 7, che fornisce una lista particolarmente ampia di limiti¹⁶, ma i più conosciuti (e dibattuti) sono gli impedimenti sanciti per i segni inadatti a costituire un marchio e per i marchi privi di carattere distintivo¹⁷. Preme, inoltre, specificare che la forza cogente degli impedimenti assoluti alla registrazione non si esaurisce *ex ante*, ma può essere fatta valere anche a seguito della registrazione del marchio Ue contestato, per chiederne la nullità ai sensi dell'art. 52 del Regolamento (Ce) n. 207/2009.

¹⁵ Cfr. *supra*, nota 12.

¹⁶ L'art. 3 della direttiva n. 89/104/Cee e della direttiva n. 2008/95/Ce è sostanzialmente identico all'art. 7 del Regolamento (Ce) n. 40/94 e del Regolamento (Ce) n. 207/2009 nella sua prima parte. I regimi sugli impedimenti assoluti per la registrazione dei marchi d'impresa differiscono dagli impedimenti assoluti previsti per la registrazione del marchio Ue in pochi aspetti: da un lato, le direttive non contemplano impedimenti ricollegati a indicazioni geografiche o denominazioni d'origine, dall'altro solo nelle direttive vi erano accenni ai possibili limiti per segni di interesse pubblico nazionale o dotati di una carica simbolica elevata, specie sotto il profilo religioso.

¹⁷ Ma l'art. 7, comma 1, del Regolamento (Ue) n. 2424/2015 continua a escludere dalla registrazione, per citare alcuni esempi tratti dalla norma, marchi composti esclusivamente da segni o indicazioni che in commercio possono servire per designare la specie, la qualità, la quantità, la destinazione, il valore, la provenienza geografica, ovvero l'epoca di fabbricazione del prodotto o di prestazione del servizio, o altre caratteristiche del prodotto o servizio; i marchi composti esclusivamente da segni o indicazioni che siano divenuti di uso comune nel linguaggio corrente o nelle consuetudini leali e costanti del commercio; i marchi contrari all'ordine pubblico o al buon costume; i marchi che possono indurre in errore il pubblico, per esempio circa la natura, la qualità o la provenienza geografica del prodotto o del servizio.

Ciò posto, dal recente operato del legislatore e dei giudici dell'Unione sono emersi aspetti interessanti, che nel loro insieme esercitano un impatto considerevole sull'attuale disciplina in materia di impedimenti assoluti alla registrazione di un marchio Ue.

Prima di passare agli spunti di riflessione sui contenuti del rinnovato art. 7 del Regolamento (Ce) n. 207/2009, si vuole rimarcare il contributo della Corte di giustizia sull'applicazione della norma in pendenza di diritti anteriori regolati da norme di uno Stato membro e contrastanti con quelli scaturenti da un marchio Ue registrato successivamente: utili precisazioni sulla questione provengono dalla sentenza *NLC*¹⁸.

Nella causa, il punto nodale era il contrasto tra un marchio Ue e un diritto d'autore anteriore tutelato da una norma nazionale: il contrasto non si limitava quindi a due diversi diritti di proprietà intellettuale, ma si estendeva alle normative di ordinamenti giuridici distinti. La Corte ha allora approfittato dell'occasione per fornire all'autorità chiamata a pronunciarsi sulla nullità assoluta di un marchio Ue gli strumenti cui affidarsi per risolvere la seconda antinomia a favore del titolare del marchio Ue. La conclusione è che, al cospetto di una siffatta contrapposizione, l'autorità competente non potrà applicare meccanicamente la norma nazionale che protegge il diritto di proprietà intellettuale anteriore, per non privare il Regolamento sul marchio Ue del suo effetto utile. L'esistenza di un diritto derivante da una normativa Ue impone all'autorità decidente di eseguire un controllo il più possibile approfondito sul diritto nazionale applicabile. Riferendosi in concreto ai poteri del Tribunale dell'Unione europea, la Corte ha asserito che «(p)oiché l'applicazione del diritto nazionale, può privare il titolare di un marchio comunitario del suo diritto, è assolutamente necessario che il Tribunale non sia privato della possibilità concreta di esercitare un controllo efficace, a causa di eventuali lacune nei documenti prodotti come prova del diritto nazionale applicabile. A tal fine, esso deve quindi poter verificare, oltre ai documenti prodotti, il contenuto, i presupposti di applicazione e la portata delle norme giuridiche invocate dal richiedente la dichiarazione di nullità»¹⁹.

Spostandosi ora verso i contenuti degli impedimenti assoluti alla registrazione di un marchio Ue, si può osservare che l'art. 7 è rimasto invariato per circa venti anni, ma con l'adozione del Regolamento (Ue) n.

¹⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 27 marzo 2014 in causa n. C-530/12 P, *UAMI c. National Lottery Commission*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, marzo 2014, EU:C:2014:186.

¹⁹ *Ibidem*, in particolare punto 44.

2424/2015 la gamma di impedimenti assoluti alla registrazione è aumentata dal punto di vista quanti-qualitativo.

Va detto che l'art. 7 risente implicitamente di talune trasformazioni dell'intero Regolamento. Qui è sufficiente ricordare che l'impedimento assoluto per eccellenza rimane, a tenore dell'art. 7, comma 1, lett. *a.*, la presentazione di un segno che contravviene all'art. 4. Ecco che allora l'art. 7, comma 1, lett. *a.*, pur non essendo stato formalmente alterato, porta gioco-forza in dote le modifiche che l'art. 4 ha subito in entrambi i sensi; in altre parole, la "scure" dell'impedimento assoluto si abatterà sul segno privo del grado di chiarezza e precisione richiesta dall'art. 4 del Regolamento (Ue) n. 2424/2015, ma non sul segno insuscettibile di essere rappresentato graficamente (purché soddisfatti tutti gli altri requisiti dell'art. 4).

Parlamento europeo e Consiglio hanno aggiunto (questa volta esplicitamente) ulteriori impedimenti assoluti. Il Regolamento (Ue) n. 2424/2015 incrementa la tutela generalizzata delle denominazioni d'origine, delle indicazioni geografiche²⁰ e delle specialità tradizionali garantite, rimettendo le sorti delle richieste di registrazione di un marchio alle normative Ue o agli accordi internazionali (di cui l'Unione sia parte) applicabili²¹.

Vi sono poi le nuove disposizioni del primo comma, lett. *e.*, dell'art. 7, che attengono ai segni ricalcanti la forma del prodotto. Fino alla riforma del 2015, l'art. 7, comma 1, lett. *e.*, proibiva categoricamente la registrazione di quei segni costituiti soltanto dalla forma imposta dalla natura stessa del prodotto, dalla forma del prodotto necessaria per ottenere un risultato tecnico, oppure dalla forma che dà un valore sostanziale al prodotto. Nella sua ultima formulazione, l'art. 7, comma 1, lett. *e.*, espande tutte queste specifiche ipotesi, includendovi anche i segni costituiti da qualsiasi

²⁰ Sull'argomento cfr., ad esempio, B. CALABRESE, *La protezione dei nomi geografici nei regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari: criteri oggettivi e soggettivi della tutela per evocazione*, in questa *Rivista*, 2016, in particolare p. 294 ss.

²¹ Nuovo art. 7, comma 1, lett. *j.*, *k.*, *l.*, del nuovo Regolamento (Ce) n. 207/2009. In particolare, la scelta di introdurre questi impedimenti è da rintracciarsi nella minore protezione che l'art. 7, comma 1, lett. *j.* e *k.* del Regolamento (Ce) n. 207/2009 offriva rispetto alle seguenti norme: artt. 13 e 14 del Regolamento (Ue) n. 1151/2012, del 21 novembre 2012, sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari, in *Gu-Ue* n. L 343 del 14 dicembre 2012, p. 1 ss.; artt. 118 *terdecies* e 118 *quaterdecies* del Regolamento (Ce) n. 1234/2007, del 22 ottobre 2007, recante organizzazione comune dei mercati agricoli e disposizioni specifiche per taluni prodotti agricoli (regolamento unico OCM), in *Gu-Ue* n. L 299 del 16 novembre 2007, p. 1 ss., emendato dal Regolamento (Ce) n. 491/2009, del 25 maggio 2009, che modifica il Regolamento (Ce) n. 1234/2007 recante organizzazione comune dei mercati agricoli e disposizioni specifiche per taluni prodotti agricoli (regolamento unico OCM), in *Gu-Ue* n. L 154 del 17 giugno 2009, p. 1 ss.; art. 16 del Regolamento (Ce) n. 110/2008, del 15 gennaio 2008, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche delle bevande spiritose e che abroga il Regolamento (Cee) n. 1576/89 del Consiglio, in *Gu-Ue* n. L 39 del 13 febbraio 2008, p. 16 ss.. V. Doc. Com(2013)161, *cit. supra*, nota 4, p. 8.

«altra caratteristica»: non più solo la «forma», dunque. Ovviamente, ci si aspetta che l'espressione aggiunta all'art. 7, comma 1, lett. e., dia adito a dubbi interpretativi. Al momento, pare prudente associarvi le caratteristiche che presentino carattere distintivo per marchi non convenzionali²², ma valgono considerazioni simili a quelle fatte per il disposto del nuovo art. 4, lett. b.: è lecito attendersi che i contorni di queste caratteristiche vengano modulati gradualmente dalla Corte di giustizia dell'Unione europea²³.

Seguitando sulle ipotesi enunciate dall'art. 7, comma 1, lett. e., è appena il caso di fare presente che gli elementi di rottura con il passato non sono attribuibili unicamente alla legislazione sovranazionale. Anche la Corte di giustizia pochi mesi fa è intervenuta su tale disposizione, rivedendo i criteri di valutazione applicabili al limite potenziale della funzione tecnica dei segni contenuti nel marchio controverso.

Nella sentenza *Simba Toys*²⁴ del novembre 2016, la Corte ha propugnato un'interpretazione estensiva e teleologica di tale impedimento assoluto, tant'è vero che la valutazione in merito alla funzione tecnica del marchio deve essere oggi intesa come subordinata all'obbligo di considerare anche tutti gli elementi cosiddetti «supplementari», laddove il marchio sia evidenziato dalla forma di un prodotto concreto. Contraddicendo le conclusioni del Tribunale generale e dell'UAMI, per i quali la decisione sulle caratteristiche funzionali del segno poteva trarsi anche dalla sola rappresentazione grafica dell'immagine, la Corte ha asserito che tale esame deve altresì compendiare tutti gli elementi utili ad identificare adeguatamente le caratteristiche essenziali di tale segno²⁵. Così facendo, la Corte ha posto le basi per una valutazione onnicomprensiva paragonabile all'esercizio richiesto all'autorità competente in altre ipotesi: si tratta di un criterio di de-

²² Cfr. anche S. GIUDICI, *Osservazioni sulla nuova disciplina europea sui marchi*, cit. *supra*, nota 2, p. 163.

²³ Ci si richiama, pertanto, alla giurisprudenza citata in materia di marchi non convenzionali: cfr. *supra*, nota 11.

²⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 10 novembre 2016 in causa n. C-30/15 P, *Simba Toys GmbH & Co. KG c. EUIPO*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, novembre 2016, EU:C:2016:849.

²⁵ *Ibid.*, punti 48-51. Nel caso *Simba Toys* il marchio si sostanziava nell'immagine di un prodotto concreto: si trattava di un cubo con griglie fatte da linee perpendicolari che suddividavano ogni lato del cubo in nove quadrati. Basandosi esclusivamente sulla forma, il Tribunale (così come precedentemente l'UAMI) aveva negato che al segno potesse essere riconosciuta una funzione tecnica. Nonostante la ricorrente avesse avanzato un argomento relativo alla capacità di rotazione dei singoli elementi dell'immagine apparentemente statica, il Tribunale aveva spiegato che supporre l'esistenza di un simile meccanismo sarebbe stato ammissibile, ai fini del riconoscimento di una funzione tecnica al segno, solo se la deduzione fosse stata effettuabile nel modo più oggettivo possibile e a partire dalla forma derivante dalla rappresentazione grafica del segno.

rivazione giurisprudenziale che da anni la Corte applica, come si dirà più avanti, alla valutazione sulla sussistenza di identità o similitudine tra i segni o i prodotti/servizi, sul rischio di confusione per il pubblico interessato²⁶, o sulla presenza del carattere distintivo del marchio.

Diverso approccio è stato messo in atto in un altro caso sugli impedimenti assoluti alla registrazione, imperniato su una combinazione sino ad allora inesplorata: il rapporto tra la domanda di nullità del marchio Ue ex art. 52, comma 1 (per registrazione avvenuta in contrasto all'art. 7), ed il presunto abuso di diritto ricavabile dai comportamenti pregressi del richiedente la nullità. Il caso di specie è *Donaldson Filtration*²⁷.

Nel caso *Donaldson Filtration* la controversia vedeva contrapporsi il titolare di un marchio Ue registrato e un opponente che motivava la richiesta di nullità della registrazione sull'assenza di carattere distintivo del marchio. Tra le varie pretese avanzate dalle parti, la questione saliente nell'ottica dell'analisi che si vuole sviluppare era rappresentata dalla dubbia legittimità della condotta dell'opponente, che chiedeva una dichiarazione di nullità del marchio Ue registrato, nonostante egli avesse agito tempo addietro (e sembrasse intenzionato ad agire nuovamente) per ottenere la registrazione a suo nome del segno di cui trattasi²⁸. Ad avviso del titolare del marchio Ue, quel comportamento dell'opponente si riverberava sulla domanda di nullità, paralizzandola per abuso di diritto.

In un primo momento, l'UAMI aveva accolto la tesi del titolare del marchio, precisando che l'opponente mirava a conseguire obiettivi diversi da quelli di interesse pubblico previsti all'art. 7, comma 1, del Regolamento (Ce) n. 207/2009, ma il Tribunale generale, adito dall'opponente, aveva statuito diversamente. Spettava quindi alla Corte fare luce sul punto nel giudizio di impugnazione.

Nella propria ordinanza, la Corte ha confermato le conclusioni del Tribunale, rigettando la teoria dell'abuso di diritto. L'argomentazione della Corte è che l'art. 7, comma 1, del Regolamento (Ce) n. 207/2009, che nel caso *Donaldson Filtration* era stato considerato alle lett. *b.* e *c.*, indica in maniera inequivoca quali debbano essere i criteri da seguire per rinvenire impedimenti assoluti alla registrazione di un marchio Ue (e, per transi-

²⁶ Sulla nozione di pubblico interessato e rispettive peculiarità, cfr. M. RICOLFI, *Trattato dei marchi*, cit. *supra*, nota 2, vol. 1, p. 190 ss.

²⁷ Ordinanza della Corte di giustizia del 19 giugno 2014 in causa n. C-450/13 P, *Donaldson Filtration Deutschland GmbH c. ultra air GmbH*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, giugno 2014, EU:C:2014:2016.

²⁸ Dagli atti di causa era emerso che il titolare del marchio Ue contestato e il richiedente la nullità del marchio erano gestiti dal medesimo soggetto.

tività, motivi di nullità per via di registrazione disposta in presenza di impedimenti assoluti): tra questi criteri non vi è l'interesse economico potenziale o effettivo perseguito da chi richiede la nullità del marchio Ue. La Corte ha così compreso il diritto del titolare del marchio, giudicando conforme all'art. 7, comma 1, del Regolamento (Ce) n. 207/2009, la possibilità di fare valere profili di nullità del marchio registrato allo scopo di poterlo usare in futuro, essendo questo un elemento del tutto irrilevante ai fini della valutazione prevista dalla norma più volte richiamata. Anzi, la Corte, prendendo le distanze dall'originaria posizione espressa dall'UAMI, ha dichiarato che la condotta dell'opponente «corrisponde precisamente all'interesse generale di disponibilità e di libero uso sotteso all'articolo 7, comma 1, lettera c, del regolamento n. 207/2009».

Con la sentenza *Donaldson Filtration* la Corte di giustizia ha consolidato un filone giurisprudenziale che, come si dimostrerà nel prosieguo della trattazione, salve rare eccezioni si rivela proclive ad una interpretazione tendenzialmente cauta delle norme sul diritto del marchio (Ue), evitando di scorgervi all'interno contenuti surrettizi nella maggior parte dei casi in cui l'UAMI, un giudice nazionale o il Tribunale di primo grado abbiano avanzato (o ipotizzato) la possibilità di procedere altrimenti.

4. *Segue: gli impedimenti relativi*

Nella logica del Regolamento sul marchio Ue, la naturale continuazione dell'art. 7 del Regolamento è il successivo art. 8. Se l'art. 7 stabilisce quali siano gli impedimenti assoluti alla registrazione di segni, l'art. 8 elenca gli impedimenti relativi: la differenza tra le due tipologie di impedimenti è che quelli contenuti all'art. 8 non si fondano su interessi di ordine generale, ma sul conflitto interpretativo che può sorgere tra un'entità proposta quale marchio Ue da registrare e diritti anteriori di soggetti terzi²⁹.

Senza che vi sia bisogno di addentrarsi in tutte le disposizioni che formano l'art. 8, qui è sufficiente riassumere le manifestazioni più rappresentative dell'essenza della norma, rintracciabili al primo comma: da una parte – lett. *a.* – devono essere preferiti i diritti del terzo che abbia registrato anteriormente un marchio se segni e prodotti/servizi in conflitto sono identici; dall'altra – lett. *b.* – il richiedente è allo stesso modo destinato a soccombere se, a causa della doppia identità o della somiglianza tra i segni

²⁹ Previsioni analoghe all'art. 8 del Regolamento sul marchio Ue si rinvencono nell'art. 4 della direttiva sul marchio nazionale d'impresa.

e tra i prodotti/servizi sussiste un rischio di confusione per il pubblico del territorio nel quale il marchio anteriore riceve tutela.

L'art. 8 del Regolamento sul marchio Ue in questi anni è stato interessato da linee evolutive portate avanti con varie tecniche; ma siccome il nuovo Regolamento (Ue) n. 2424/2015 ha riformato l'art. 8 solo nella sua parte finale, e con precipuo riferimento alla protezione delle denominazioni di origine o indicazioni geografiche³⁰, sulla scia della modifica dell'art. 7, è forse appropriato indagare più approfonditamente l'attività eseguita della Corte di giustizia afferente alle disposizioni strutturali dell'art. 8.

La Corte innanzitutto ha posto un freno alla possibilità, per le autorità di competenza, di interpretare vorticosamente l'art. 8, comma 1, lett. b., che tra gli impedimenti relativi è indubbiamente quello che più si presta a sfumature concettuali. A prescindere da ciò, non sembrava comunque ipotizzabile estendere l'ambito di applicazione del giudizio sul rischio di confusione anche ai conflitti tra segni dissimili; eppure, con la sentenza *WeserGold* del 2014³¹ la Corte ha dovuto pronunciarsi su questa inopinata eventualità, avallata a intermittenza da continui "stravolgimenti" delle decisioni delle autorità chiamate di volta in volta a pronunciarsi nella vicenda³².

Ebbene, già nel procedimento di fronte all'allora UAMI era emerso che i segni in conflitto risultavano non essere simili, in quanto concettualmente diversi, e detta considerazione era stata ripresa dal Tribunale gene-

³⁰ All'art. 8 del Regolamento (Ce) n. 207/2009 è stato aggiunto un nuovo comma 4 *bis*, che prevede quanto segue: «(i) in seguito all'opposizione di qualunque persona autorizzata dal diritto pertinente ad esercitare i diritti conferiti da una denominazione di origine o da un'indicazione geografica, il marchio depositato è escluso dalla registrazione se e in quanto, ai sensi di della [rectius: della n.d.A.] legislazione dell'Unione o del diritto di uno Stato membro in materia di protezione delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche: i) era già stata presentata una domanda di registrazione della denominazione di origine o dell'indicazione geografica, conformemente alla legislazione dell'Unione o al diritto nazionale, anteriormente alla data della domanda di registrazione del marchio UE o alla data in cui è stato invocato un diritto di priorità per la domanda, purché successivamente sia avvenuta la registrazione; ii) la denominazione di origine o l'indicazione geografica conferisce il diritto di vietare l'uso di un marchio successivo».

³¹ Sentenza della Corte di giustizia del 23 gennaio 2014 in causa n. C-558/12 P, *UAMI c. riha WeserGold Getränke GmbH & Co. KG*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, gennaio 2014, EU:C:2014:22.

³² Si segnala che la domanda di registrazione del marchio Ue del richiedente era stata oggetto di opposizione di fronte alla divisione d'opposizione dell'UAMI, che aveva accolto le pretese dell'opponente. Il richiedente aveva allora proposto ricorso all'UAMI contro tale decisione, ottenendone l'annullamento. Di seguito, l'originario opponente aveva impugnato la decisione dell'UAMI presso il Tribunale, il quale dichiarava l'annullamento della decisione dell'UAMI (sentenza del Tribunale Ue del 21 settembre 2012 in causa n. T-278/10, *riha WeserGold Getränkeindustrie GmbH & Co. KG. c. UAMI*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, settembre 2012, EU:T:2012:459).

rale³³. Sennonché, il ragionamento del Tribunale era sfociato sorprendentemente nella censura delle argomentazioni sviluppate dall'UAMI, affermando che si sarebbe dovuto ugualmente considerare il carattere distintivo accresciuto dall'uso del marchio anteriore, da intendersi «come fattore potenzialmente rilevante nella valutazione globale del rischio di confusione»³⁴.

Al contrario, la Corte ha opportunamente inteso l'elemento della somiglianza o identità tra i marchi in conflitto come preconditione per la valutazione del rischio di confusione e quindi dell'eventuale analisi intermedia circa il carattere distintivo accresciuto del marchio successivo in conseguenza dell'uso dei marchi anteriori. D'altronde, il carattere distintivo accresciuto dall'uso del marchio funge da elemento per valutare se la somiglianza tra i segni (o tra i prodotti e i servizi) sia sufficiente per provocare un rischio di confusione: perciò il rischio di confusione, anche se alimentato dal carattere distintivo accresciuto dell'uso del marchio anteriore, a tenore dell'art. 8, comma 1, lett. b., deve obbligatoriamente discendere dalla somiglianza o identità dei marchi in conflitto, ragion per cui la mancanza di tale elemento non può che precludere ogni ulteriore valutazione di sorta³⁵.

In questo modo, la Corte è riuscita a scongiurare la possibilità che la tesi del Tribunale generale acquisisse sostanza di precedente e, al di là di tutto, si ritiene che abbia favorito la riapertura ad una giurisprudenza di sicuro più aderente alla norma trattata³⁶.

La Corte di giustizia ha poi chiarito i criteri da applicare per eseguire la comparazione finalizzata al vaglio della similitudine tra i prodotti o servizi coperti dai marchi in conflitto e tra i segni in cui si sostanziano tali marchi. L'orientamento di fondo resta tutto sommato immutato: di norma, occorre tenere conto di tutti i fattori pertinenti che caratterizzano il rapporto, rispettivamente, tra i prodotti/servizi e tra i segni dei marchi in conflit-

³³ Vi era soltanto un grado medio di somiglianza visiva e fonetica. Secondo il Tribunale generale: «quando i marchi sono foneticamente e visivamente simili, essi sono globalmente simili, salvo se sussistono differenze concettuali rilevanti. Siffatte differenze possono neutralizzare talune somiglianze fonetiche e visive, purché almeno uno dei segni abbia, nella prospettiva del pubblico di riferimento, un significato chiaro e determinato, di modo che questo pubblico possa coglierlo direttamente (...). Ciò è applicabile alla fattispecie in esame alla luce della differenza concettuale tra i segni in conflitto. Ne deriva che i segni sono generalmente diversi, nonostante le loro similitudini visive e fonetiche». Cfr. *ibid.*, punto 58.

³⁴ *Ivi*, punto 82.

³⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 23 gennaio 2014 in causa n. C-558/12 P, *UAMI c. riha WeserGold Getränke GmbH & Co. KG*, cit. *supra*, nota 31, punti 44-45.

³⁶ In particolare, la Corte si è riferita all'ordinanza emessa nel 2011 nel caso *Kaul* (ordinanza della Corte di giustizia del 4 marzo 2010 in causa n. C-193/09 P, *Kaul GmbH*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 27, punto 45, EU:C:2010:121).

to, poiché la valutazione di un rischio di confusione nella mente del pubblico deve fondarsi sull'impressione complessiva prodotta dagli stessi, soprattutto (ma non necessariamente in via esclusiva) in considerazione di loro eventuali elementi distintivi e dominanti³⁷. Ciononostante, nella giurisprudenza Ue degli ultimi anni si sono cristallizzate alcune specificazioni.

Quanto al rapporto tra prodotti e servizi, un esempio calzante è offerto dalla sentenza *Hesse* del 2016³⁸, con la quale la Corte si è soffermata segnatamente sulla complementarità dei prodotti tutelati dai marchi in conflitto nel caso di specie. La Corte ha precisato che la valutazione della somiglianza dei prodotti non può essere compiuta escludendo a prescindere i vari fattori pertinenti alla circostanza: tra questi, vengono menzionati la natura dei prodotti, la loro destinazione, il loro impiego, i loro canali di distribuzione, la loro concorrenzialità o complementarità. Per altro verso, la sentenza ha aggiunto che ciascuno di questi fattori rappresenta un criterio autonomo nell'economia della valutazione generale, nel senso che alla fine il grado di somiglianza dei prodotti (o servizi) potrà fondarsi anche solo su uno dei fattori debitamente considerati: l'importante è che si tenga conto dell'insieme di detti fattori, cioè che tutti possano almeno in astratto concorrere a motivare la decisione sulla somiglianza.

Parallelamente, simili criticità interpretative erano emerse anche con riferimento alla somiglianza dei segni nei casi di conflitti tra marchi, soprattutto per i marchi cosiddetti «complessi», ovvero sia caratterizzati, a differenza dei marchi d'insieme, dalla compresenza di più elementi tecnicamente dotati di carattere distintivo, ma dei quali solo ad uno viene associata una maggiore carica distintiva, al punto da renderlo una sorta di "centro di gravità" del marchio. Similmente a quanto visto per la somiglianza tra prodotti o servizi, contemperare tutti gli elementi non significa doversi sempre astenere dall'operare un'attività di selezione che possa portare a individuare l'elemento dominante, ma che questo solo di rado può essere utilizzato come unico elemento di comparazione.

³⁷ Cfr., ad esempio, le sentenze della Corte di giustizia 8 maggio 2014 in causa n. C-591/12 P, *Bimbo SA c. UAMI*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)* maggio 2014, punti 19-24, EU:C:2014:305; 20 settembre 2007 in causa n. C-193/06 P, *Société des Produits Nestlé SA c. UAMI*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 114*, Pubblicazione sommaria, punti 32-35, EU:C:2007:539; 12 giugno 2007 in causa n. C-334/05 P, *UAMI c. Shaker di L. Laudato & C. Sas.*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 4529, punti 34-36, EU:C:2007:333; 11 novembre 1997 in causa n. C-251/95, *SABEL BV c. Puma AG, Rudolf Dassler Sport*, in *Raccolta* 1997, I, p. 6191, punti 22-24, EU:C:1997:221.

³⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 21 gennaio 2016 in causa n. C-50/15 P, *Kurt Hesse c. UAMI*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, gennaio 2016, EU:C:2016:34.

L'opportunità di precisare il concetto si è presentata nel caso *Mega Brands International*³⁹, che la Corte ha risolto annullando parzialmente una sentenza del Tribunale appositamente impugnata. In concreto, il problema verificatosi ruotava attorno alle modalità di selezione dell'elemento dominante di un marchio figurativo: il marchio era costituito da due segni, una parola e un numero, ma il Tribunale si era limitato a stabilire che l'elemento dominante fosse la parola, senza prodursi in considerazioni di alcun tipo sul numero; la scelta del Tribunale si era ripercossa sull'esito della comparazione tra i marchi in conflitto, poiché il marchio successivo era stato valutato unicamente sulla base di quel suo elemento distintivo (la parola). La Corte non ha esitato allora a riprendere la giurisprudenza che aveva affermato che la possibilità di fondare una comparazione solo sull'elemento distintivo del marchio (complesso) in via del tutto eccezionale, cioè qualora tutte le altre componenti del marchio siano «trascurabili nell'impressione complessiva che esso produce che la valutazione della somiglianza»⁴⁰.

Se ne ricava che il margine di discrezionalità a beneficio di chi valuta la somiglianza tra i marchi in conflitto si riduce per quanto concerne la metodologia da osservare, dal momento che non è possibile selezionare aprioristicamente gli elementi da comparare; di converso, tale grado di autonomia si rinvigorisce in sede di valutazione sostanziale dell'elemento dominante e dell'impressione collettiva che il marchio è in grado di suscitare.

L'approccio seguito dalla Corte nelle sentenze esposte *supra* è stato in parte applicato anche per statuire sul carattere distintivo di un marchio anteriore, in conflitto con un marchio Ue depositato per ottenere la registrazione.

Preliminarmente, va osservato che l'art. 8 del Regolamento (Ce) n. 207/2009 contempla il carattere distintivo al comma 5, che si vedrà di seguito, allorché si analizzeranno alcune questioni insite nel concetto di notorietà del marchio anteriore. Nondimeno, il carattere distintivo è stato utilizzato dalla giurisprudenza Ue come parametro per l'esame della somiglianza tra marchi in conflitto ex art. 8, comma 1, lett. b., del Regolamento

³⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 19 marzo 2015 in causa n. C-182/14 P, *Mega Brands International, Luxembourg, Zweigniederlassung Zug c. UAMI*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, marzo 2015, EU:C:2015:187.

⁴⁰ V. in particolare, sentenze della Corte di giustizia 6 settembre 2012 in causa n. C-327/11, *United States Polo Association c. UAMI*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, settembre 2012, punto 57, EU:C:2012:550; 3 settembre 2009 in causa n. C-498/07 P, *Aceites del Sur-Coosur, anciennement Aceites del Sur c. UAMI*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 7371, punto 62, EU:C:2009:503.

(Ce) n. 207/2009 e ha dato luogo a spunti interessanti. Ci si riferisce, in particolare, alla sentenza *BSH*⁴¹, pronunciata a fine 2016 al termine di un procedimento di impugnazione.

Nel caso *BSH* la Corte ha confermato la sentenza di primo grado, affrontando varie questioni, ma il passaggio più importante, per lo meno ai fini del presente contributo, riguarda il bilanciamento tra due fattori: il grado di somiglianza tra marchi in conflitto e il carattere distintivo del marchio anteriore. Per l'esattezza, si trattava di stabilire se il rischio di confusione per il pubblico di riferimento potesse sussistere se vi era doppia similitudine tra prodotti delle parti della controversia e tra i marchi in conflitto, ma senza che al marchio anteriore potesse essere riconosciuto carattere distintivo.

La Corte ha accolto la possibilità di inserire il carattere distintivo del marchio anteriore tra i fattori da considerare al momento di valutare il rischio di confusione, precisando altresì che tale fattore potrebbe essere l'unico a fondare la decisione finale. Se confrontata con le letture delle precedenti sentenze sugli obblighi da rispettare in sede di valutazione della somiglianza tra prodotti/servizi e tra marchi in conflitto, il principio applicato è sempre lo stesso: si impone all'autorità che compie la valutazione di considerare la situazione concreta nel suo complesso e di utilizzare tutti i riferimenti possibili, finché sono pertinenti. Tuttavia, ciò che più conta è che la Corte, conformandosi alla propria giurisprudenza pregressa, ha confermato che anche in presenza di un marchio anteriore avente carattere distintivo debole può sorgere il rischio di confusione osteggiato dall'art. 8, comma 1, del Regolamento (Ce) n. 207/2009, purché viga il doppio binario di somiglianza più volte richiamato.

Sicché, la Corte ad oggi accetta che l'elemento del carattere distintivo possa fuoriuscire dalla sfera di applicazione dell'art. 8, comma 5, del Regolamento (Ce) n. 207/2009, per incidere sull'applicazione dell'art. 8, comma 1, lett. *b.*, ma senza che possano tollerarsi prevaricazioni di tale criterio su quella che è stata e deve rimanere la precondizione basilare per invocare un'opposizione alla registrazione di un marchio Ue ai sensi di tale ultima norma, ovvero la somiglianza o l'identità tra i prodotti/servizi oggetto dei marchi in conflitto e tra i segni dei marchi.

Un altro punto chiave della norma che disciplina gli impedimenti alla registrazione di un marchio Ue, strettamente riconducibile al carattere di-

⁴¹ Sentenza della Corte di giustizia dell'8 novembre 2016 in causa n. C-43/15 P, *BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH c. EUIPO*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, novembre 2016, EU:C:2016:837.

stintivo, è l'elemento della notorietà del marchio anteriore, anch'esso contemplato dall'art. 8, comma 5. La notorietà ha sempre giocato un ruolo fondamentale per il titolare di marchio Ue e non: il marchio previamente registrato e provvisto di notorietà di regola prevale sul marchio successivo contrastante se l'uso di quest'ultimo senza giusto motivo possa apportare, a chi ne chieda la registrazione, un indebito vantaggio dato dalla notorietà del marchio anteriore, o possa arrecare pregiudizio al titolare del marchio notorio. La portata della tutela accordata al marchio anteriore alla luce della notorietà acquisita è nazionale se il marchio è registrato in uno Stato membro o "comunitaria" se si tratta invece di marchio Ue.

Si anticipa da subito che l'ultima riforma del diritto del marchio Ue ha cambiato uno degli inderogabili presupposti di attivazione dell'art. 8, comma 5: prima, infatti, ci si poteva avvalere della notorietà di un marchio registrato per contrastare le pretese di chi volesse registrare un nuovo marchio identico o simile, ma per applicarlo a prodotti/servizi non simili; adesso, invece, il nuovo art. 8, comma 5, non fa più distinzioni circa i prodotti e servizi di richiedente e opponente, con l'effetto che quest'ultimo potrà invocare a suo vantaggio la notorietà acquisita dal proprio marchio in una casistica più ampia. Il tutto, chiaramente, stanti i requisiti dell'indebito vantaggio/prejudizio. Non va dimenticato che la modifica di cui si scrive si ispira a un orientamento giurisprudenziale alquanto radicato, che vede in *Davidoff* la sentenza capofila⁴²; eppure, l'allineamento del dato testuale all'interpretazione compiuta dalla Corte è avvenuto non già con l'adozione del Regolamento (Ce) n. 207/2009, di sei anni successivo alla sentenza *Davidoff*, ma solo con la riforma del 2015.

A proposito della sentenza *Davidoff*, si osserva che nell'occasione i giudici dell'Unione hanno dichiarato che la notorietà dell'entità precedentemente registrata non dipende dalla sussistenza di un rischio di confusione⁴³, per poi aggiungere che ciò che conta è che il pubblico interessato, a causa di un certo grado di somiglianza tra marchio e segno contestato, arrivi a creare tra di loro un nesso⁴⁴. L'osservazione si traduce nel dovere, da parte

⁴² Sentenza della Corte di giustizia del 9 gennaio 2003 in causa n. C-292/00, *Davidoff & Cie SA e Zino Davidoff SA c. Gofkid Ltd*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 389, punti 24-26, EU:C:2002:204. Cfr. anche il commento alla sentenza di M. RICOLFI, *Marchi che godono di rinomanza e beni affini nella giurisprudenza comunitaria*, in *Giur. Comm.*, 2003, II, p. 574 ss.

⁴³ Sentenza della Corte di giustizia del 9 gennaio 2003 in causa n. C-292/00, *Davidoff & Cie SA e Zino Davidoff SA c. Gofkid Ltd*, *loc. cit.*, punti 29-30.

⁴⁴ Cfr., ad esempio, sentenza della Corte di giustizia del 23 ottobre 2003 in causa n. C-408/01, *Adidas-Salomon AG e Adidas Benelux BV c. Fitnessworld Trading Ltd*, in *Raccolta* 2003, I, p. 12537, punti 28-30, EU:C:2003:582.

dell'interprete, di slegare l'art. 8, comma 5, dall'art. 8, comma 1, lett. *b*. Orbene, tale teoria era stata messa a repentaglio da una pronuncia del Tribunale dell'Unione europea, il quale, nel caso *Corte Ingles*⁴⁵, dopo avere rilevato una somiglianza concettuale di grado "tenue" tra i segni in conflitto, aveva optato per la messa in parallelo delle precondizioni relative alla somiglianza/identità negli artt. 8, comma 1, lett. *b*. e 8, comma 5, del Regolamento (Ce) n. 207/2009, per concludere che nessuna delle due ipotesi fosse applicabile. Viceversa, la Corte ha sviluppato un ragionamento più articolato, culminato con la rievocazione della giurisprudenza *Davidoff*⁴⁶. In pratica, la Corte ha ammesso che quando viene rilevata una certa somiglianza tra i marchi in conflitto, tale constatazione deve valere allo stesso modo per l'applicazione del comma 1, lett. *b*., e del comma 5 dell'art. 8 del Regolamento (Ce) n. 207/2009; al tempo stesso, però, la Corte ha aggiunto che i gradi di somiglianza tra i segni in conflitto richiesti dai due paragrafi sono ontologicamente distinti⁴⁷. Pertanto, stante la non sovrapponibilità delle precondizioni per l'applicazione dei due paragrafi dell'art. 8, se il grado di somiglianza tra segni rilevato è insufficiente a produrre un rischio di confusione per il pubblico interessato, la possibilità che lo stesso pubblico finisca anche solo per ravvicinare i segni ben può dipendere da altri fattori che non sono stati computati nell'analisi resa ai fini dell'art. 8, comma 1, lett. *b*., del Regolamento (Ce) n. 207/2009. L'inapplicabilità alla fattispecie dell'art. 8, comma 1, lett. *b*., per scarsa somiglianza non può valere in via automatica anche per l'art. 8, comma 5, in relazione al quale dovranno essere compiute valutazioni distinte: la tutela prevista dal comma 5 a favore del marchio anteriore provvisto di notorietà presuppone, dunque, un grado di somiglianza tra segni inferiore rispetto a quanto richiesto per il marchio anteriore privo di tale caratteristica.

5. I diritti assoluti che il marchio Ue conferisce al suo titolare

L'evoluzione legislativa e giurisprudenziale del diritto dei marchi Ue ha avvolto anche la norma piramidale del Regolamento (Ce) n. 207/2009,

⁴⁵ Sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 15 ottobre 2014 in causa n. T-515/12, *El Corte Inglés, SA c. UAMI*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, ottobre 2014, EU:T:2014:882.

⁴⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 10 dicembre 2015 in causa n. C-603/14 P, *El Corte Inglés, SA c. UAMI*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, dicembre 2015, EU:C:2015:807.

⁴⁷ *Ibid.*, punti 41-42.

cioè l'art. 9, che disciplina i diritti esclusivi del titolare di un marchio Ue registrato.

In linea di massima, i diritti esclusivi attribuiti a chi abbia validamente registrato un marchio Ue si sostanziano nella possibilità di vietare ad altri soggetti di tenere, limitatamente all'uso dei segni nel commercio⁴⁸, condotte analoghe a quelle che ricadono tra gli impedimenti relativi. Di talché, il titolare di un marchio Ue potrà invocare l'art. 9 specialmente contro il terzo che utilizzi un segno identico al marchio Ue ed in relazione a prodotti/servizi identici⁴⁹, oppure contro il terzo che usi segni identici o simili al marchio Ue per prodotti identici o simili quando ciò determini un rischio di confusione per il pubblico interessato⁵⁰. A fianco a ciò, la norma repli-

⁴⁸ La Corte di giustizia ha stabilito che l'uso del segno identico al marchio nel commercio si ha quando l'operazione si colloca nell'ambito di un'attività commerciale finalizzata a un vantaggio economico e non nell'ambito privato (sentenza della Corte di giustizia del 12 novembre 2002 in causa n. C-206/01, *Arsenal Football Club plc c. Matthew Reed*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 10273, punto 40, EU:C:2002:373). La questione ha presentato problematiche nel caso di chi opera via internet, specie se si tratta di prestatori di servizi di posizionamento: al riguardo, la Corte di giustizia ha escluso che questi possano ricadere nell'ambito di applicazione della disposizione che sottopone i diritti esclusivi del titolare del marchio al fatto che il segno in conflitto sia usato nel commercio, poiché «l'uso di un segno identico o simile al marchio del titolare da parte di un terzo comporta, quanto meno, che quest'ultimo utilizzi il segno nell'ambito della propria comunicazione commerciale» (sentenza della Corte di giustizia del 23 marzo 2010 in cause riunite n. C-236/08, n. C-237/08 e n. C-238/08, *Google France SARL e Google Inc. c. Louis Vuitton Malletier SA, Google France SARL c. Viaticum SA e Luteciel SARL e Google France SARL c. Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL e altri*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 2417, punti 56-58, EU:C:2009:569).

⁴⁹ Circa il *test* della doppia identità, si puntualizza che la Corte di giustizia ha dichiarato che occorre interpretare il requisito in maniera restrittiva: vi è identità tra segno e marchio quando il primo riproduce, senza modifiche né aggiunte, tutti gli elementi che compongono il secondo, anche se le differenze minori normalmente non riconoscibili dal pubblico sono irrilevanti nell'economia del *test*. Conta più che altro l'identità visiva. V., ad esempio, sentenza della Corte di giustizia del 20 marzo 2003 in causa n. C-291/00, *TJ Diffusion SA c. Sadas Vertbaudet SA*, in *Raccolta* 2003, I, p. 2799, punti 50-53, EU:C:2003:169: la norma esaminata era l'art. 5, comma 1, lett. a., della direttiva n. 89/104/Cee, coincidente con la disposizione corrispondente contenuta nel Regolamento sul marchio Ue.

⁵⁰ In questo senso, a titolo meramente esemplificativo, nel caso *Loutfi Management* (sentenza della Corte di giustizia del 25 giugno 2015 in causa n. C-147/14, *Loutfi Management Propriété Intellectuelle SARL c. AMJ Meatproducts NV e Halalsupply NV*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, giugno 2015, EU:C:2015:420) la Corte ha risolto la questione asserendo che il rischio di confusione deve essere valutato in considerazione di tutti i fattori che incidono sui simboli dei marchi e che ogni fattore dovrà essere ponderato in base al pubblico che si suppone possa essere il principale consumatore dei prodotti o fruitore dei servizi coperti dai marchi in conflitto (punti 21-23). Invero, dalla giurisprudenza della Corte si desumono criteri in tutto e per tutto simili a quelli evocati in merito alla valutazione sul rischio di confusione da compiere secondo l'art. 8: v. sentenze della Corte di giustizia 6 ottobre 2005 in causa n. C-120/04, *Medion AG c. Thomson multimedia Sales Germany & Austria GmbH*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 8551, punti 27-30, EU:C:2005:594; 22 giugno 1999 in causa n. C-342/97, *Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH c. Klijsen Handel BV*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 3819, punti 18-20, EU:C:1999:323. Va poi specificato che l'art. 9 del Regolamento (Ce) n. 207/2009 vietava, ai sensi dell'allora primo comma (oggi secondo comma), una serie di attività: l'apposizione del segno sui prodotti o sul loro imballaggio; l'offerta, l'immissione in commercio o lo stoccaggio dei prodotti a tali fini oppure l'offerta o la fornitura di servizi sotto la copertura del

cava il divieto del terzo, ex art. 8, di usare segni identici o simili a quelli contenuti nel marchio Ue anteriormente registrato e provvisto di notorietà, indipendentemente dalla sussistenza di un rischio di confusione per il pubblico, ma a patto che dall'uso dei segni fatto dal terzo derivasse l'indebito vantaggio/pregiudizio cui si è accennato nel paragrafo precedente⁵¹. Insomma, le considerazioni generali sull'essenza dei limiti alla registrazione del marchio Ue in relazione all'art. 8 del Regolamento (Ce) n. 207/2009 valgono *a contrario* per i diritti del titolare di marchio Ue previsti dall'art. 9, anche per quanto riguarda l'insieme dei criteri da seguire in sede di comparazione.

Fatte queste succinte premesse, occorre ora dare conto di come il legislatore dell'Unione è intervenuto sull'art. 9 del Regolamento (Ce) n. 207/2009 per apportare modifiche più o meno favorevoli al titolare dei diritti esclusivi insiti nel marchio Ue e di quale apporto interpretativo sia stato fornito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia a cavallo della riforma.

segno; l'importazione o l'esportazione dei prodotti sotto la copertura del segno; l'uso del segno come nome commerciale o denominazione sociale o come parte di essi; l'uso del segno nella corrispondenza commerciale o nella pubblicità. A queste attività, la riforma del 2015, intervenendo su quello che nel frattempo è divenuto il terzo comma dell'art. 9, ha aggiunto il divieto di usare un segno come nome commerciale, denominazione sociale o come parte di essi e il divieto di usare il segno nella pubblicità comparativa, ma non in via generale, bensì in spregio alla direttiva n. 2006/114/Ce.

⁵¹ Relativamente alla notorietà del marchio registrato, si rinvia alle considerazioni fatte nell'analisi dell'art. 8. In questa sede giova precisare che la Corte ha affermato che si ha notorietà se il marchio è conosciuto da una parte significativa del pubblico interessato ai prodotti o servizi contraddistinti da detto marchio, sulla base di una valutazione realizzata tenendo conto di tutti i fattori rilevanti (sentenza della Corte di giustizia del 14 settembre 1999 in causa n. C-375/97, *General Motors Corporation c. Yplon SA*, in *Raccolta* 1999, I, p. 5421, punti 26-27, EU:C:1999:408); a livello territoriale, il requisito relativo alla notorietà deve considerarsi soddisfatto qualora il marchio Ue goda di notorietà in una parte sostanziale del territorio dell'Unione, anche se la Corte, considerando tutti i fattori di rilievo nel caso di specie, ha concluso che è astrattamente possibile che la notorietà del marchio Ue sia sussistente qualora si estenda a un solo Stato membro (sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 2009 in causa n. C-301/07, *PAGO International GmbH c. Tirolmilch registrierte Genossenschaft mbH*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 9429, punti 27-29, EU:C:2009:611). Le sentenze in questione sono l'esito di operazioni di interpretazione rese principalmente in merito all'inquadramento dell'elemento «notorietà» nei diritti esclusivi, ma si intende che i rilievi effettuati contano anche in relazione agli impedimenti relativi. Limitatamente ai requisiti dell'indebito vantaggio tratto dal terzo o del pregiudizio sofferto dal titolare del marchio notorio, è interessante constatare come la giurisprudenza Ue abbia fissato criteri più flessibili per la dimostrazione del primo (cfr., in particolare, sentenza della Corte di giustizia del 18 giugno 2009 in causa n. C-487/07, *L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC and Laboratoire Garnier & Cie c. Bellure NV, Malaika Investments Ltd and Starion International Ltd*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 5185, punti 48-49, EU:C:2009:378) e più rigidi per provare l'esistenza del secondo (cfr., in particolare, sentenza della Corte di giustizia del 27 novembre 2008 in causa n. C-252/07, *Intel Corporation Inc. c. CPM United Kingdom*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 8823, punti 76-77, EU:C:2008:655); cfr. anche A. KUR, *Harmonization of Intellectual*, cit. supra, nota 2, p. 792 ss.

Si nota immediatamente che il del Regolamento (Ue) n. 2424/2015 ha riformulato il secondo comma dell'art. 9 del Regolamento (Ce) n. 207/2009 esplicitando che la tutela accordata al titolare del marchio Ue va subordinata agli eventuali diritti dei terzi acquisiti prima della data di deposito o della data di priorità del marchio Ue. La disposizione in commento non solo funge da raccordo con l'art. 8, ma si pone in linea con il diritto internazionale rilevante in materia, come suggerisce il *considerando* n. 12 del Regolamento del 2015: in questo senso, ci si riporta all'art. 16, comma 1, dell'accordo «TRIPS»⁵². Le cautele con le quali il terzo avente diritto viene ora assistito rappresentano un passo avanti nella certezza del diritto e fanno fronte a comprovate carenze della regolamentazione primigenia⁵³.

La riforma del 2015 non perde di vista l'esigenza di instaurare un parallelismo tra art. 8 e art. 9 sulla notorietà del marchio registrato. L'art. 9, comma 2, lett. c., del Regolamento (Ce) n. 207/2009 muta in corrispondenza del nuovo art. 8, comma 5, anche in ossequio ad una giurisprudenza che aveva giustamente affermato l'autonomia della valutazione sulla notorietà rispetto al giudizio sul rischio di confusione per il pubblico, insito nell'art. 9, comma 1, lett. b. Riallacciandosi all'orientamento giurisprudenziale di riferimento⁵⁴, di cui non vi era traccia nel testo del Regolamento sul marchio Ue al 2009, l'ultima modifica ha scorporato la notorietà del marchio Ue dalla tipologia dei prodotti e servizi coperti dai segni in competizione: ad oggi, il raffronto sulla somiglianza o identità dei segni è da considerarsi ininfluenza, tanto che il titolare del marchio Ue dotato di notorietà potrà reagire all'indebito vantaggio/pregiudizio anche se i prodotti e servizi in comparazione sono simili o addirittura identici.

Altro aspetto centrale nell'odierna normativa sul marchio Ue è l'espresso ampliamento delle forme di tutela ascrivibili ai diritti esclusivi dell'art. 9.

⁵² Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio, in *Gu-Ue* n. L 336 del 23 dicembre 1994, p. 223 ss. Secondo l'art. 16, comma 1, «(i) titolare di un marchio registrato ha il diritto esclusivo di vietare ai terzi, salvo proprio consenso, di usare nel commercio segni identici o simili per prodotti o servizi identici o simili a quelli per i quali il marchio è stato registrato, qualora tale uso possa comportare un rischio di confusione. In caso di uso di un segno identico per prodotti o servizi identici si presume che vi sia un rischio di confusione. I diritti di cui sopra non pregiudicano eventuali diritti anteriori, né compromettono la facoltà dei membri di concedere diritti in base all'uso».

⁵³ Anche gli autori dello Studio dell'Istituto Max Planck (*cit. supra*, nota 4, p. 108) avevano caldeggiato l'inclusione nell'art. 9 del Regolamento sul marchio Ue di simili disposizioni a favore del terzo titolare di diritti anteriori.

⁵⁴ Cfr. sentenze della Corte di giustizia 9 gennaio 2003 in causa n. C-292/00, *Davidoff & Cie SA e Zino Davidoff SA c. Gofkid Ltd*, *cit. supra*, nota 42, e 23 ottobre 2003 in causa n. C-408/01, *Adidas-Salomon AG e Adidas Benelux BV c. Fitnessworld Trading Ltd*, *cit. supra*, nota 44.

Spicca innanzitutto il nuovo art. 9 *bis* sull'anticipazione della tutela da atti di contraffazione agli atti preparatori, cioè all'uso che viene fatto dell'imballaggio o di taluni elementi accessori ai prodotti o ai servizi coperti dal marchio virtualmente in contrasto con il marchio Ue registrato. L'art. 9 *bis* aggiunto dal Regolamento (Ue) n. 2424/2015 reca precetti tutt'altro che secondari. Spingendosi oltre le limitate conclusioni della Corte di giustizia in materia⁵⁵, l'art. 9 *bis* consente al titolare del marchio Ue di inibire varie attività di altri soggetti già in presenza di un rischio di contraffazione e già nel caso in cui tale rischio non riguardi in concreto il prodotto o il servizio in sé: vengono, infatti, menzionati l'imballaggio, le etichette, i cartellini, le caratteristiche o i dispositivi di autenticazione o altri mezzi sui quali è apposto il marchio controverso. Orbene, una volta accertato il rischio di cui sopra, il titolare del marchio Ue potrà vietare l'apposizione del segno identico o simile sui suddetti elementi, nonché la loro offerta, immissione in commercio, importazione o esportazione, oltre al loro stoccaggio per tali fini.

Si suppone che l'art. 9 *bis* non sarà immune da interventi di natura esegetica ad opera delle autorità competenti, a cominciare dall'EUIPO, e degli organi giurisdizionali dell'Unione. Prioritariamente, si dovrà fare luce sull'essenza e la portata del rischio, per addivenire a un equo bilanciamento tra le esigenze di garantire con effettività i diritti del marchio Ue e di assicurare una fluida circolazione di merci e servizi nel mercato dell'Unione. In secondo luogo, sarà opportuno comprendere quali siano gli «altri mezzi» cui accenna l'art. 9 *bis*, nel tentativo non tanto di pervenire a un elenco chiuso, ma di individuare criteri strumentali ad un grado quanto più elevato di certezza del diritto.

Il Regolamento sul marchio Ue si è poi arricchito di più disposizioni riguardanti le merci provenienti da Stati terzi, nel tentativo di assegnare al titolare del marchio Ue un grado superiore di protezione avverso atti di contraffazione. All'art. 9 è stato accluso un quarto comma, volto a consentire al titolare del marchio Ue debitamente registrato il diritto di impedire ai terzi di introdurre nel mercato Ue prodotti contraffatti, pena il sequestro e la distruzione della merce. Fondamentalmente, questa tutela addizionale costituisce uno snodo rispetto alla presa di posizione della Corte di giustizia nella celebre sentenza *Philips e Nokia*, che aveva assoggettato il "blocco" delle merci *extra* Ue contraffatte all'esigenza di dimostrare che tali

⁵⁵ In particolare, sentenza della Corte di giustizia del 12 novembre 2002 in causa n. C-206/01, *Arsenal Football Club plc c. Matthew Reed*, cit. *supra*, nota 48, punti 51-56, in cui si richiede l'esistenza di un più stringente collegamento materiale tra il segno controverso e i prodotti/servizi di riferimento.

merci fossero destinate ad essere messe in commercio nell'Unione europea, non essendo sufficiente il loro semplice transito sul territorio doganale dell'Unione⁵⁶.

Prendendo le distanze dal regime vieppiù gravoso imposto dalla Corte di giustizia mediante la sentenza *Philips e Nokia*, ai titolari di marchio Ue, Parlamento europeo e Consiglio hanno tracciato la rotta per sovvertire un orientamento che, nell'imporre un onere della prova così difficilmente assolvibile, aveva suscitato numerose critiche. In più, impostare tale limite in termini più stringenti può sicuramente contribuire ad attenuare i pericoli che al titolare del marchio Ue derivano dal commercio via internet e dall'eventualità che il contraffattore possa beneficiare di questo strumento per eludere i divieti posti a suo carico in territorio Ue per ragioni di tutela della proprietà industriale; sul punto, va comunque annotato che la Corte, forse condizionata dalla proposta di modifica del Regolamento sul marchio Ue, aveva preso ad andare incontro alle esigenze del titolare del marchio Ue prima che il Regolamento del 2015 fosse adottato⁵⁷.

La tutela a favore del titolare del marchio Ue sembra inoltre rafforzata dall'estensione del divieto ai casi di apposizione del marchio contraffatto soltanto sull'imballaggio delle merci.

Tuttavia, se di primo acchito il Regolamento sul marchio Ue dà l'impressione di avere favorito una maggiore armonia tra prassi e dato normativo, a ben vedere permangono ostacoli in grado di sminuire la portata dell'art. 9, comma 4.

⁵⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 1° dicembre 2011 in cause riunite n. C-446/09 e n. C-445/09, *Koninklijke Philips Electronics NV c. Lucheng Meijing Industrial Company Ltd e altri e Nokia Corporation c. Her Majesty's Commissioners of Revenue and Customs*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 12435, punti 55-66, EU:C:2011:796. Precedentemente, cfr., ad esempio, sentenze della Corte di giustizia 9 novembre 2006 in causa n. C-281/05, *Montex Holdings Ltd c. Diesel SpA*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 10881, punti 27 e 34, EU:C:2006:709; 23 ottobre 2003 in causa n. C-115/02, *Administration des douanes et droits indirects c. Rioglass SA e Transremar SL*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 12705, punti 25-29, EU:C:2003:587.

⁵⁷ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 6 febbraio 2014 in causa n. C-98/13, *Martin Blomqvist c. Rolex SA e Manufacture des Montres Rolex SA*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, febbraio 2014, EU:C:2014:55, massimata in questa *Rivista*, 2014, p. 575. Nel caso *Blomqvist* una merce contraffatta era stata venduta via internet da un soggetto operante in uno Stato terzo, e tramite sito internet localizzato in quello Stato terzo, a un acquirente di uno Stato membro che aveva comprato il prodotto *on-line*; la merce contraffatta era stata bloccata alla dogana danese (era stato applicato il Regolamento (Ce) n. 1383/2003). La Corte ha stabilito che, se è vero che per invocare i diritti esclusivi conferiti dal marchio Ue non basta rilevare che un sito internet situato in un Paese terzo metta in vendita prodotti contraffatti (che potrebbero certamente essere destinati a una clientela *extra-Ue*), è sufficiente dimostrare che sia stato concluso un atto commerciale avente ad oggetto i prodotti contraffatti e diretto verso i consumatori del territorio Ue. Perciò, la vendita di tali prodotti fa scattare il meccanismo della protezione dell'art. 9 già prima dell'ingresso dei prodotti in territorio Ue, benché la tutela valga dal momento dell'effettivo ingresso, e indipendentemente dal fatto che il venditore li abbia pubblicamente offerti o pubblicizzati.

L'art. 9, comma 4, del Regolamento (Ce) n. 207/2009 precisa che il divieto potrà trovare applicazione solo in ambito commerciale e per merci che non risultino già essere circolanti in libera pratica nel mercato interno dell'Unione. Non è qui che si situa il problema principale, ma è doveroso tenere a mente questa prima delimitazione della portata del divieto in discorso.

Più controversa è la questione della comparazione tra marchi contrapposti. Non si può trascurare che, a margine di tutto quanto appena osservato, il divieto per le merci contraffatte in transito nel territorio Ue sarà invocabile unicamente se il conflitto riguarda due marchi identici o, quantomeno, se il marchio del contraffattore non può essere «distinto nei suoi aspetti essenziali» dal marchio Ue. Si capisce che il requisito della somiglianza tra i segni tenderà a rivelarsi insufficiente ai fini della prevalenza dei diritti del titolare del marchio Ue, esponendolo ad una situazione di rischio potenzialmente fuori controllo: inutile dire che i casi di contraffazione sono molto più frequentemente caratterizzati dal contrasto tra marchi simili, piuttosto che tra marchi identici o quasi.

Parimenti, il presunto contraffattore (nella persona del dichiarante o del detentore dei prodotti) mantiene la possibilità di inibire il divieto dell'art. 9, comma 4, se prova che, in virtù del marchio applicato ai prodotti immessi e pronti a transitare in territorio Ue, il titolare del marchio Ue non può vantare diritti nello Stato membro di destinazione finale delle merci.

Si ritiene che i contenuti di base di questi ultimi due limiti all'applicazione dell'art. 9, comma 4, dovranno essere raffinati e ci si aspetta che di essi venga fornita un'interpretazione considerevolmente restrittiva per ovviare ad inconvenienti paradossali, quali la compromissione dell'effetto utile della norma.

A margine dello studio sulle maggiori novità dell'art. 9 della normativa sul marchio Ue, si vuole introdurre un tema significativo, ma non del tutto limpido: i rimedi a favore del titolare di marchio Ue in seguito ad atti illeciti commessi da terzi.

Non stupisce che la questione di quanto debba essere riconosciuto a chi abbia subito atti di contraffazione di un marchio Ue presenti contorni sfumati, perché i Regolamenti del 1994, 2009 e 2015 demandano la concreta risoluzione del problema alla legislazione nazionale: lo si deduce precipuamente dall'art. 101. Necessariamente, non può che essere la Corte di giustizia a stabilire eventuali principi guida di livello sovranazionale; e ciò è parzialmente avvenuto proprio nei mesi successivi all'entrata in vigore del Regolamento (Ue) n. 2424/2015 con la sentenza *Nikolajeva*⁵⁸.

⁵⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 22 giugno 2016 in causa n. C-280/15, *Irina Nikolajeva c. Multi Protect OÜ*, inedita in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, EU:C:2016:467.

Nella sentenza *Nikolajeva* è stato approfondito il diritto del titolare del marchio Ue a un «equo indennizzo» per fatti di terzi posteriori alla pubblicazione di una domanda di marchio Ue che, dopo la pubblicazione della registrazione, sarebbero vietati in base alla tutela accordata al marchio Ue dal Regolamento (il precedente art. 9, comma 3, del Regolamento (Ce) n. 207/2009, oggi art. 9 *ter*). Conformandosi appieno al testo della disposizione, nella sentenza *Nikolajeva* la Corte ha negato l'eventualità che l'equo indennizzo possa essere giustificato per atti anteriori alla pubblicazione della domanda di registrazione⁵⁹. In più, la Corte ha definitivamente fatto coincidere la nozione di «equo indennizzo» con la restituzione dei profitti tratti da terzi dall'utilizzo di tale marchio nel periodo successivo alla pubblicazione della domanda di registrazione del marchio Ue. Si è avuta la conferma che l'equo indennizzo previsto dal Regolamento sul marchio Ue è indubbiamente più ristretto rispetto al risarcimento del danno da contraffazione⁶⁰: con ciò, nell'equo indennizzo non potrà essere fatta rientrare la compensazione del danno più ampio eventualmente sofferto dal titolare del marchio Ue.

⁵⁹ Per quanto possa sembrare scontata tale decisione, non sempre la Corte si è mantenuta entro i confini previsti da una disposizione sul diritto del marchio Ue quando si trattava di riconoscere la sussistenza di un diritto specifico. Viene in mente, ad esempio, il caso *Hassan* (sentenza della Corte di giustizia del 4 febbraio 2016 in causa n. C-163/15, *Youssef Hassan c. Breiding Vertriebsgesellschaft mbH*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, febbraio 2016, EU:C:2016:71) sui diritti del licenziatario di un marchio Ue. Malgrado l'art. 23, comma 1, prima frase, del Regolamento (Ce) n. 207/2009, subordini l'opponibilità ai terzi dei diritti di chi abbia ottenuto un il marchio Ue in licenza dal rispettivo titolare all'iscrizione nel registro degli atti giuridici costitutivi delle rispettive situazioni giuridiche, nella sentenza *Hassan* la Corte ha finito per aggirare parzialmente detto limite. Secondo la Corte è d'uopo distinguere l'opponibilità in generale dall'ipotesi speciale dell'azione di contraffazione, giacché la *ratio* dell'art. 23, comma 1, prima frase, del Regolamento (Ce) n. 207/2009 è tutelare il terzo che possa validamente vantare diritti sul marchio; tuttavia, in caso di contraffazione il terzo non riveste la qualifica di titolare di diritti, avendo commesso un atto illegittimo che si colloca al di fuori della garanzia riconosciutagli dall'art. 23, comma 1, prima frase, del Regolamento (Ce) n. 207/2009. Pertanto, il licenziatario può agire per contraffazione del marchio Ue oggetto della licenza anche se la licenza non è stata iscritta nel registro, onde evitare che l'omissione di un requisito procedurale possa determinare la soccombenza del titolare di un diritto del marchio Ue nei confronti di chi non abbia titolo alcuno per invocare diritti collegati al marchio. Per contro, la Corte ha rinvenuto che lo stesso non vale per il cessionario del marchio Ue, preso atto dell'art. 17, comma 6, del Regolamento (Ce) n. 207/2009. Se ne ricava che l'inadempimento di tale onere per il cessionario produce conseguenze peggiori, dato che la mancata iscrizione degli atti giuridici che costituiscono una licenza o un diritto reale non implica automaticamente l'impossibilità di fare valere i diritti del marchio Ue nei confronti dei terzi, laddove ciò sia possibile (ad esempio, se il terzo è un contraffattore).

⁶⁰ In questa pronuncia, la Corte ha *in primis* ricordato che, se il titolare del marchio Ue chiede il risarcimento del danno per atti di contraffazione lesivi del diritto esclusivo del titolare di marchio Ue, il dovuto può ammontare a una compensazione integrale del pregiudizio concretamente subito, capace di includere, se del caso, il danno morale (*ibid.*, punto 56). Logicamente, la Corte non si è spinta oltre questa precisazione, siccome la valutazione sugli elementi quanti-qualitativi del danno risarcibile è rimessa, in forza del già ricordato art. 101, comma 2, del Regolamento sul marchio Ue al diritto nazionale dello Stato membro interessato.

La sentenza *Nikolajeva* non si distingue tanto per l'originalità delle affermazioni della Corte, quanto per la maggiore chiarezza apportata al tema dibattuto. Il doppio binario che la Corte ha tracciato rappresenta la soluzione più logica in considerazione delle diversità intrinseche ad entrambe le fattispecie: un'interpretazione opposta non potrebbe dirsi conforme al Regolamento sul marchio Ue, anche dopo le variazioni del 2015, atteso che ciò equivarrebbe ad appiattare la registrazione del marchio Ue con la mera pubblicazione della relativa domanda, confondendo l'esistenza di un diritto esclusivo con la notorietà di un fatto da cui può sorgere un diritto "condizionato".

6. I limiti ai diritti esclusivi

I diritti esclusivi che l'art. 9 del Regolamento (Ce) n. 207/2009 attribuisce al titolare di un marchio Ue registrato devono essere letti anche in corrispondenza dei limiti contenuti all'art. 12, che logicamente non devono essere confusi con gli impedimenti alla registrazione.

Le modifiche che il Regolamento (Ue) n. 2424/2015 ha apportato all'art. 12 a prima vista sembrano di contorno, ma ad uno sguardo approfondito rivelano una sostanza più consistente di quella apparente.

Sono tre le fattispecie inserite nella tassonomia di limiti ai diritti esclusivi, accomunate dalla circostanza che la loro applicabilità dipende dall'uso del marchio, da parte del terzo, in conformità alle pratiche industriali e commerciali.

La prima riguarda l'uso nel commercio del nome e dell'indirizzo del terzo nel segno in conflitto con il marchio Ue anteriormente registrato. Fino all'entrata in vigore del nuovo Regolamento, il limite dell'art. 12, lett. a., era potenzialmente difficile da contrastare, poiché la disposizione non tracciava confini certi: in questo vasto cono d'ombra trovava spazio un ampio margine di manovra dell'interprete, che per certi versi poteva quasi sostituirsi al legislatore. Non è un caso che la Corte di giustizia abbia colto l'occasione per favorire oltremisura i diritti di una delle parti in conflitto, precisamente del terzo: di conseguenza, la giurisprudenza Ue formatasi tra le larghe maglie dell'originaria versione dell'art. 12, lett. a., aveva avuto l'effetto di indebolire i diritti esclusivi del titolare di un marchio Ue e di irrobustire i presupposti per la nascita di conflitti tra proprietari di entità⁶¹.

⁶¹ Cfr. sentenze della Corte di giustizia 11 settembre 2007 in causa C-17/06, *Céline SARL c. Céline SA*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 7041, punti 30-32, EU:C:2007:497, massimata in questa *Rivista*, 2008, p. 96; 16 novembre 2004 in causa n. C-245/02, *Anheuser-Busch Inc. c. Budějovický Budvar, národní podnik*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 10989, punti 76-80, EU:C:2004:717. Si

Tra l'altro, ciò era accaduto in pendenza di revisione del Regolamento del 1994, ma senza che poi il testo del Regolamento (Ce) n. 207/2009 venisse espressamente adeguato alla visione della Corte o alle esigenze opposte del titolare di diritti esclusivi.

Il problema è stato ridimensionato in seguito alla netta inversione di tendenza realizzata con il Regolamento del 2015: ora l'art. 12, lett. *a.*, circo-scrive l'impossibilità per il titolare del marchio Ue di impedire al terzo l'uso nel commercio di nome e indirizzo del terzo sui propri segni solo qualora il terzo sia una persona fisica. Il cambio di approccio è pressoché radicale: va da sé che in questo modo l'equilibrio imposto dalla Corte di giustizia dei primi anni 2000 si ristabilisce a favore del titolare dei diritti esclusivi derivanti dal marchio Ue. Inoltre, l'attuale art. 12, lett. *a.*, deve pur sempre essere letto con la dichiarata esigenza di considerare la posizione del titolare di un marchio Ue nel rispetto dei diritti acquisiti dai terzi (*incipit* dell'art. 9, comma 2) ed è coerente con il nuovo art. 9, comma 3, lett. *d.*, il quale, come specificato nel paragrafo precedente, consente a chi abbia registrato un marchio Ue di vietare al terzo, *ex multis*, l'uso del segno come nome commerciale o denominazione sociale o come parte di essi.

La seconda ipotesi dell'art. 12, descritta alla lett. *b.*, concerne l'uso in senso descrittivo che il terzo può fare dei segni, uso che, nei termini di liceità indicati poc'anzi, il titolare del marchio Ue non potrebbe vietare: la disposizione, in particolare, fa riferimento all'uso di indicazioni relative alla specie, alla qualità, alla quantità, alla destinazione, al valore, alla provenienza geografica, all'epoca di fabbricazione del prodotto o di prestazione del servizio o ad altre caratteristiche del prodotto o servizio. Se raffrontato con il limite *sub a.*, quello *sub b.* è stato rivisto in chiave diversa, giacché adesso ricomprende anche i «segni non distintivi» in generale: ne discende che aumenta il grado di protezione offerto al terzo e che in maniera quasi direttamente proporzionale viene incrementata la certezza giuridica della fattispecie, non essendo più in questione il carattere distintivo del segno, spesso da valutare caso per caso. Pare poi che l'art. 12, lett. *b.*, debba essere interpretato sì da ricomprendere al suo interno anche i casi in cui il marchio non è percepito come indicazione di origine dei prodotti/servizi dal pubblico interessato.

Più semplice, invece, la terza ipotesi: il nuovo art. 12, lett. *c.*, inibisce al titolare del marchio Ue di vietare al terzo l'uso di tale marchio se il fine

precisa che la sentenza si riferiva all'art. 6, lett. *a.*, della direttiva n. 89/104/Cee, coincidente con l'art. 12, lett. *a.*, del Regolamento (Ce) n. 40/94.

perseguito dal terzo è identificare o fare riferimento a prodotti o servizi come quelli del titolare del marchio Ue⁶².

7. L'uso effettivo del marchio Ue come condizione del mantenimento dei relativi diritti

Nei Regolamenti che nel tempo si sono succeduti per disciplinare il marchio comunitario/Ue, all'interno del titolo sul diritto dei marchi una sezione apposita è stata dedicata al requisito dell'uso prolungato, quale condizione necessaria per mantenere la validità della registrazione. L'art. 15 dei vari Regolamenti è servito a sanzionare la carenza di «uso effettivo» del marchio Ue nell'Unione da parte del suo titolare senza giustificato motivo: allo scopo, è stato fissato un preciso limite temporale di cinque anni dalla registrazione del marchio o, se il non uso si manifesta successivamente, dall'inizio di un'eventuale sospensione. Il non uso quinquennale del marchio Ue comporta sanzioni, fino a provocare la decadenza del titolare dai diritti del marchio, come dispone l'art. 51, comma 1, lett. a.⁶³.

⁶² La regola dell'art. 12, lett. c., si applica in particolare se l'uso che il terzo fa del marchio Ue è necessario per contraddistinguere la destinazione di un prodotto o di un servizio, specie accessori o pezzi di ricambio, ma ciò non è che una mera esemplificazione. Questa esemplificazione era invece la regola nella versione precedente dell'art. 12, lett. c., che non contemplava la suddetta finalità di identificare o fare riferimento ai prodotti o servizi del titolare del marchio Ue, anche se la Corte di giustizia aveva provveduto ad attutire l'apparente rigidità della disposizione (sentenza della Corte di giustizia del 17 marzo 2005 in causa n. C-228/03, *The Gillette Company e Gillette Group Finland Oy c. LA-Laboratories Ltd Oy*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 2337, punto 32, EU:C:2005:177).

⁶³ Secondo l'art. 51, comma 1, del Regolamento (Ue) n. 207/2009/Ce «(i)l titolare del marchio comunitario è dichiarato decaduto dai suoi diritti su domanda presentata all'Ufficio o su domanda riconvenzionale in un'azione per contraffazione: a) se il marchio, per un periodo ininterrotto di cinque anni, non ha formato oggetto di un uso effettivo nella Comunità per i prodotti o i servizi per i quali è stato registrato, e non vi sono ragioni legittime per la mancata utilizzazione (...)». Cfr. anche artt. 10 e 12 della direttiva n. 2008/95/Ce. Il requisito dell'uso, a prescindere dagli aggettivi o avverbi ad esso associati dalla disposizione di riferimento, è previsto anche in altri titoli del Regolamento sul marchio Ue. In particolare, il Regolamento prevede un onere di dimostrazione di «uso serio» del marchio per almeno cinque anni su identici prodotti/servizi a carico di chi intende fare valere l'antioriorità del proprio marchio nell'intento di impedire la registrazione del segno successivo (art. 42 del Regolamento (Ue) n. 207/2009/Ce, tra l'altro modificato dal Regolamento (Ue) n. 2424/2015). Ora, anche se entrambi gli accertamenti mirano ad evitare che si formino monopoli illimitati su segni aventi funzioni piuttosto chiare, gli artt. 15 e 42 presentano più di una differenza sostanziale e procedurale: su tutte, il combinato disposto degli artt. 15 e 51 opera *ex post*, poiché il non uso effettivo di cinque anni in questo caso determina la caducazione dei diritti conseguiti con la registrazione del marchio, travolgendo anche il marchio stesso, che viene invalidato; invece, dalle sinergie tra gli artt. 42 e 57 deriva che gli effetti dell'uso/non uso serio per almeno cinque anni riguardano solo le sorti della registrazione del marchio posteriore, ben potendo il marchio anteriore continuare ad esistere.

Per aiutare a comprendere in cosa dovesse consistere l'uso (effettivo) di un marchio Ue, anche in virtù di un apporto giurisprudenziale abbastanza debole⁶⁴, fino alla versione del 2009 l'art. 15 del Regolamento sul marchio Ue tracciava due ipotesi esemplificative, che certamente non esaurivano le possibili manifestazioni di tale concetto. Secondo uno dei due esempi, può costituire uso del marchio Ue l'utilizzazione dello stesso in una forma che si differenzia per taluni elementi che non alterano il carattere distintivo del marchio nella forma in cui esso è stato registrato. Detto altrimenti, anche se il titolare del marchio Ue decide di avvalersi di nuovi segni, la preclusione dell'art. 15 (accompagnata dalla decadenza dell'art. 51) non scatta se quei segni non intaccano il carattere distintivo del marchio; la valutazione va compiuta su ciò che risultava essere stato registrato.

Con l'entrata in vigore del Regolamento (Ue) n. 2424/2015, il nuovo art. 15, comma 1, lett *a.*, ripropone l'esemplificazione precedente, ma aggiunge che non rileva il fatto che il marchio sia o no registrato nella forma in cui è usato a nome del titolare. Pertanto, il titolare del marchio Ue riuscirà a resistere più facilmente agli effetti negativi del non uso quinquennale.

Lo stesso art. 15, comma 1, lett *a.*, solleva il problema del giudizio sul carattere distintivo del marchio Ue, perché da questo dipende la statuizione su un eventuale non uso quinquennale, con tutte le conseguenze del caso. Per l'autorità competente è quindi doveroso compiere l'analisi seguendo criteri che siano il più possibile oggettivi, onde evitare di giungere a conclusioni, in un senso o nell'altro, che siano viziate da un eccesso di discrezionalità. Per certi versi, ha senso chiedersi se i criteri sulla valutazione del carattere distintivo finalizzata ad altri tipi di giudizio visti in precedenza possano essere mutuati per compiere la valutazione dell'art. 15, comma 1, lett. *a.* Ancora una volta, la Corte di giustizia è venuta in soccorso.

⁶⁴ La giurisprudenza della Corte di giustizia sull'uso effettivo quinquennale non ha introdotto criteri particolarmente illuminanti per consentire di stabilire in maniera sufficientemente precisa quando potesse sussistere tale requisito: più che altro, la Corte ha identificato alcuni aspetti che non possono inficiare il diritto del titolare del marchio, preferendo lasciare all'interprete del caso concreto il compito di pronunciarsi in base agli elementi di volta in volta rilevanti. Cfr. sentenza della Corte di giustizia dell'11 maggio 2006 in causa n. C-416/04 P, *The Sunrider Corp. c. UAMI*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 4237, punti 70-72, EU:C:2006:310; ordinanza della Corte di giustizia del 27 gennaio 2004 in causa n. C-259/02, *La Mer Technology Inc. c. Laboratoires Goemar SA*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 1159, punti 22-25, EU:C:2004:50; sentenza della Corte di giustizia dell'11 marzo 2003 in causa n. C-40/01, *Ansul BV c. Ajax Brandbeveiliging BV*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 2439, punti 36-42, EU:C:2003:145. Soprattutto, l'uso effettivo di un marchio Ue non può dipendere dal fatto che il marchio sia usato in più di uno Stato membro.

Rivedendo le conclusioni del Tribunale dell'Unione europea e dell'EUIPO⁶⁵, nel giudizio di impugnazione del caso *Klement*⁶⁶ la Corte ha specificato che il grado del carattere distintivo acquisito dal marchio registrato deve essere considerato approfonditamente, perché costituisce un elemento fondamentale per compiere la valutazione sull'uso effettivo prodromica all'applicazione dell'art. 15 del Regolamento (Ce) n. 207/2009; non basta ricorrere al semplice paragone tra segni per potere concludere affermativamente o negativamente sul mantenimento del carattere distintivo.

Va da sé che i fondamenti dei criteri valutativi da mettere in atto per compiere le valutazioni, illustrati in precedenza, vengono ufficialmente ricondotti alla gamma di strumenti dei quali l'autorità decidente dovrà servirsi per trarre le proprie conclusioni sull'uso effettivo del marchio.

Naturalmente, l'applicabilità di criteri analoghi a valutazioni preposte a scopi diversi non deve indurre l'interprete a compiere forzature giuridiche. Un esempio pertinente, che peraltro aiuta a determinare una più completa demarcazione della portata dell'art. 15 del Regolamento sul marchio Ue, si rinviene nel caso *Länsförsäkringar AB*⁶⁷, dove è stata esplorata la relazione che intercorre tra effetti e uso del marchio Ue. La peculiarità del caso *Länsförsäkringar AB* risiede nella prospettiva della disamina compiuta, perché il tema dell'uso effettivo è stato ponderato nell'insieme dei fattori da considerare per valutare il rischio di confusione per il pubblico, menzionato dall'allora art. 9, comma 1, lett. *b.*, del Regolamento (Ce) n. 207/2009.

Attenendosi ad una interpretazione più rigorosa del Regolamento sul marchio Ue, la Corte ha evitato sovrapposizioni tra piani ravvicinati ancorché distinti. Per comprendere se esiste il rischio di confusione per il pubblico tra marchi in conflitto e, alla luce di ciò, se il titolare del marchio Ue anteriore possa validamente mettere in atto il suo diritto esclusivo avverso il contraffattore, non è possibile basarsi sulla circostanza che il titolare del marchio Ue non abbia usato in maniera effettiva il marchio entro il termine di cinque anni dalla registrazione: bisogna tenere conto dell'insieme dei prodotti e dei servizi per i quali tale marchio è stato registrato, a prescindere dall'uso intrapreso dal titolare.

⁶⁵ Si precisa, però, che la Corte ha annullato la sentenza per difetto di motivazione, prima ancora che per ragioni di carattere sostanziale, e ha rinviato il caso al Tribunale.

⁶⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 1° dicembre 2016 in causa n. C-642/15 P, *Toni Klement c. EUIPO*, inedita in *Raccolta*, EU:C:2016:918.

⁶⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 2016 in causa n. C-654/15, *Länsförsäkringar AB c. Matek A/S*, inedita in *Raccolta*, EU:C:2016:998.

Ad oggi, allora, per la Corte il non uso quinquennale a seguito della registrazione del marchio Ue deve servire per compiere l'esame del solo art. 15, senza che il criterio anzidetto debba confluire tra gli strumenti che preludono ad altra valutazione.

8. Conclusioni

L'analisi compiuta permette di trarre alcune conclusioni, anche in prospettiva, sull'evoluzione del diritto dei marchi nel sistema normativo del marchio Ue, essendo questo un tema in grado di proiettarsi verso altri ambiti e settori che l'Unione europea intende presidiare.

Alla riforma compiuta da Parlamento europeo e Consiglio nel 2015, orientata o assistita da una giurisprudenza che in generale ha saputo conciliare contrapposte esigenze di prudenza e proattività, si deve sicuramente un innalzamento del livello di certezza giuridica del diritto dei marchi Ue. L'impostazione attuale della disciplina più volte richiamata pare poi più confacente ad aspetti di natura operativa emersi con il passare del tempo. Ciò, teoricamente, dovrebbe giocare a favore di una spinta propulsiva efficace nei confronti di un istituto situato in una macro-area, quella della proprietà intellettuale, contrassegnata da un cospicuo numero di controversie presso vari organi, al punto che da più parti si è giunti a prospettare l'opportunità di istituire un tribunale specializzato per tale materia.

È, però, altrettanto certo che i cambiamenti discussi non rappresentano una soluzione definitiva e men che meno immediata. Se, da una parte, vari contenuti e criteri applicabili alle fattispecie passate in rassegna risultano ad oggi più chiari, non va dimenticato che il risultato è stato raggiunto principalmente attraverso l'introduzione di disposizioni normative che, a loro volta, aprono a ulteriori valutazioni subordinate all'esercizio di forti poteri a beneficio dell'interprete. Non che ci fossero opzioni alternative praticabili, ma tanto basta per capire che, almeno nel breve periodo toccherà attendere linee guida chiarificatrici.

Il riferimento va innanzitutto alle nuove forme di tutela previste per il titolare di marchio Ue validamente registrato, ai requisiti di chiarezza e precisione del segno da registrare (introdotti nell'art. 4 del Regolamento (Ce) n. 207/2009 ed implicitamente ripresi dall'art. 7 in punto di impedimenti assoluti) e ai segni capaci di aggirare il limite della rappresentabilità grafica, abbattuto dal Regolamento del 2015; vi sono poi anche ulteriori aspetti, quali, ad esempio, il contenuto dei segni costituiti esclusivamente

dalla forma, o «altra caratteristica», imposta dalla natura del prodotto (art. 7, lett. e.).

Queste osservazioni possono essere applicate in una certa misura anche ad un'altra questione di evidente rilievo, vale a dire la portata dei diritti riconosciuti e garantiti al titolare di un marchio Ue.

La sensazione che adesso il titolare di un marchio Ue benefici di una situazione giuridica soggettiva più robusta non è di per sé erranea, dato che le disposizioni sui diritti conferiti dal marchio (artt. 9, 9 *bis* e 9 *ter* del Regolamento (Ce) n. 207/2009) a tratti procedono in questa direzione, così come del resto accade per gli artt. 12 e 15, relativi, rispettivamente, alla limitazione degli effetti e all'uso del marchio Ue.

Tuttavia, tale sensazione va opportunamente temperata con elementi aggiuntivi e complementari. Intanto, l'art. 9 attribuisce un'esplicita precedenza ai diritti anteriori dei terzi. Del pari, specifiche garanzie a favore del terzo sono state aggiunte per meglio garantire indicazioni geografiche e denominazioni d'origine; e va altresì esplicitato che i diritti esclusivi del titolare del marchio possono essere limitati dal più ampio uso in senso descrittivo che il terzo potrà fare dei propri segni. Inoltre, si è visto come le fattispecie appositamente inserite nel Regolamento per offrire al titolare del marchio Ue una tutela idonea in caso di contraffazione scontano forti problemi applicativi.

Ne consegue che gli organi giurisdizionali dell'Unione si troveranno a dovere agire su terreni in parte sconosciuti per aprire varchi che si spera possano poi risultare percorribili (e sostenibili).

Federico Ferri*

SINTESI

Lo studio prende in considerazione la componente essenziale del marchio dell'Unione europea, essendo questo un tema di grande importanza e attualità per il diritto Ue, oltre che ai fini della strategia di crescita *Europa 2020*.

Alla luce dell'evoluzione normativa dell'istituto e di recenti pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia, l'analisi si concentra su alcune novità di interesse primario dei diritti del marchio Ue, anche per valutare il grado di certezza giuridica raggiunto dalla disciplina attuale e la situazione giuridica soggettiva del titolare del marchio Ue registrato o di chi intenda procedere alla registrazione del marchio Ue.

* Assegnista di ricerca in Diritto europeo e docente a contratto di Diritto Ue / Università di Bologna

In ispecie, l'attenzione sarà anzitutto diretta ai segni atti a costituire un marchio e agli impedimenti assoluti e relativi alla registrazione del marchio Ue, per poi spostarsi sugli effetti del marchio Ue, sui limiti ai diritti esclusivi da esso conferiti al rispettivo titolare, oltre che sull'uso effettivo del marchio Ue.

ABSTRACT

The study explores the essence of the trademark of the European Union, as this is a topical subject of major importance both for the EU Law and the growth strategy Europe 2020.

Under the light of the normative evolution of the topic and recent judgments of the European Court of Justice on the point, the analysis touches upon some key novelties concerning the EU trademark, also with a view to assessing the threshold of legal certainty reached by the new discipline and the subjective juridical situation of either the registered EU trademark's owner or who seeks to obtain the registration of an EU trademark.

In particular, the attention is first directed to pivotal aspects leading to the establishment of an EU trademark, notably the signs allowed to constitute it and the grounds for refusal of registration; then, the article addresses the heart of the EU trademark, which means its effects, the limits to the rights conferred to its owner and its genuine use.

CONSIGLIO EUROPEO

Riunione straordinaria del Consiglio europeo del 29 aprile 2017*

Orientamenti a seguito della notifica del Regno Unito a norma dell'art. 50 del TUE

Il 29 marzo 2017 il Consiglio europeo ha ricevuto dal Regno Unito la notifica dell'intenzione di recedere dall'Unione europea e dall'Euratom. Ciò consente l'avvio di negoziati, come previsto dal trattato.

L'integrazione europea ha portato pace e prosperità all'Europa e ha reso possibile una cooperazione senza precedenti, per livello e portata, su questioni di comune interesse in un mondo in rapida evoluzione. Pertanto, l'obiettivo generale dell'Unione in questi negoziati sarà quello di salvaguardare i suoi interessi e quelli dei suoi cittadini, delle sue imprese e dei suoi Stati membri.

La decisione del Regno Unito di lasciare l'Unione crea notevoli incertezze che rischiano di provocare turbolenze in particolare nel Regno Unito ma anche, in misura minore, in altri Stati membri. I cittadini che hanno costruito la propria vita sulla base dei diritti derivanti dall'appartenenza del Regno Unito all'Ue si trovano di fronte alla prospettiva di perdere tali diritti. Le imprese e altri soggetti interessati perderanno la prevedibilità e la certezza offerte dal diritto dell'Ue. La decisione avrà un impatto anche sulle autorità pubbliche. Dobbiamo pertanto procedere seguendo un approccio per fasi che dia priorità a un recesso ordinato. È opportuno che le autorità nazionali, le imprese e altri soggetti interessati adottino tutte le misure necessarie per prepararsi alle conseguenze del recesso del Regno Unito.

Nell'intero arco dei negoziati l'Unione manterrà la sua unità e agirà in modo unitario al fine di raggiungere un risultato che sia giusto ed equo per tutti gli Stati membri e nell'interesse dei suoi cittadini. Darà prova di spirito costruttivo e si adopererà per trovare un accordo. Ciò è nel miglior interesse di entrambe le parti. L'Unione si impegnerà a fondo per raggiungere tale obiettivo, ma si preparerà

* In <http://www.consilium.europa.eu/it/european-council/conclusions/>.

A seguito della notifica a norma dell'art. 50 TFUE, il membro del Consiglio europeo che rappresenta lo Stato membro che recede non partecipa né alle deliberazioni né alle decisioni del Consiglio europeo che lo riguardano.

per essere in grado di gestire la situazione anche in caso di eventuale fallimento dei negoziati.

I presenti orientamenti definiscono il quadro per i negoziati a norma dell'art. 50 del TUE e stabiliscono i principi e le posizioni generali che l'Unione seguirà in tutto l'arco dei negoziati. In tale contesto, il Consiglio europeo accoglie con favore la risoluzione del Parlamento europeo del 5 aprile 2017. Il Consiglio europeo si occuperà costantemente della questione e aggiornerà i presenti orientamenti secondo necessità nel corso dei negoziati. Le direttive di negoziato saranno adattate di conseguenza.

I. Principi fondamentali

1. Il Consiglio europeo continuerà a basarsi sui principi enunciati nella dichiarazione dei capi di Stato o di governo e dei presidenti del Consiglio europeo e della Commissione europea del 29 giugno 2016. Ribadisce l'auspicio che il Regno Unito resti un partner stretto in futuro. Ribadisce altresì che ogni accordo con il Regno Unito dovrà essere basato su un equilibrio di diritti e obblighi e garantire condizioni di parità. La salvaguardia dell'integrità del mercato unico esclude la partecipazione ad esso su base settoriale. Un paese che non è membro dell'Unione e non rispetta i medesimi obblighi di un membro non può avere gli stessi diritti e godere degli stessi vantaggi di un membro. In tale contesto, il Consiglio europeo si compiace del fatto che il governo britannico riconosca che le quattro libertà del mercato unico sono indivisibili e che non sono ammissibili scelte di comodo. L'Unione preserverà la propria autonomia per quanto riguarda il suo processo decisionale e il ruolo della Corte di giustizia dell'Unione europea.

2. I negoziati a norma dell'art. 50 del TUE saranno condotti all'insegna della trasparenza e come un pacchetto unico. In ottemperanza al principio secondo cui "nulla è concordato finché tutto non è concordato", non sarà possibile concordare soluzioni su singoli elementi. L'Unione affronterà i negoziati con posizioni unificate e dialogherà con il Regno Unito esclusivamente attraverso i canali stabiliti nei presenti orientamenti e nelle direttive di negoziato. Al fine di non indebolire la posizione dell'Unione, non vi saranno negoziati separati tra singoli Stati membri e il Regno Unito su questioni attinenti al recesso del Regno Unito dall'Unione.

3. I principi fondamentali sopra esposti dovrebbero applicarsi in egual misura ai negoziati per un recesso ordinato, alle eventuali trattative preliminari e preparatorie sul quadro delle future relazioni e a qualunque forma di modalità transitoria.

II. Un approccio per fasi ai negoziati

4. Alla data del recesso, i trattati cesseranno di applicarsi al Regno Unito, ai suoi paesi e territori d'oltremare attualmente associati all'Unione e ai territori del-

le cui relazioni esterne il Regno Unito è responsabile. Scopo principale dei negoziati è garantire il recesso ordinato del Regno Unito al fine di limitare l'incertezza e, nella misura del possibile, ridurre al minimo le turbolenze causate da questo brusco cambiamento.

A tal fine, la prima fase dei negoziati mirerà a:

- offrire a cittadini, imprese, soggetti interessati e partner internazionali il massimo grado possibile di chiarezza e certezza giuridica per quanto riguarda gli effetti immediati del recesso del Regno Unito dall'Unione;

- regolare lo svincolamento del Regno Unito dall'Unione e da tutti i diritti e gli obblighi che ad esso derivano dagli impegni assunti in quanto Stato membro.

Il Consiglio europeo seguirà attentamente i progressi compiuti e deciderà quando saranno sufficienti a permettere che i negoziati passino alla fase successiva.

5. Sebbene un accordo sulle future relazioni tra l'Unione e il Regno Unito possa di per sé essere messo a punto e concluso solo una volta che il Regno Unito sia diventato un paese terzo, l'art. 50 del TUE richiede che le modalità del recesso tengano conto del quadro delle future relazioni con l'Unione. In questa prospettiva, si dovrebbe giungere a una visione globale sul quadro delle future relazioni durante una seconda fase dei negoziati previsti dall'art. 50 del TUE. Siamo pronti ad avviare trattative preliminari e preparatorie a questo scopo nell'ambito dei negoziati a norma dell'art. 50 del TUE non appena il Consiglio europeo deciderà che la prima fase ha permesso progressi sufficienti verso il conseguimento di un accordo soddisfacente sulle modalità di un recesso ordinato.

6. Per quanto necessario e giuridicamente possibile, i negoziati possono anche cercare di stabilire modalità transitorie nell'interesse dell'Unione e, se del caso, predisporre passerelle verso il quadro prevedibile delle future relazioni alla luce dei progressi compiuti. Siffatte eventuali modalità transitorie devono essere chiaramente definite, limitate nel tempo e soggette a meccanismi di esecuzione efficaci. Qualora si prendesse in considerazione un prolungamento a tempo determinato dell'*acquis* dell'Unione, ciò richiederebbe l'applicazione degli esistenti strumenti e strutture di regolamentazione, bilancio, vigilanza, attività giudiziaria ed esecuzione dell'Unione.

7. Il termine di due anni previsto all'art. 50 del TUE scade il 29 marzo 2019.

III. Accordo relativo alle modalità di un recesso ordinato

8. Il diritto di ogni cittadino dell'UE e dei suoi famigliari di vivere, lavorare o studiare in qualunque Stato membro dell'UE è un aspetto fondamentale dell'Unione europea: assieme ad altri diritti previsti dalla legislazione dell'UE, ha plasmato le vite e le scelte di milioni di persone. La prima priorità dei negoziati sarà concordare garanzie reciproche intese a salvaguardare, alla data del recesso, lo *status* e i diritti derivanti dal diritto dell'Unione dei cittadini dell'UE e del Regno

Unito, e delle relative famiglie, interessati dal recesso del Regno Unito dall'Unione. Dette garanzie devono essere effettive, eseguibili, non discriminatorie e globali e comprendere il diritto di ottenere il soggiorno permanente dopo un periodo continuativo di cinque anni di soggiorno legale. È opportuno che i cittadini possano esercitare i loro diritti mediante procedure amministrative agevoli e semplici.

9. L'uscita del Regno Unito dall'Unione avrà inoltre ripercussioni sulle imprese dell'UE che hanno scambi con il Regno Unito e che vi operano e sulle imprese britanniche che hanno scambi con l'Unione e che vi operano. Analogamente, può avere effetti sui soggetti che hanno concluso contratti e accordi commerciali o che prendono parte a programmi finanziati dall'UE partendo dal presupposto che il Regno Unito sarebbe rimasto membro dell'UE. I negoziati dovrebbero cercare di evitare un vuoto giuridico quando i trattati cesseranno di applicarsi al Regno Unito e, per quanto possibile, di affrontare le incertezze.

10. Una liquidazione finanziaria *una tantum* - che comprenda le questioni derivanti dal QFP e quelle connesse alla Banca europea per gli investimenti (BEI), al Fondo europeo di sviluppo (FES) e alla Banca centrale europea (BCE) - dovrebbe garantire il rispetto, da parte sia dell'Unione sia del Regno Unito, degli obblighi derivanti dall'intero periodo di appartenenza del Regno Unito all'Unione. La liquidazione dovrebbe riguardare tutti gli impegni, come anche le passività, ivi comprese le passività potenziali.

11. L'Unione ha sempre sostenuto l'obiettivo della pace e della riconciliazione sancito nell'accordo del Venerdì santo in tutte le sue parti; continuare a sostenere e a tutelare i risultati, i benefici e gli impegni del processo di pace continuerà a rivestire fondamentale importanza. Considerate le circostanze specifiche dell'isola d'Irlanda, sarà necessario trovare soluzioni flessibili e creative, anche allo scopo di evitare una frontiera fisica, rispettando al contempo l'integrità dell'ordinamento giuridico dell'Unione. In questo contesto l'Unione dovrebbe anche riconoscere gli accordi e le intese bilaterali esistenti tra il Regno Unito e l'Irlanda che sono compatibili con il diritto dell'UE.

12. L'Unione dovrebbe concordare con il Regno Unito intese relativamente alle zone di sovranità del Regno Unito a Cipro e riconoscere al riguardo gli accordi e le intese bilaterali tra la Repubblica di Cipro e il Regno Unito che sono compatibili con il diritto dell'UE, specialmente per quanto attiene alla salvaguardia dei diritti e degli interessi dei cittadini dell'UE che risiedono o lavorano nelle zone di sovranità.

13. In seguito al recesso, gli accordi conclusi dall'Unione, oppure dagli Stati membri a nome dell'Unione o dall'Unione e dai suoi Stati membri congiuntamente, non riguarderanno più il Regno Unito. L'Unione manterrà i propri diritti e obblighi rispetto agli accordi internazionali. A tal riguardo, il Consiglio europeo si aspetta che il Regno Unito onori la sua parte di tutti gli impegni internazionali sottoscritti nell'ambito della sua appartenenza all'UE. In questi casi occorrerebbe avviare un dialogo costruttivo con il Regno Unito su un possibile approccio co-

mune nei confronti dei paesi terzi partner, delle organizzazioni e convenzioni internazionali interessati.

14. L'accordo di recesso dovrebbe inoltre affrontare eventuali questioni derivanti dal recesso in altri settori di cooperazione, tra cui la cooperazione giudiziaria, le attività di contrasto e la sicurezza.

15. Benché spetti ai 27 Stati membri decidere rapidamente sulla sede futura delle agenzie e strutture dell'UE che si trovano nel Regno Unito, è opportuno raggiungere intese atte a facilitarne il trasferimento.

16. Per tutti i procedimenti pendenti dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea alla data del recesso che coinvolgono il Regno Unito o persone fisiche o giuridiche nel Regno Unito è opportuno definire modalità che assicurino la certezza del diritto e la parità di trattamento. La Corte di giustizia dell'Unione europea dovrebbe restare competente a decidere in questi procedimenti. Analogamente, è opportuno definire modalità per i procedimenti amministrativi pendenti dinanzi alla Commissione europea e alle agenzie dell'Unione alla data del recesso che coinvolgono il Regno Unito o persone fisiche o giuridiche nel Regno Unito. Inoltre, occorrerebbe prevedere modalità per eventuali procedimenti amministrativi o giudiziari da avviare dopo l'uscita per fatti avvenuti prima della data di recesso.

17. L'accordo di recesso dovrebbe comprendere gli opportuni meccanismi di risoluzione delle controversie e di esecuzione in ordine all'applicazione e interpretazione dell'accordo stesso, nonché modalità istituzionali debitamente circoscritte che consentano di adottare le misure necessarie in situazioni non previste dall'accordo. In tale contesto occorre tener presente l'interesse dell'Unione a tutelare in modo efficace la propria autonomia e il proprio ordinamento giuridico, compreso il ruolo della Corte di giustizia dell'Unione europea.

IV. Trattative preliminari e preparatorie per un quadro attinente alle future relazioni Unione-Regno Unito

18. Il Consiglio europeo accoglie con favore e condivide il desiderio del Regno Unito di instaurare uno stretto partenariato tra l'Unione e il Regno Unito dopo la sua uscita. Se è vero che le relazioni tra l'Unione e uno Stato che non ne è membro non possono offrire gli stessi vantaggi dell'appartenenza all'Unione, rimarranno legami forti e costruttivi nell'interesse di entrambe le parti che dovrebbero spingersi oltre i soli scambi commerciali.

19. Il governo britannico ha comunicato che non punterà a restare nel mercato unico; per converso, intenderebbe perseguire un ambizioso accordo di libero scambio con l'Unione europea. Tenendo presenti gli interessi dell'Unione, il Consiglio europeo è pronto ad avviare i lavori per un accordo sugli scambi, da mettere a punto e concludere nel momento in cui il Regno Unito non sarà più uno Stato membro.

20. Qualsiasi accordo di libero scambio dovrebbe essere equilibrato, ambizioso e di vasta portata. Non può tuttavia equivalere alla partecipazione al mercato unico o sue parti, in quanto ciò ne comprometterebbe l'integrità e il corretto funzionamento. L'accordo deve garantire parità di condizioni, segnatamente in termini di concorrenza e aiuti di Stato, e a questo proposito comprendere salvaguardie contro vantaggi concorrenziali sleali derivanti, tra l'altro, da misure e prassi fiscali, sociali, ambientali e regolamentari.

21. Qualsiasi quadro futuro dovrebbe salvaguardare la stabilità finanziaria dell'Unione e rispettarne il regime e le norme di regolamentazione e di vigilanza, nonché la loro applicazione.

22. L'UE è pronta a instaurare partenariati in settori non collegati agli scambi, in particolare la lotta al terrorismo e alla criminalità internazionale, come pure in materia di sicurezza, di difesa e di politica estera.

23. Il futuro partenariato deve comprendere opportuni meccanismi di esecuzione e di risoluzione delle controversie che non incidano sull'autonomia dell'Unione, in particolare sui suoi processi decisionali.

24. Dopo che il Regno Unito avrà lasciato l'Unione, nessun accordo tra l'UE e il Regno Unito potrà essere applicato al territorio di Gibilterra senza accordo tra il Regno di Spagna e il Regno Unito.

V. Principio di sincera cooperazione

25. Fino a quando non lascerà l'Unione, il Regno Unito resterà membro dell'Unione europea a pieno titolo, soggetto a tutti i diritti e obblighi sanciti dai trattati e dal diritto dell'UE, compreso il principio di sincera cooperazione.

26. Il Consiglio europeo riconosce che, nel contesto internazionale, occorre tener conto delle specificità del Regno Unito in quanto Stato membro recedente, purché rispetti i suoi obblighi e resti leale agli interessi dell'Unione finché ne sarà membro. Analogamente, l'Unione si attende che il Regno Unito riconosca l'esigenza dei 27 Stati membri di riunirsi e discutere delle questioni legate alla situazione successiva al recesso del Regno Unito.

27. Fintantoché il Regno Unito resterà membro, tutte le attività in corso dell'UE devono proseguire il più agevolmente possibile a 28. Il Consiglio europeo resta determinato a portare avanti con ambizione le priorità che l'Unione si è prefissa. I negoziati con il Regno Unito saranno tenuti separati dalle attività in corso dell'Unione e non interferiranno con il loro avanzamento.

VI. Modalità procedurali per i negoziati a norma dell'art. 50

Il Consiglio europeo approva le modalità definite nella dichiarazione dei 27 capi di Stato o di governo del 15 dicembre 2016.

DOCUMENTAZIONE

I PERICOLI CHE GLI STRUMENTI DI BORDO POSSONO CREARE AL CONDUCENTE DI UNA VETTURA*

Salvare vite umane: migliorare la sicurezza dei veicoli nell'UE - Relazione sul monitoraggio e la valutazione delle caratteristiche avanzate di sicurezza dei veicoli, del loro rapporto costi-benefici e della fattibilità di una revisione dei regolamenti sulla sicurezza generale dei veicoli e sulla protezione dei pedoni e di altri utenti della strada vulnerabili (Doc. Com(2016)787 fin. del 12 dicembre 2016)

1. Introduzione

La sicurezza stradale nell'Ue è notevolmente migliorata negli ultimi decenni grazie all'azione forte ed efficace condotta a livello locale, nazionale e dell'Ue sui comportamenti degli utenti della strada, i veicoli e le infrastrutture. In conseguenza di ciò le strade dell'Ue sono le più sicure a livello mondiale. Il miglioramento della sicurezza può essere in gran parte attribuito ai requisiti legislativi dell'Ue sulla sicurezza dei veicoli introdotti in questi anni quale parte della politica dell'Ue in materia di sicurezza stradale¹.

Tali requisiti di sicurezza dei veicoli si sono rivelati anche una spinta all'innovazione, allo sviluppo e alla ricerca in Europa: quando l'industria ha dovuto fare i conti con requisiti più ambiziosi ha risposto introducendo soluzioni tecniche innovative. Dato che l'Ue è stata la prima ad agire riguardo alla maggior parte di questi requisiti, in Europa è stato sviluppato il maggior numero di solu-

* Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio. Il testo integrale è reperibile sul sito internet <http://eur-lex.europa.eu> (*n.d.r.*). In argomento v. *infra*, p. 213 ss., il contributo di *GIAN FRANCO SIMONINI*.

¹ Ex post evaluation of the European Road Safety Action Programme (2001-2010) – http://ec.europa.eu/transport/facts-fundings/evaluations/doc/2010_road_safety.pdf, Interim evaluation of the Policy orientations on road safety 2011-2020 – <http://ec.europa.eu/transport/facts-fundings/evaluations/doc/interim-road-safety-evaluation-report-final8june15.pdf>.

zioni e sono stati creati posti di lavoro di qualità per rispondere alle sfide poste. In effetti l'industria automobilistica è il principale fornitore privato di ricerca e sviluppo nell'Ue e determina gli *standard* a livello globale.

Il settore automobilistico innova costantemente e i requisiti normativi devono essere rivisitati, allo scopo di assicurare che l'Ue si mantenga all'avanguardia degli sviluppi a livello internazionale continuando allo stesso tempo a operare per salvare vite umane. Ultimamente i formidabili progressi compiuti nella riduzione degli incidenti automobilistici si sono attenuati, mentre si stima che il costo dei decessi e delle lesioni sulle strade sia pari ad almeno 100 miliardi di EUR all'anno² e centinaia di famiglie continuano a essere distrutte ogni anno a causa degli incidenti stradali.

Le caratteristiche di sicurezza attiva e il loro sviluppo tecnologico stanno portando a una graduale automazione dei veicoli. Sono considerate tecnologie abilitanti fondamentali in grado di promuovere e supportare una più ampia automazione dei veicoli, contribuendo alla digitalizzazione del mercato interno. Nel passato l'Ue ha introdotto il montaggio obbligatorio di sistemi elettronici di controllo della stabilità su tutti i veicoli e di dispositivi avanzati di frenata d'emergenza e sistemi di avviso di deviazione dalla carreggiata su autocarri e autobus, contribuendo così a ridurre il numero dei morti sulle strade di circa 5 000 all'anno. Il potenziale di queste ed altre tecnologie di sicurezza attiva può essere sfruttato appieno solo con la loro installazione su larga scala sui veicoli che percorrono le strade dell'UE. (*Omissis*)

Nella presente relazione la Commissione presenta le conclusioni della propria analisi relativa a una gamma di nuove misure di sicurezza. Viene proposta una via da percorrere, tenendo nella dovuta considerazione il rapporto costi-benefici e la fattibilità delle misure proposte. La spiegazione dettagliata delle misure è contenuta nel documento di lavoro dei servizi della Commissione allegato alla presente relazione. Queste sono le basi per un ampio dibattito pubblico al quale la Commissione europea invita a partecipare tutte le parti interessate. (*Omissis*)

2. Interazione tra sicurezza stradale e tecnologia dei veicoli

A partire dal 2009 gli incidenti nei trasporti non sono più la principale causa di morte nell'Unione europea⁴. (*Omissis*)

Gli esperti hanno affermato che circa il 95% degli incidenti stradali comporta un certo grado di errore umano, mentre si stima che il 75% di questi sia causato dal solo errore umano⁹. Tra le principali cause di incidenti riconducibili al fattore umano la ricerca ha individuato la velocità eccessiva, la distrazione e la

² http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-863_it.htm.

⁴ http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Causes_of_death_statistics.

⁹ Fonte: Relazione del gruppo di lavoro eSafety del 2002.

guida in stato di ebrezza come alcuni degli aspetti più importanti. In linea con la comunicazione della Commissione CARS 2020: per un'industria automobilistica europea forte, competitiva e sostenibile¹⁰ e con il piano d'azione delineato nella comunicazione della Commissione «Verso uno spazio europeo della sicurezza stradale: orientamenti 2011-2020 per la sicurezza stradale»¹¹, la sicurezza stradale dovrebbe seguire un approccio integrato e la sicurezza dei veicoli è solo uno dei numerosi fattori che determinano il risultato finale. Per essere efficace, la politica per la sicurezza stradale nel suo complesso deve prendere in considerazione l'intera gamma di fattori, quali il comportamento alla guida e le infrastrutture stradali, e seguire da vicino la loro interazione.

Tuttavia, data l'importanza dei requisiti di sicurezza dei veicoli tra questi fattori e dando seguito agli obblighi di relazione previsti dai regolamenti sulla sicurezza generale e sulla sicurezza dei pedoni la Commissione Europea ha avviato una discussione sugli ambiti di intervento prioritari in questo settore e sulle misure basate su dati probanti che creano il più alto impatto positivo complessivo.

Si dovrebbe prestare particolare attenzione agli utenti della strada vulnerabili e agli occupanti dei veicoli che presentano una intrinseca fragilità data la loro età, ovvero anziani¹² e bambini¹³. Si dovrebbe altresì prestare attenzione alla valutazione di tecnologie che utilizzano le interazioni tra il conducente, il veicolo e l'ambiente di guida, quali i sistemi di trasporto intelligenti (ITS), contribuendo in tal modo alle tendenze di digitalizzazione nell'UE in linea con la strategia per il mercato unico digitale.

3. Sicurezza dovuta all'intervento normativo (*Omissis*)

4. Monitoraggio delle misure avanzate di sicurezza dei veicoli (*Omissis*)

4.1 Nuove tecnologie e misure non regolamentate (*Omissis*)

4.2 Equipaggiamento volontario

I programmi di valutazione delle auto rivolti ai consumatori, quali il Programma europeo di valutazione dei nuovi modelli di automobili (Euro NCAP)²⁰, hanno incoraggiato i costruttori a sviluppare veicoli più sicuri di

¹⁰ Com(2012)636 final.

¹¹ http://ec.europa.eu/transport/road_safety/pdf/com_20072010_en.pdf.

¹² http://ec.europa.eu/transport/road_safety/pdf/studies/eldersafe_final_report.pdf.

¹³ http://ec.europa.eu/transport/road_safety/specialist/knowledge/pdf/vehicles.pdf.

²⁰ Euro NCAP è un programma volontario europeo di valutazione delle prestazioni di sicurezza delle automobili sostenuto dalla Commissione europea e da diversi governi europei nonché da organizzazioni di consumatori e automobilistiche. Euro NCAP pubblica rapporti sulla sicurezza delle nuove automobili e assegna delle 'valutazioni in stelle' in base ai risultati ottenuti dai veicoli sottoposti a una serie di prove d'urto, compresi l'impatto frontale, laterale e contro un palo e l'impatto contro i pedoni. La valutazione più alta è indicata da cinque stelle.

quanto richiesto dalle norme sulla sicurezza dei veicoli dell'Ue e a installare tecnologie avanzate di sicurezza di ultima generazione su gran parte dei modelli sul mercato. Non vi sono dubbi sul fatto che questi sforzi stanno anche contribuendo all'alto livello di sicurezza lungo le strade dell'Ue.

Tuttavia, mentre i costruttori in generale si sforzano di ottenere la valutazione in stelle più alta possibile per i loro modelli più venduti nei principali mercati degli Stati membri, vi sono segnali che non tutti i Paesi ricevono una distribuzione uniforme di vetture con valutazioni elevate nei rispettivi mercati. In alcuni casi modelli specifici con valutazioni basse sono appositamente destinati a certi mercati (meno ricchi) e non sono disponibili in altri. In altri casi modelli normalmente con valutazioni elevate avranno in realtà prestazioni meno buone perché privati in determinati Paesi delle caratteristiche avanzate di sicurezza non obbligatorie, ad esempio per ridurre i costi in considerazione delle politiche fiscali locali. Questa pratica comune può essere motivata dalla regola del sistema di valutazione utilizzato (fino di recente), secondo cui non tutte ma solo la maggior parte delle auto valutate in commercio dovrebbe essere dotata di una data caratteristica di sicurezza²¹.

In conseguenza di quanto sopra, ci sono chiare indicazioni sul fatto che non tutti i cittadini dell'Ue hanno accesso a automobili con il medesimo livello elevato di sicurezza e ciò a seconda delle politiche interne e delle strategie di allocazione dei costruttori di veicoli e dei loro importatori, in particolare per quanto riguarda il potere di acquisto dei consumatori in un mercato specifico, il che porta alla situazione che su cinque autovetture acquistate una non ha necessariamente a bordo le caratteristiche avanzate di sicurezza suggerite dalla valutazione in stelle. Eppure, molte delle caratteristiche promosse dai programmi di valutazione sono di uso comune e, a causa delle economie di scala, il loro costo dovrebbe essere sceso in modo considerevole negli ultimi anni. Rendere queste caratteristiche obbligatorie potrebbe aiutare a rendere i livelli di protezione più uniformi.

4.3 *Valutazione degli attuali standard di sicurezza e interessi futuri (Omissis)*

4.4 *Ulteriori studi da effettuare nel settore della sicurezza dei veicoli (Omissis)*

4.5 *Necessità di migliorare la disponibilità di dati dettagliati sugli incidenti a livello di Ue (Omissis)*

5. Questioni principali da affrontare nella revisione e nell'eventuale aggiornamento dei regolamenti

Sono state individuate quattro aree principali di azione che comprendono 19 misure specifiche volte ad aumentare la sicurezza dei veicoli. In questa fase,

²¹ <http://www.euroncap.com/it/info-su-euro-ncap/come-leggere-le-stelle/>.

sulla base della nostra analisi come riportata nella precedente sezione 4.1., le misure selezionate appaiono effettivamente realizzabili ed efficienti sotto il profilo dei costi ma dovrebbero essere oggetto di ulteriori studi. Per valutare attentamente se sia effettivamente così, in una fase successiva le misure dovrebbero essere oggetto di un'ulteriore discussione con le parti interessate e di un'analisi supplementare da parte della Commissione, in modo da arrivare infine a una valutazione inconfutabile della loro capacità di incrementare in modo effettivo la sicurezza dei veicoli dell'Ue.

Una rassegna sintetica delle misure interessate è fornita in relazione alle principali aree concernenti la sicurezza dei veicoli indicate qui di seguito.

5.1 *Misure di sicurezza attiva*

Questa area principale di intervento riguarda misure in grado di evitare del tutto gli incidenti, invece di ridurne gli effetti, e viene generalmente considerata l'area più importante per i futuri progressi legislativi in tema di sicurezza dei veicoli. Le caratteristiche di sicurezza interessate sono: frenata automatica di emergenza, regolazione intelligente della velocità, assistenza al mantenimento della corsia e monitoraggio della distrazione e della sonnolenza del conducente.

5.2 *Misure di sicurezza passiva*

Questa area riguarda misure di riduzione della gravità degli incidenti consistenti nell'introduzione di nuovi requisiti o nel miglioramento delle misure esistenti nei seguenti settori: indicatori di frenata di emergenza (luci di arresto lampeggianti), dispositivi che ricordano di allacciare la cintura di sicurezza, prove d'urto frontali, prove d'urto laterali, prove d'urto posteriori, standardizzazione dell'interfaccia di dispositivi di tipo alcolock, registratori di dati in caso di incidente e controllo della pressione dei pneumatici.

5.3 *Autocarri e autobus (Omissis)*

5.4 *Sicurezza di ciclisti e pedoni*

In ultimo la presente area prevede l'introduzione del rilevamento di ciclisti e pedoni (collegato ai dispositivi di frenata di emergenza automatica), della protezione antiurto per la testa sui montanti A e sul parabrezza anteriore e del rilevamento in retromarcia di persone dietro i veicoli.

6. Conclusioni

Le norme di sicurezza dei veicoli in vigore oggi nell'Unione europea sono costituite da un pacchetto esaustivo di provata e attestata efficacia come riportato nella sezione 3 di cui sopra. Il piano d'azione delineato nella comunicazione del-

la Commissione «Verso uno spazio europeo della sicurezza stradale: orientamenti 2011-2020 per la sicurezza stradale»²⁴ riguarda ampi aspetti che hanno un impatto sulla sicurezza stradale, in particolare i veicoli stessi ma anche il comportamento alla guida e le infrastrutture stradali. La valutazione intermedia di questa politica²⁵ ha confermato i progressi considerevoli e molto rilevanti compiuti nella riduzione del numero delle vittime della strada. Lo studio ha anche concluso che la normativa in materia di veicoli a motore è di fatto un settore critico in termini di impatto sulla riduzione delle vittime.

La presente relazione al Parlamento europeo e al Consiglio fornisce un quadro esauriente e propone una via da percorrere per migliorare la sicurezza dei veicoli a beneficio di tutti gli utenti della strada, vale a dire di tutti i cittadini dell'Unione europea. La Commissione ha esaminato misure che potrebbero fornire miglioramenti incrementali ma significativi per affrontare un insieme di questioni concernenti la sicurezza dei veicoli. La Commissione considererà quali di queste misure potranno essere inserite nella normativa dopo aver svolto opportune valutazioni d'impatto dei costi e dei benefici, compreso un esame dell'impatto cumulativo sulla competitività dell'industria dell'Ue e di un orizzonte temporale ragionevole che consenta l'adeguamento industriale.

Qualsiasi nuovo requisito di sicurezza per i veicoli circolanti sulle strade europee dovrà incoraggiare l'innovazione e gli investimenti al fine di creare posti di lavoro di qualità nell'Ue e sostenere la competitività delle sue industrie. I requisiti dovranno anche consolidare l'impegno dell'Unione ad apportare significative riduzioni nelle emissioni di gas a effetto serra quale parte della strategia di lotta contro i cambiamenti climatici.

²⁴ http://ec.europa.eu/transport/road_safety/pdf/com_20072010_en.pdf.

²⁵ Com(2015)116 final.

IL PROBLEMA DELLA DISTRAZIONE DEL CONDUCENTE DI UNA VETTURA INDOTTA DALL'UTILIZZO DEI SISTEMI INFORMATICI DI BORDO (WHY IS TECHNOLOGY AN ISSUE?)

SOMMARIO: **1.** *Premesse* - **2.** *Le inappropriate informazioni tecniche: difetto del prodotto o carente fornitura di servizi?* - **3.** *La normativa di riferimento* - **4.** *Il problema in generale della distrazione* - **5.** *Le definizioni* - **6.** *Il rischio* - **7.** *La distrazione: il "peso" del carico cognitivo sui compiti primari (la guida)* - **8.** *Compiti primari e secondari* - **9.** *La complessità dei cruscotti delle vetture corrisponde ad una esigenza effettiva?* - **10.** *Fattori di riduzione dell'efficienza cognitiva* - **11.** *Multitasking* - **12.** *Una overview sul recente panorama normativo* - **13.** *Considerazioni finali.*

1. Premesse

La distrazione del conducente di una vettura mentre guida può determinare, come l'esperienza di ogni giorno insegna, conseguenze anche molto gravi.

Nel presente articolo ci si occupa del problema della distrazione del conducente determinata dalle informazioni provenienti dai sistemi elettrici/elettronici della vettura. Il rapporto Uomo/Macchina è mediato da interfacce¹ che consentono un dialogo con la macchina: questa diventa una sorta di *robot* intelligente che fornisce informazioni ed esegue comandi.

L'interfaccia viene chiamata con l'acronimo HMI (*Human machine interface*²). Ogni costruttore di vetture, per esigenze di immagine, crea interfacce *family feeling*, ossia che richiamano la marca e si differenziano da

¹ L'interfaccia è la parte di un prodotto tramite la quale si realizza il rapporto tra l'utente e la macchina. Essa consente un apprendimento cognitivo quando rilascia informazioni sul funzionamento della macchina ed un apprendimento funzionale quando consente di impartire comandi alla medesima. L'interfaccia è studiata in relazione alla facilità di apprendimento, all'efficienza dell'uso, alla immediatezza della memorizzazione delle funzioni, alla frequenza degli errori indotti ed alla soddisfazione dell'utente, v. norma ISO 9241, parte 11.

² Rimane fondamentale sul tema l'opera di J. RASKIN, *The humane interface: new directions for designing interactive systems*, New York, ACM, 2000.

quelle dei costruttori concorrenti. Non sempre però esse sono facilmente utilizzabili dall'utente medio il quale, di frequente, è sottoposto ad un eccessivo carico di lavoro³ per poter comprendere le informazioni ricevute. Dunque, il processo di adattamento della macchina all'uomo sembra subire un'inversione di tendenza e richiedere invece, all'uomo, di adattarsi alle esigenze della macchina.

Il problema è presente nella letteratura scientifica da alcuni decenni a proposito della guida di aerei⁴, ove il pilota può fare affidamento su sistemi elettronici/elettrici molto complicati che forniscono numerose informazioni e consentono manovre contemporanee alla guida visiva; tuttavia, sono diversi i termini che devono essere considerati. Il pilota di un aereo è un soggetto addestrato a porre in esatta sequenza le informazioni, quindi conosce perfettamente come e quando richiederle e leggerle, avendolo appreso in precedenza.

Sono, a questo punto, opportune alcune preliminari considerazioni prima di affrontare il tema.

La nozione di informazione è complessa. Comprende le istruzioni per l'uso (corretto) del prodotto, le avvertenze sui rischi di un uso scorretto e le informazioni commerciali⁵. Le istruzioni insegnano come le manovre

³ Come si dirà, sono tuttora inesplorati i limiti cognitivi dei soggetti che, ponendosi alla guida di un veicolo, sovrintendono a più incombenze contemporaneamente non ordinate in sequenza di priorità, specie se una di esse non è relazionata alla guida ed assorbe molta attenzione.

⁴ Negli USA esiste ampia casistica sui danni prodotti da «robot» usati nelle linee di montaggio industriali o da erroneo funzionamento di strumenti di navigazione aerea, L. A. WEBER, *Bad bytes: the application of strict product liability to computer software*, in *St. John's Law Rev.*, 2012. Sul pericolo che un'eccessiva automazione della vettura crei una sorta di irresponsabilità del conducente, interviene la provocatoria opera di J. K. GURNEY, *Sue My Car Not Me: Products Liability and Accidents Involving Autonomous Vehicles*, alla pagina: <http://illinoisjltip.com/journal/wp-content/uploads/2013/12/Gurney.pdf>. L'A. rileva che: «if the driver fails to exercise ordinary care, fault should be apportioned based on the driver's ability or capacity to prevent the accident. This will benefit manufacturers in the long run, because it apportions some fault to the occupants».

Non sarebbe nemmeno da escludersi che il *robot* operi autonomamente a danno del conduttore, come avvenne nel celebre film *2001, Odissea nello spazio*, ove l'elaboratore elettronico H.A.L. 9000 si pose come intelligenza antagonista all'Uomo. Richiama il *Frankenstein* di M. SHELLEY la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, *Recommendations to the Commission on Civil law rules on robotics* (2015/2103 (INL)), P8_TA-PROV(2017)0051.

⁵ L'uso corretto è quello determinato dal fabbricante, v. punto 2.7 della *Comunicazione della Commissione, La guida blu all'attuazione della normativa UE sui prodotti 2016*, in *Gu-Ue* n. C 272 del 26 luglio 2016, p. 1 ss. Il fabbricante deve determinare i limiti della macchina in sede di valutazione del rischio. In tale valutazione esprime regole che traduce nelle istruzioni. Ivi vengono descritti sia l'uso corretto sia l'uso scorretto ragionevolmente prevedibile. Cfr. A. ODDO, *Uso scorretto ragionevolmente prevedibile. Trasformazioni e manomissioni delle macchine: obblighi e responsabilità penali nell'esperienza italiana*, Seminario Inail, 3 dicembre 2014. L'A. si addentra nella difficile esegesi di cosa sia un uso scorretto ragionevol-

devono essere eseguite dall'utilizzatore del bene. Le avvertenze indicano i rischi non immediatamente avvertibili dall'utente, in relazione a tutti gli usi prevedibilmente ragionevoli del prodotto⁶, ma non quelli inappropriati (*misuse*) o sconsiderati (*abuse*⁷).

Le informazioni si distinguono in volontarie e obbligatorie⁸. Ogni prodotto destinato al consumo deve contenere le informazioni per l'uso⁹, ma il fabbricante può anche fornire informazioni alle quali non sarebbe tenuto, al solo fine di consentire un utilizzo più performante del prodotto. Le informazioni obbligatorie conseguono ad obblighi normativi, a prescrizioni di norme tecniche richiamate da direttive/regolamenti o, comunque, al dovere (extracontrattuale) di permettere ai consumatori finali di utilizzare il prodotto in modo sicuro e consapevole, avuto riguardo ad un livello elevato di sicurezza dei consumatori, specie per quanto attiene ai rischi residui¹⁰ insiti nell'uso del prodotto¹¹. Inoltre, devono tenere conto del destinatario dell'informazione, discriminando tra soggetti informati e non informati (nonché tra soggetti molto reattivi o poco reattivi¹²). Il messaggio deve poi

mente prevedibile, rilevando che vari fattori possono essere tenuti presente, tra essi i dati statistici e la ripetitività dei comportamenti umani.

Prospetta un: «duty to warn consumers about the hazards inherent in their products» la Corte Suprema della California, nel caso, *O'Neil v. Crane Co.*, 53 Cal. 4th, p. 351.

⁶ Il *leading case* del difetto di informazione è individuato nel caso *Honda*, BGH, 9 dicembre 1986, BGHZ 99, 167, ove il costruttore giapponese venne condannato da una Corte tedesca per non aver informato l'acquirente di una motocicletta della possibile perdita del controllo del mezzo in caso di applicazione di un parabrezza.

⁷ In questa fattispecie sono considerati gli abusi di sostanze alcoliche o di prodotti da tabacco. Come si dirà oltre, le più recenti normative in tema di prodotti contenenti tabacco impongono un'informazione obbligatoria a carico del fabbricante sui loro rischi residui. Sono numerose le decisioni delle Corti che ritengono irrisarcibili danni conseguenti ad usi smodati di tali sostanze.

⁸ A proposito delle informazioni obbligatorie in campo alimentare si veda, MINISTERO DELLA SALUTE, *Etichettatura degli alimenti*, 2016, pubblicazione *on line* della Direzione generale per l'igiene e la sicurezza degli alimenti e la nutrizione nonché l'art. 9 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011, in *Gu-Ue* n. L. 304 del 22 novembre 2011, p. 18, che dichiara obbligatorie quelle informazioni che, se omesse, renderebbero difficile un uso adeguato del prodotto.

⁹ V. direttiva n. 2001/95/Ce, in *Guce* n. L 11 del 15 gennaio 2002, p. 4; direttiva n. 2006/42/Ce, in *Gu-Ue* n. L 157 del 9 giugno 2006, p. 24.

¹⁰ Sul livello elevato di protezione della salute e della sicurezza dei consumatori, v. art. 169 TFUE. Non è richiesto che il livello di sicurezza copra ogni e qualsiasi rischio: in tal caso il costo del prodotto sarebbe eccessivo.

¹¹ V. art. 104, Codice del consumo (dlgvo n. 206 del 6 settembre 2005), che recita: «Obblighi del produttore e del distributore. 1. Il produttore immette sul mercato solo prodotti sicuri. 2. Il produttore fornisce al consumatore tutte le informazioni utili alla valutazione e alla prevenzione dei rischi derivanti dall'uso normale o ragionevolmente prevedibile del prodotto, se non sono immediatamente percettibili senza adeguate avvertenze, e alla prevenzione contro detti rischi. La presenza di tali avvertenze non esenta, comunque, dal rispetto degli altri obblighi previsti nel presente titolo».

¹² Quanto al tema che qui trattiamo è evidente che la capacità di gestire le informazioni provenienti dalla vettura è diversa tra conducenti giovani e anziani: tale dato è scarsamente

essere graduato (nell'intensità) in base al pericolo che si vuole proteggere¹³.

Queste informazioni devono essere tenute ben distinte dalle informazioni commerciali/di intrattenimento, le quali hanno finalità di supporto all'attività primaria di guida oppure alle attività secondarie. Secondo regole di buona tecnica esse non possono essere frammiste alle informazioni sulla sicurezza.

Il sistema della sicurezza dei prodotti destinati ai consumatori nel mercato dell'Unione europea è retto dal principio (v. art. 2, lett. b., direttiva n. 2001/95/Ce) in base al quale un prodotto è pericoloso quando, in condizioni di uso normali o ragionevolmente prevedibili, compresa la durata e, se del caso, la messa in servizio, l'installazione e le esigenze di manutenzione, non presenti alcun rischio oppure presenti unicamente rischi minimi, compatibili con l'impiego del prodotto e considerati accettabili nell'osservanza di un livello elevato di tutela della salute e della sicurezza delle persone¹⁴.

L'utilizzo delle norme tecniche armonizzate, allorché sono richiamate dagli atti legislativi comunitari (direttive generali/orizzontali o di settore/verticali)¹⁵ assicura una presunzione di conformità del prodotto, limitatamente al rischio considerato dalla norma, alla normativa di riferimento. Nel caso che si esamina, va subito notato, non esistono, allo stato, in ambito automobilistico, norme cogenti pertinenti.

Occorre allora ricercare eventuali riferimenti normativi indiretti, applicabili estensivamente. Possono essere immediatamente richiamati alcuni principi presenti nell'Allegato 1 della direttiva n. 2006/42/Ce (c.d. direttiva macchine) il quale, a proposito delle informazioni tecniche che il fabbricante deve comunicare all'utilizzatore della macchina attraverso un «Libretto di uso e manutenzione», precisa che: a. le informazioni e le avvertenze sulla macchina devono essere fornite preferibilmente in forma di

considerato dai fabbricanti di autovetture nei libretti di uso. Richiede che le interfacce si adattino alle diverse caratterizzazioni degli utenti la norma ISO 9241, part. 11, *cit. supra*, nota 1.

¹³ Il progettista del prodotto è tenuto a graduare la "aggressività" del messaggio (quella massima si raggiunge nell'avvisare i passeggeri di una vettura che non sono allacciate le cinture di sicurezza con messaggi acustici e visivi); inoltre, l'informazione non deve essere ridondante, ma deve essere diretta, semplice, formulata in positivo, priva di espressioni plurisenso e conformata alle norme tecniche del settore.

¹⁴ L'art. 49, cap. 301, del *Code Federal Regulation* degli USA, relativo ai veicoli, giudica insicuro quel prodotto che pone un «unreasonable risk of death or injury in an accident». Il "concetto" del rischio irragionevole venne introdotto nel sistema di *liability product*, del *Restatement Second of Torts*, sez. 402A. E' replicato nella direttiva sulla sicurezza generale dei prodotti n. 2001/95/Ce, *cit. supra*, nota 9.

¹⁵ Ad esempio la normativa sulla omologazione delle vetture (direttiva n. 2007/46/ Ce, in *Gu-Ue* n. L 263 del 9 ottobre 2007, p. 1) o la normativa sulla sicurezza delle macchine (direttiva n. 2006/42/Ce, in *Gu-Ue* n. L 157 del 9 giugno 2006, p. 24, *cit. supra*, nota 9).

simboli o pittogrammi facilmente comprensibili; *b.* le informazioni necessarie alla guida di una macchina devono essere fornite in forma chiara e facilmente comprensibile. Non devono essere in quantità tale da accavallarsi nella mente dell'operatore. Le unità di visualizzazione o qualsiasi altro mezzo di comunicazione interattiva tra operatore e macchina devono essere di facile comprensione e impiego; *c.* se la macchina è munita di dispositivi di avvertenza, essi devono poter essere compresi senza ambiguità e facilmente percepiti; *d.* devono essere fornite le indicazioni indispensabili alla sicurezza di utilizzo¹⁶; *e.* le informazioni devono essere utilizzate per ridurre il rischio residuo del prodotto, ma non per correggere un difetto (di progettazione o produzione) medesimo¹⁷. Dunque, con le informazioni e le avvertenze i costruttori delle vetture possono richiedere ai conducenti delle vetture maggiore attenzione nell'uso dei sistemi elettronici ed invitarli a non eseguire manovre comportanti lunghi tempi di esecuzione con vettura in movimento¹⁸. L'informazione svolge, in tal caso, la sua corretta funzione sotto il profilo della sicurezza. Tuttavia, il fabbricante non potrebbe, attraverso le avvertenze, superare l'ostacolo della fornitura di informazioni accavallate con veicolo in movimento¹⁹. Eventuali *disclaimer* dei fabbricanti, volti unicamente ad escludere la loro responsabilità, appaiono, pertanto, di scarso valore²⁰. Conseguentemente, il tema della distrazione del

¹⁶ Ne vale che occorre stabilire un ordine di priorità delle informazioni. L'art. 5 del Regolamento (Ce) n. 661/2009, in *Gu-Ue* n. L 308 del 25 novembre 2015, p. 11, afferma che: «1. I costruttori garantiscono che i veicoli siano progettati, costruiti e assemblati in modo da ridurre al minimo i rischi di lesioni per gli occupanti del veicolo e per gli altri utenti della strada. 2. I costruttori garantiscono che i veicoli, i sistemi, i componenti e le entità tecniche soddisfino i requisiti pertinenti fissati dal presente regolamento e dalle relative misure di attuazione, comprese le prescrizioni relative: (...) ai sistemi destinati a informare il conducente, in modo acustico o visivo, sullo stato del veicolo e della zona circostante e comprendenti vetrature, specchi e sistemi d'informazione del conducente». Sull'obbligo del fabbricante di comunicare le informazioni pertinenti e le istruzioni necessarie, precisando le restrizioni all'uso del veicolo, v. art. 37, direttiva n. 2007/46/Ce sull'omologazione delle vetture.

¹⁷ V. art. 3, direttiva n. 2001/95/Ce, *cit. supra*, nota 9.

¹⁸ «Failure to warn claims usually arise when a product still poses some danger to its users even when it is properly designed and manufactured. Some products have to be somewhat dangerous in order to be useful. For example, an electric carving knife has to be sharp in order to do what it is supposed to do, which is to carve meat. A failure to warn situation arises when a product either doesn't warn users at all about foreseeable risks, or when it has warnings but they are so vague or inadequate that the average user wouldn't understand what the danger is or how to avoid it», ROTTESTEIN LAW FIRM, *What is a "failure to warn"? What is a "marketing defect"?*, reperibile sul sito internet: <http://www.rotlaw.com/legal-library/what-is-a-failure-to-warn-what-is-a-marketing-defect/>.

¹⁹ Problema enfatizzato dalle *Guidelines* emesse dalla NHTSA, *cit. infra*, note 45 e 46, che prevedono operazioni vietate «*per se lock outs*».

²⁰ I *disclaimer* sono spesso usati dai costruttori di vetture per una rinuncia del conducente ad azioni di responsabilità, rinuncia generalmente non ammessa in forma preventiva nella responsabilità da prodotto.

conducente pare correttamente affrontabile, sotto il profilo della responsabilità del fabbricante, in una duplice direzione: *a.* del difetto di informazione («*duty of warn*»), se manca un'esaustiva rappresentazione al conducente del rischio derivante dall'uso scorretto del prodotto; *b.* del «*design defect*», se l'informazione rilasciata crea disattenzione al conducente della vettura per il modo errato con cui gli viene fornita o deve essere appresa, gestita o letta²¹. Sotto quest'ultimo profilo la fattispecie presenta ancora contorni non bene definiti nel panorama giurisprudenziale americano²² perché è spesso ricostruita considerando il difetto nella colpa («*negligence*») del fabbricante²³, pur in una materia che dovrebbe essere dominata dalla responsabilità oggettiva²⁴.

Va infine precisato che si registra una recente tendenza degli ordinamenti giuridici ad incrementare il rigore verso comportamenti scorretti dei conducenti, tenuti ad una prudente guida della vettura. Esempio un recente caso in Inghilterra ove il conducente di una vettura è stato condannato a dieci anni di carcere per aver travolto e ucciso in un sinistro due persone, distratto dall'uso di un telefono mobile²⁵. Analoga «severità» è usata in alcuni Stati USA che vietano di tenere cellulari «a portata di mano»²⁶.

²¹ Nella valutazione dei rischi generati dai prodotti è frequente l'uso del c.d. «*usability test*» il quale osserva il comportamento umano nell'uso del prodotto ai fini di scoprire possibili errori di manovra causati dal modo (complessità) con il quale è stato progettato il prodotto, v., *cit. supra*, nota 1. Sul punto, NHTSA, *Driver distraction Program: an overview on the national highway traffic safety Administration's*, 2010, *ivi* (p. 5) si osserva che la forma di un navigatore satellitare ed il modo con cui interagisce con il conducente condiziona la *driver performance*.

²² R. F. HARCUT, *Product liability, Restatement of Torts, section 402A, Uncertain Standard of responsibility in design defect cases*, 24 *Vill. L. Rev.* 1035 (1979).

²³ Valutata alla stregua della diligenza di un operatore professionale.

²⁴ La dottrina della *product liability* si fonda infatti sul presupposto che la ricerca della colpa del fabbricante nel danno da prodotti seriali è molto difficoltosa; il fabbricante è il soggetto che può meglio accertare la presenza del difetto, conseguentemente l'allocatione del costo dei sinistri appare più giusto sotto il profilo sociale. Conseguentemente la colpa del fabbricante (*negligence*) non deve essere elemento della fattispecie. La teoria non ha trovato unanime affermazione, tanto che molte Corti americane non hanno mai definitivamente abbandonato la colpa come elemento soggettivo di imputazione nel danno da prodotto, v. *Hagens v. Oliver Mach.*, 576 F2d 97 (5th Cir., 1978) e si sono indirizzate alla ricerca di uno *standard* di diligenza del fabbricante inferiore a quello dovuto in relazione allo stato dell'arte ed alla possibilità di rappresentarsi la miglior soluzione tecnologica. Per accertare il difetto di progettazione le Corti spesso ricorrono alla teoria del *Reasonable Alternative Design*, terreno di elezione della colpa. Sulla teoria, v. *infra*, nota 47.

²⁵ V. *MailOnline*, 2 novembre 2016, Our lives changed in the blink of an eye, reperibile sul sito internet <http://www.dailymail.co.uk>.

²⁶ V. *Motor Vehicle Safety Act*, Part 3.1, Use of Electronic Devices While Driving. Il *Motor Vehicle Safety Act* è stato inserito al § 30101, dell'art. 49 dell'USC. La normativa sull'uso dei telefoni mobili è disomogenea nei vari ordinamenti. Italia, Australia ed Inghilterra vietano l'uso di telefoni mobili "hand-held". Consentono l'uso di sistemi elettronici di ausilio alla guida "free-hands" nei limiti in cui sono salvaguardate le condizioni contingenti di sicurezza. Il giudice potrà pertanto, sempre, valutare la decisione del conducente.

2. Le inappropriate informazioni tecniche: difetto del prodotto o carente fornitura di servizi?

Il tema delle informazioni tecniche è studiato nella responsabilità da prodotto in quanto esse, se carenti, possono costituire un difetto²⁷. Il difetto di informazione è stato introdotto, come nozione, dalla normativa americana, dal *Restatement Third*. Il tema era già ampiamente presente nella letteratura giuridica continentale specie in quella tedesca²⁸.

Il *Restatement Third* adotta la ormai nota tripartizione del difetto – *a.* difetto di progettazione, *b.* di costruzione, *c.* di informazione – e afferma: *a.* «a product contains a manufacturing defect when the product departs from its intended design even though all possible care was exercised in the preparation and marketing of the product»; *b.* «a product contains a design defect when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the adoption of a reasonable alternative design by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution, and the omission of the reasonable alternative design renders the product not reasonably safe»; *c.* «a product is defective because of inadequate instructions or warnings when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the provision of reasonable instructions or warnings by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution and the omission of the instructions or warnings renders the product not reasonably safe».

Quanto al problema che si esamina, occorre chiedersi se il difetto di informazioni possa assumere la forma di un messaggio, proveniente dalla vettura, tale da indurre il conducente a tenere un comportamento che si trasforma in un evento dannoso²⁹. In questo caso il difetto informativo è un

²⁷ Cosa sia il «difetto» è difficile da dire; la normativa nord-americana distingue tra difetto funzionale (corrispondente al nostro vizio) e non conformità alle norme cogenti. Il difetto nella responsabilità oggettiva svolge la funzione di limitare la responsabilità perché il nesso causale si misura tra il prodotto difettoso ed il danno, cosicché il difetto deve essere predefinito dal giudice attraverso un giudizio di sintesi che considera, in massima parte, le norme tecniche e l'affidamento dell'utente a che il prodotto non espliciti effetti sorprendenti (e non attesi ragionevolmente) dannosi.

²⁸ Rimane ancora attuale lo studio di M. R. WILL, *Responsabilità per difetto di informazione nella Comunità europea*, in S. PATTI (a cura di), *Il danno da prodotti*, Padova, Cedam, 1990, il quale evidenzia che il difetto di informazione rappresenta una carenza nella presentazione del prodotto ed, in particolare, del suo uso e dei rischi. L'informazione è, pertanto, similmente alla normativa americana, un *deficit* del prodotto in sé; si veda al proposito, con riferimento alle informazioni nutrizionali, *Nutella Lawsuit: Ferrero Settles Class-Action Suit Over Health Claims For \$3 Million*, redazionale del *The Huffington Post* del 36 aprile 2012, reperibile sul internet <http://www.huffingtonpost.com>.

²⁹ Si pensi ad un messaggio di scarsa importanza che appaia ripetutamente sul cruscotto in una situazione di emergenza.

difetto di progettazione perché il prodotto presenta caratteristiche progettuali («*design*») non allineate allo stato dell'arte disponibile sul mercato³⁰. Va poi collateralmente indagato il ruolo del conducente in relazione ad un accesso alle informazioni con una manovra che può essere pericolosa. Come già evidenziato, il fabbricante è tenuto, nella valutazione del rischio, a tenere presente il comportamento del conducente; nella guida del veicolo il comportamento del conducente è generalmente improntato ad una scarsa prudenza. Il fabbricante deve tener conto di questo dato esperienziale; tuttavia appare estremamente difficoltoso creare meccanismi protettivi che superino negligenze palesi del conducente. Nel caso *Williams vs. Cingular* (809 N.E. 2d 473, Ind. App. 2004) si imputa al venditore di un telefono mobile di non aver avvisato il compratore dei rischi dell'uso del prodotto su una vettura in movimento e di non aver previsto che tra i ragionevoli usi del prodotto vi fosse anche questo («breach of duty by allowing conduct to fall below the applicable standard of care»).

La Corte non ha difficoltà a rilevare che non può essere imputata al rivenditore del telefono la responsabilità per non aver creato sistemi di sicurezza a protezione di azioni palesemente negligenti («the relationship between Cingular and Williams is remote. Although it is foreseeable that cellular phone use while driving may contribute to a car accident, it is not foreseeable that the sale of a phone to a customer will necessarily result in a car accident») e si conclude che: «public policy weighs in favor of not imposing a duty on cellular phone companies for car accidents, even if cellular phones have the potential to distract drivers if misused». Come si dirà, in questo caso si è dimostrato per il danneggiato un errore "prenderse-la" con il venditore del cellulare, maggiori *chance* questi avrebbe probabilmente avuto se l'azione fosse stata indirizzata al costruttore del telefono, assumendo che lo stato dell'arte della tecnologia gli consentiva di disattivarne le funzioni più pericolose quando il telefono registrava un veloce spostamento lineare (v. *infra*, par. 13, considerazioni finali).

L'osservazione sul bilanciamento degli interessi delle parti che operano sul mercato e sulle più efficienti regole dell'ordinamento apre ad altre notazioni.

Il tema può anche essere esaminato nella prospettiva dell'analisi economica del diritto. Sotto questo profilo ci si interessa dell'individuazione del migliore risultato per l'ordinamento in termini di efficienza (incentivi) dettata dalla normativa. Se la responsabilità dell'evento dannoso è addos-

³⁰ Sul difetto di progettazione, R. F. HARCUT, *Product liability, Restatement of Torts, section 402A, Uncertain Standard of responsibility in design defect cases, cit. supra*, nota 22.

sata unicamente al fabbricante, senza che abbia rilievo alcuno il comportamento dell'utilizzatore, questi non avrà alcun incentivo ad adottare precauzioni e il problema della sicurezza sarà totalmente a carico del fabbricante³¹.

In un sistema risarcitorio in cui l'utilizzatore concorre nella causazione del danno questi sarà incentivato ad adottare cautele maggiori per evitare che il danno rimanga irrisarcito³². In tale sistema il fabbricante è tenuto a rilasciare corrette e complete informazioni, in quanto possiede il dato informativo migliore (avendo progettato e sperimentato il prodotto) e valuta il rischio residuo. Il consumatore è tenuto ad un comportamento avveduto e prudente³³. Il sistema appare efficiente e non eccessivamente penalizzante per una parte, considerato anche che, sotto il profilo dei costi transattivi, il costo di trasferimento del dato informativo dal fabbricante all'utente è basso perché il primo già possiede i dati³⁴. Di contro, se gli obblighi precauzionali fossero spostati integralmente sull'utente, il costo dell'informazione che il consumatore dovrebbe assumere sarebbe eccessivo, in assenza del dato informativo.

La comunicazione al consumatore di un completo dato informativo consente a questi non solo di effettuare una corretta scelta di acquisto del prodotto, ma anche di valutare appieno i rischi residui del medesimo. La mancata/carente informazione incide, infatti, sulla capacità del consumatore di rendersi conto dei limiti della macchina e delle conseguenze del superamento di questi limiti. Il carente dato informativo diviene così un insufficiente elemento di riduzione del rischio residuo della macchina. L'art. 6 del Codice del consumo (dlgvo n. 206 del 6 settembre 2005) specificatamente prevede, alla lett. *f.*, in capo al produttore, l'obbligo di avvisare il

³¹ In un modello di responsabilità unilaterale che preveda il carico integrale in capo al fabbricante, questi dovrebbe innalzare il livello di sicurezza al massimo, non potendo contare sul contributo di corresponsabilità dell'utente; pertanto l'informazione offerta avrebbe scarso valore. Un modello bilaterale di sicurezza è quello del Testo Unico sulla sicurezza, dlgvo n. 81/2008, il quale, all'art. 20, prevede che il lavoratore deve prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, sulle quali ricadono gli effetti delle sue azioni o omissioni, conformemente alla sua formazione, alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro.

³² Nel nostro sistema risarcitorio se il comportamento colposo del danneggiato non è idoneo da solo ad interrompere il nesso eziologico tra la causa del danno, può, tuttavia, integrare un concorso colposo ai sensi dell'art. 1227, comma 1, c.c., con conseguente diminuzione della responsabilità del danneggiante secondo l'incidenza della colpa del danneggiato, Cass., 29 luglio 2016, n. 15761, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 5, p. 1714.

³³ V. *Convenzione di Vienna sulla circolazione stradale*, 1998. Sul punto vedi, anche, Cass., 14 febbraio 2006, n. 3193, in *Arch. Circ.*, 2007, p. 61, ove si precisa che il conducente deve fornire la prova di essersi uniformato alle norme sulla circolazione stradale ed a quelle della comune prudenza. V. anche G. BUFFONE, *Responsabilità civile automobilistica*, Cedam, 2016, p. 115.

³⁴ Avendo il fabbricante progettato il bene ed essendo in possesso dei dati dei *test*.

consumatore circa le istruzioni e le eventuali precauzioni utili alla fruizione sicura del prodotto.

Il problema è l'adeguata limitazione del rischio residuo³⁵. L'informazione deve, infatti, descrivere le caratteristiche del prodotto e limitarne gli usi impropri; deve inoltre rappresentare i rischi prevedibili e gli errori che ragionevolmente il consumatore può compiere per inesperienza. In quest'ottica, il problema della corretta informazione riguarda sia la responsabilità da prodotto (direttiva n. 85/374/Cee), che considera il difetto come causa di un danno, sia la normativa sulla sicurezza del prodotto (direttiva n. 2001/95/Ce), che considera il prodotto come fonte di un rischio (in tale ultimo caso non è rilevante la realizzazione di un danno, ma la creazione di un rischio anche solo potenziale).

La possibilità di rendere edotto il conducente del rischio consente al fabbricante di non adottare il grado di sicurezza massimo ove questo possa essere convenientemente appreso dal consumatore oppure ragionevolmente previsto³⁶.

A questo punto, precisato (cfr. *supra*, par. 1) che l'informazione può rilevare come difetto di progettazione³⁷ o di informazione³⁸ e che, in entrambi i casi, si applicheranno le regole proprie della responsabilità da prodotto³⁹, rimane da evidenziare che vi è un'area che è occupata da una serie di informazioni legate alla prestazione di servizi: si pensi alle informazioni sul traffico rilasciate da infrastrutture esterne, alle informazioni su ristoranti, musei, ecc. Tale area pare esulare dalla responsabilità da prodotto, attenendo alla fornitura del servizio.

Se il navigatore induce il conducente a percorrere una strada a senso unico e tale manovra provoca un sinistro, la responsabilità sarà del fabbri-

³⁵ Nella normativa domestica sulla sicurezza del lavoro (v. dlgs n. 81 del 9 aprile 2008) il «rischio» è definito come la probabilità che una sorgente di pericolo si trasformi in danno (giudizio probabilistico). La definizione trova riscontro nelle norme tecniche uniformi (UNI 11230, UNI EN ISO 12100-1). Il «pericolo» come la proprietà intrinseca di un prodotto o di un fattore non legata a fattori esterni idonei a causare un danno. Il «danno» come evento lesivo a beni o persone. Una definizione normativa di «rischio» si rintraccia all'art. 3, punto 28, della direttiva n. 2009/48/Ce in *Gu-Ue* n. L 170 del 30 giugno 2009, p. 1, sulla sicurezza dei giocattoli che lo definisce come la probabilità dell'insorgenza di un pericolo.

³⁶ Vale ricordare che è indiscusso il principio in base al quale quanto più la situazione di pericolo è suscettibile di essere prevista, tanto più incidente deve ritenersi il comportamento della vittima, Cass., 29 luglio 2016, n. 15761, *cit. supra*, nota 32.

³⁷ Tali saranno i casi di difetto di fruibilità dei sistemi.

³⁸ Tali saranno i casi di difetto per eccessivo carico cognitivo indotto.

³⁹ Va qui precisato che ai fini della valutazione del rischio (direttiva n. 2001/95/Ce, *cit. supra*, nota 9) e della responsabilità da prodotto (direttiva n. 85/374/Cee, in *Guce* n. L 210 del 7 agosto 1985, p. 29) il comportamento dell'utente assume rilevanza in quanto queste due normative considerano le legittime attese di quest'ultimo.

cante della vettura (*assembler*) o del fabbricante del sistema informatico?

Il tema è stato trattato in altri ordinamenti in relazione a malfunzionamenti di programmi *software* o a errori di carte di navigazione aerea con soluzioni non univoche⁴⁰.

La moltitudine dei servizi offerti indurrà probabilmente i costruttori a fare in modo che l'acquirente della vettura diventi anche acquirente di un separato contratto di accesso ai servizi forniti dalla vettura medesima.

3. La normativa di riferimento

I conducenti possono distrarsi in tre modi: distogliendo lo sguardo dalla strada (distrazione visiva); diminuendo l'attenzione (distrazione cognitiva); togliendo le mani dal volante (distrazione manuale). Spesso un conducente è distratto da una combinazione di questi tre tipi di distrazione: i bambini che litigano sul sedile posteriore possono costringere il conducente a voltarsi per calmarli; così facendo il conducente può distogliere lo sguardo dalla strada e non prestare attenzione alla guida.

Il fenomeno interessa, pertanto, una condizione costantemente presente sulla vettura.

Sulla distrazione del conducente la Commissione europea ha fissato alcuni "principi europei"⁴¹, in particolare intervenendo sull'interfaccia uomo/macchina con la Raccomandazione relativa ai sistemi sicuri ed efficienti di informazione e comunicazione di bordo del 2008⁴². In Paesi non

⁴⁰ In *Winter v. Putnam's Sons*, 938 F2d 1033,1036, 9th Circ. 1991, si indica il malfunzionamento dannoso di un programma *software* come difetto del prodotto; in direzione opposta, *Compare Wachter v. Data processing serv.*, 492, N.E. 2d 314, 319, Ind. Cit. App., 1986. Sul tema, *amplius*, J. REUTIMAN, *Defective information: should information be a product subject to product liability claims?*, in *Cornell Law School*, 2013.

⁴¹ I principi enunciati hanno valore solo indicativo e rappresentano lo stato dell'arte della scienza in materia, non sono regole o norme tecniche armonizzate elaborate da enti indipendenti, richiamate da atti legislativi, tali da conferire una presunzione di conformità alla pertinente normativa comunitaria. Essi comunque costituiscono un sicuro riferimento per i costruttori di vetture, v. redazionale del 29 luglio 2016, sul sito internet: <http://bestmotori.it/2016/07/novita-volkswagen-tiguan/>, ove si afferma che «in fase di progettazione delle vetture e in occasione dell'introduzione di nuovi sistemi, la Volkswagen tiene conto delle direttive internazionali come quelle della Alliance of Automotive Manufacturers negli USA e i Principi europei in materia di interfaccia uomo-macchina della Commissione Europea, che suggeriscono come deve essere configurata l'interazione tra guidatore e veicolo soprattutto durante la marcia, per ridurre al minimo la distrazione del guidatore nonostante l'uso sempre maggiore di svariati servizi. Per esempio, nel caso di display che non devono essere fonte di distrazione durante la guida, le informazioni importanti devono poter essere rilevate immediatamente mentre le funzioni complesse risultare bloccate».

⁴² Raccomandazione della Commissione del 26 maggio 2008 relativa ai sistemi sicuri e efficienti di informazione e comunicazione di bordo: aggiornamento dei principi europei in ma-

comunitari sono state pubblicate importanti *Guidelines*; tra le più note quelle emesse da JAMA (Associazione costruttori giapponesi) nel 2004⁴³, da AAM (Alliance of Automobile Manufacturers) nel 2006⁴⁴ e dalla NHTSA (National Highway Traffic Safety Administration) nel 2013⁴⁵ e nel 2016⁴⁶.

Tutti i documenti sopra cennati si dirigono ai progettisti delle vetture o dei sistemi elettronici separatamente forniti nel mercato (*after market*) che rilasciano informazioni e non ai conducenti, destinatari unicamente della normativa sulla circolazione stradale. Ne consegue che l'eventuale viola-

teria di interfaccia uomo-macchina, in *Gu-Ue* n. L 216 del 12 agosto 2008, p. 1 ss. Il documento riprende la Raccomandazione del 22 dicembre 2006, relativa ai sistemi sicuri ed efficienti di informazione e comunicazione di bordo: aggiornamento dei principi europei in materia di interfaccia uomo-macchina, in *Gu-Ue* n. L 32 del 6 febbraio 2007, p. 28 ss.; quest'ultima aggiorna la Raccomandazione della Commissione, del 21 dicembre 1999, relativa ai sistemi sicuri e efficienti di informazione e comunicazione di bordo: principi europei in materia di interfaccia uomo-macchina, in *Guce* n. L 19 del 25 gennaio 2000, p. 64 ss., ove si precisa, all'art. 6, che le informazioni visualizzate devono poter essere comprese dal conducente con pochi rapidi sguardi, senza che ciò lo costringa a distogliere l'attenzione dalla guida. Se esistono, devono essere applicate le norme nazionali o internazionali vigenti in materia di leggibilità, udibilità, iconografia, terminologia, simboli, sigle e abbreviazioni. Le informazioni pertinenti all'attività di guida devono essere date per tempo e con precisione. Il sistema non deve presentare informazioni che possano indurre il conducente o altri utenti della strada ad assumere comportamenti potenzialmente pericolosi. Il sistema non deve produrre livelli di suono non regolabili e suscettibili di coprire le segnalazioni acustiche provenienti dall'abitacolo o dall'esterno del veicolo. All'art. 7 si indica che il conducente deve poter sempre tenere almeno una mano sul volante. I sistemi di comunicazione su base vocale devono prevedere la possibilità di parlare ed ascoltare in viva voce. Le singole sequenze di interazione con il sistema non devono essere troppo lunghe e devono poter essere interrotte. I comandi del sistema devono poter essere azionati senza interferire con l'attività di guida. Il conducente deve poter regolare il ritmo di interazione con il sistema. Il sistema non deve richiedere al conducente di introdurre i dati entro un determinato periodo di tempo. Se una sequenza di interazione con il sistema viene interrotta, deve essere possibile continuarla a partire dal punto di interruzione o da un altro punto logico. Il conducente deve poter regolare la presentazione acustica delle informazioni in modo che questa non provochi distrazione o irritazione. La reazione del sistema (*feedback* o conferma) a seguito di una richiesta del conducente deve essere tempestiva e chiaramente percepibile. I sistemi che forniscono visualizzazioni dinamiche non attinenti alla sicurezza devono poter essere commutati in una modalità che esclude tali informazioni. Inoltre, v. Comunicazione della Commissione del 15 settembre 2003 sulle tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni per veicoli sicuri e intelligenti, Doc. Com(2003)542 def.; Risoluzione del Consiglio del 17 dicembre 1998 concernente le istruzioni per l'uso dei beni di consumo tecnici, in *Guce* n. C 411 del 31 dicembre 1998, p. 1 ss.; Comunicazione della Commissione, La guida blu all'attuazione della normativa UE sui prodotti, *cit. supra*, nota 5 nonché *Comunicazione della Commissione del 15 febbraio 2006 sull'iniziativa automobile intelligente*, Doc. Com(2006)59 def.

⁴³ JAMA, *Guidelines for In-vehicle display systems*, 2004, reperibile sul sito internet www.jama-english.jp.

⁴⁴ AAM, *Statement of principles criteria and verification procedures on driver interactions*. AAM ha comunicato alla NHTSA l'intenzione dei costruttori aderenti di adeguarsi alle predette linee guida, v. p. 20, NHTSA, *Driver distraction Program: an overview on the national highway traffic safety Administration's*, *cit. supra*, nota 21.

⁴⁵ *Visual-manual NHTSA driver distraction Guidelines for in-vehicle electronic devices*, 2013, reperibile sul sito internet della NHTSA.

⁴⁶ *Visual-manual NHTSA driver distraction Guidelines for portable and after-market devices*, 2016, reperibile sul sito internet della NHSTA.

zione dei principi in essi contenuti viene generalmente vista come difetto di progettazione; i profili rilevanti sono quelli: *a.* della diffusione di informazioni attraverso sistemi troppo complessi; *b.* della usufruibilità di sistemi che comportano operazioni con elevati tempi di esecuzione con vettura in movimento. In entrambi i casi, occorre che siano disponibili e accessibili sul mercato alternative progettuali migliori⁴⁷. Non essendovi norme cogenti per i costruttori di vetture, non potrebbe essere usata la declinazione di difetto per "non compliance", riferibile generalmente a *standard* tecnici obbligatori. Ciò impone di ricercare la nozione di difetto all'interno del modo di funzionare del prodotto stesso: il difetto si manifesta nella pericolosità del prodotto⁴⁸. Cosicché, essendo vietata l'immissione in commercio di un prodotto che presenta rischi irragionevoli (direttiva n. 2001/95/Ce), una scorretta informazione diviene un difetto di progettazione.

Vale l'ulteriore, e per certi versi singolare, considerazione che il possibile disallineamento dei sistemi di comunicazione di una vettura da uno *standard* più sicuro (stato dell'arte) non avviene in funzione di un risparmio di costi del fabbricante (come potrebbe essere naturale), ma in funzione di una ricerca di assecondamento degli (insopprimibili) "desideri" del conducente. Poiché però questi saranno sempre maggiori, il fabbricante

⁴⁷ Negli USA molte Corti fanno uso, nella responsabilità da prodotto, di un *test* denominato «*reasonable design alternative*» che considera il difetto di progettazione nel disallineamento del progetto dallo stato dell'arte disponibile sul mercato e nell'accessibilità del costo dell'innovazione. «In the law of products liability, a design defect exists when a defect is inherent in the design of the product itself. In a products liability case, a plaintiff can only establish a design defect exists when he proves there is hypothetical alternative design that would be safer than the original design, as economically feasible as the original design, and as practical as the original design», v. CORNELL UNIVERSITY, *Wex Legal Dictionary*, reperibile sul sito internet: https://www.law.cornell.edu/wex/design_defect.

Nel recentissimo caso *G. M. vs. Abney, LLC*, No. 1:2014cv05810 (S.D.N.Y., 2016), si afferma «however, the driver and her passenger failed to prove that the vehicle was unreasonably dangerous because there was an alternative design for the vehicle that could have prevented the plaintiffs' injuries and that Old GM should have adopted that alternative design».

Circa la differenza tra difetto di costruzione e di progettazione, si è precisato che: «The primary difference between a manufacturing defect and a design defect is that a manufacturing defect is a mistake in the process of building a product that would be safe if it were built as designed, while a design defect makes a product inherently unsafe. Both design defects and manufacturing defects, however, are examined under the law of strict liability, which holds the designer responsible for a design defect no matter how careful the designer was in creating the product. The rules a court uses to examine design defect claims vary by State. Most U.S. States use one of two different standards: (a) a design defect exists if the product is unreasonably dangerous as designed; or (B) a design defect exists if the product is not safe for its intended and reasonably foreseeable uses», v. ROTTESTEIN LAW FIRM, *What is a "failure to warn"? What is a marketing defect?* cit. *supra*, nota 18.

⁴⁸ «Therefore, no built-in norm against which to measure a design defect exist because the defective design is itself the norm», *Barker v. Lull Eng.*, 20 Cal. 3d 413, 428-30, 573 P.2d 443, Cal. Rptr, 1978.

tenderà ad assecondarli continuamente per ragioni di *marketing*⁴⁹ (confidando sulla finale responsabilità del conducente per tutte le operazioni che avvengono in vettura⁵⁰). Si determina così una situazione confusa sulle diverse responsabilità⁵¹ assunte dal costruttore della vettura e dai costruttori dei sistemi telematici.

Le linee guida e la cennata Raccomandazione del 2008 della Commissione hanno solo il valore di indicazione delle migliori prassi scientifiche e rappresentano lo stato dell'arte (il miglior approdo scientifico disponibile sul mercato) in un eventuale contenzioso⁵², essendo confortate da studi di

⁴⁹ Evidenziate da *MailOnline* del 7 luglio 2015, ove si sottolinea: «*Car companies say outsized dashboard displays that behave more like smart phone will boost revenue and attract buyers*», reperibile sul sito internet <http://www.dailymail.co.uk>.

⁵⁰ Il fenomeno è stato notato a proposito di alcune funzioni applicate alle vetture che consentono, ad esempio, partenze lanciate delle vetture. Tali funzioni vengono applicate dal fabbricante per assecondare i desideri del conducente, ma non sempre sono chiari i limiti di tale assecondamento in una prospettiva di sicurezza del mezzo, tenuto conto che il fabbricante è poi il responsabile della sicurezza complessiva del mezzo medesimo.

⁵¹ Situazione tuttavia ben compresa dai costruttori dei sistemi di intrattenimento i quali tendono a fornire sistemi con molte funzioni bloccate, ma che possono essere «aperte» dal fabbricante. Si consideri che se si esaminasse la questione sotto il profilo della colpa si dovrebbe anche considerare la prevedibilità dell'evento nella valutazione del rischio.

⁵² Sono note liti giudiziarie che coinvolgono anche i costruttori di vetture o di sistemi di diffusione di informazione per uso improprio di detti sistemi da parte del conducente della vettura. Tra le più note, *Bailey vs. Estate of Carrolle Jett, civil case n. 1:10cv144, United States District Court, W.D. North Carolina, Asheville Division, 31 gennaio 2011*. La Corte investita del caso di un terzo che aveva subito lesioni a causa della distrazione di un conducente di un autotreno e che imputava al costruttore del sistema di informazioni di consentire operazioni di scritturazione durante la guida, statuiva che: «the law in North Carolina does not impose a duty on the manufacturer of a product to design it in such a manner that the user thereof is incapable of being distracted by its use while driving». V. anche *Durkee v. C.H. Robinson Worldwide, Inc.* 765 F. Supp. 2d 742 (W.D.N.C. 2011), District Court, W.D. North Carolina, 28 gennaio 2011, 765 F. Supp. 2d 742, Civil Case No. 1:09cv449.

In *Ford v. Hertz Corp., G045714 (Cal. Ct. App. Apr. 13, 2012)*, si premette che: «Defendant Kristi Michelle McGowan used the navigation system in a car she had rented from defendant The Hertz Corporation, as she drove to a business meeting. She failed to stop at a red light and her car collided with a car driven by plaintiff Trent J. Ford. He sued McGowan, her employer, defendant Morgan Stanley & Co. Incorporated (Morgan Stanley), The Hertz Corporation, and defendant Hertz Claims Management Corporation for damages he alleged he suffered as a result of the accident». La Corte non ritenne che la società Hertz, che noleggiava il veicolo, fosse obbligata a creare un meccanismo che disattivasse alcune funzioni del sistema di navigazione con vettura in movimento. Circa la mancanza di responsabilità del costruttore di un telefono mobile che non si disattiva quando rileva di non essere in posizione statica, cfr. *Estate of Doyle vs. Sprint, 248 P. 3d 947, Oklaoma Civ. App. 2010*. In senso conforme (al caso precedente), v. *Meador v. Apple Inc., WL 7665863 (E.D. Tex., 2016)*, at 4, del 16 agosto 2016, ove il giudice afferma che: «real risk of injury did not materialize until [the driver] neglected her duty to safely operate her vehicle by diverting her attention to the roadway».

La questione è stata riproposta di recente (v. Corte di Santa Clara, California, *Modisette v. Apple, Inc.*, 16CV304364, 2016) contro Apple; ivi l'attore assume, riprendendo una tesi già espressa nel caso *Meador*, che: «in 2008 Apple filed a patent, US 8,706,143, driver handheld computing device lock-out, which was described by Apple as a device which would provide a "lock-out mechanism to prevent operation of one or more functions of handheld computing devices by drivers when operating vehicles»; sul tema, v. anche, J. FELDMAN, *The I-Phone Distracted Driving Lawsuit, Apple's Legal and Moral Responsibilities*, 30 settembre 2016, *Huffington*

riconosciuta ed indipendente valenza scientifica. Com'è noto le Raccomandazioni sono atti giuridici della UE non vincolanti (art. 288 TFUE).

Le linee guida emesse dalla NHTSA hanno la particolarità di prevedere operazioni vietate *per se* («*per se lock outs*»), ciò potrebbe portare alla conseguenza che l'eventuale violazione dei principi espressi dalle predette *Guidelines* si consumerebbe anche in assenza di un imprudente comportamento del guidatore (per la sola progettazione e commercializzazione del sistema applicato alla vettura)⁵³. Tra le «*per se lock outs*», alla Sezione V, punto 5. b., sono considerate le «*dynamic map displays*». Al proposito si precisa che: «the display of either static or quasi-static maps (quasi-static maps are static maps that are updated frequently, perhaps as often as every few seconds, but are not continuously moving) for the purpose of providing driving directions is acceptable. Dynamic, continuously-moving maps are not recommended». Le *Guidelines* sembrano suggerire l'uso di visualizzazioni statiche o, via via, aggiornate ogni due secondi. Molti costruttori automobilistici hanno però, al proposito, evidenziato che in questo divieto potrebbero ricadere anche tutte quelle mappe dei navigatori satellitari perché: «every current installed navigation system uses the car as a fixed point, and shows the map moving around it».

Le *Guidelines* sono focalizzate, in modo specifico, sull'esame della distrazione del conducente causata dall'interazione con strumenti di bordo della vettura, sia presenti negli allestimenti originali sia applicati dal conducente sulla vettura successivamente all'acquisto. Si valuta, pertanto, il posizionamento degli strumenti, la sequenzialità delle informazioni fornite, la loro priorità, il loro numero e le modalità con le quali sono fornite. Emerge da questo esame che, molto spesso, informazioni non strettamente pertinenti alla guida (ad esempio, numeri di telefono, indirizzi di ristoranti,

post; A. FITZPATRICK, «*Can Apple Be Held Liable for Texting-While-Driving Crashes?*», *New York Times*, editoriale del 27 settembre 2016. *Ivi* si fa anche rilevare che sarebbero disponibili sul mercato dispositivi che rilanciano il messaggio: «*I'm driving, I'll call you back later*».

Singolare il caso *Kubert v. Best*, *New Jersey Superior Court, Appellate Division*, 75 A.3d 1214 (2013). *Ivi* la Corte ritenne che potesse ipotizzarsi la responsabilità di un soggetto che invia messaggi ad un altro soggetto solo se il primo fosse al corrente che il secondo stesse guidando, configurando un illecito di concorso.

Sono molteplici le cause intentate contro i fabbricanti di vetture per responsabilità da prodotto per difetti di funzionamento dei sistemi informativi, v. *class action* contro Ford avanti una Corte californiana nel 2013 (*The Center for defensive driving vs. Ford Motor Company*, case n. CV 13/5068, U.S. District Court, Central District of California). In pendenza della *class action* Ford ha modificato i propri sistemi riutilizzando anche comandi manuali (C. DAVIES, *Ford bringing back buttons after touchscreen distraction fears*, in *Slash & Gear*, 17 giugno 2013).

⁵³ Cfr. anche NHTSA, *Traffic Safety Facts, Research Note*, 2015; NHTSA, *Driver distraction Program: an overview on the national highway traffic safety Administration's.*, *cit. supra*, nota 21.

ecc.) sono richiedibili ai sistemi con vettura in marcia, sono diffuse immagini in movimento che catturano elevata attenzione, molte operazioni richieste sono complesse e di notevole durata.

Le *Guidelines* si soffermano poi sulla posizione degli schermi (*display*) in quanto si ritiene che l'angolo visivo incida sulla elaborazione della distanza del veicolo che proviene in direzione opposta. Si esaminano anche gli effetti di proiezione sugli schermi di mappe troppo dettagliate, molto colorate, tridimensionali, con fenomeni di «*scrolling*». Vengono, infine, elaborati metodi per calcolare i tempi della distrazione e di reazione del conducente per riprendere la guida del veicolo con riposizionamento della sguardo verso la strada⁵⁴ (per ogni singola attività di una operazione e per il completamento della medesima).

Tra le regole che emergono dalle *Guidelines* si possono considerare quelle che indicano che il messaggio deve essere chiaro, breve, intelligibile, di interpretazione non equivoca, redatto con simboli, caratteri o colori di uso convenzionale⁵⁵ nonché quelle che chiedono di ridurre la lunghezza del testo, stabilendo se è più opportuno renderlo: *visual* o *auditory*. Utilizza questa logica di semplificazione l'ergonomia aeronautica che predispone i comandi principali in posizione frontale e quelli di minore importanza in posizione più periferica; inoltre utilizza generalmente comandi diretti (ad esempio con un interruttore) e non con fasi intermedie.

Si occupano del problema della distrazione del conducente anche le norme tecniche; tra esse, gli *standard* internazionali emanati dagli enti di normazione tecnica⁵⁶; tuttavia essi non sono mai stati trasformati in norme tecniche obbligatorie⁵⁷ come quelle del FMVSS (*Federal Motor Vehicle Safety Standards*) negli USA o di omologazione CE nella UE. Gli stan-

⁵⁴ ISO 15007; ISO 15007-1; ISO 15007-2; ISO FDIS 16673; ISO TC 22 SC 13 WG8 Ergonomics Vehicle; ISO/TS 16951 (2004): *Veicoli stradali - Aspetti di ergonomia dei sistemi di informazione e controllo per il trasporto - Procedure per la determinazione della priorità dei messaggi presentati a bordo veicolo al conducente*.

⁵⁵ V. norma SAE J2830: *Process for Comprehension Testing of In-Vehicle Icons*.

⁵⁶ Sul tema cfr. AA. VV., *The occlusion procedure for assessing in-vehicle telematics: test of current vehicle systems*, Ottawa, 2006; M. KROON, *Comparison between Visual occlusion and Eye-Movement based visual demand assessment of in-vehicle information system*, UMEA UNIVERSITY, Department Computing science, 2016.

⁵⁷ Le normative di alcuni Stati affrontano l'argomento in modo volutamente generico; il *Road Safety Act* della British Columbia (Canada), dopo aver vietato l'uso di telefoni mobili a bordo della vettura, afferma: «The device is installed in a manner that does not obstruct the driver's view of the front or sides of the motor vehicle or interfere with the safety or operating equipment of the motor vehicle». Quanto ai sistemi di navigazione satellitare, certi Stati richiedono la programmazione solo con veicolo stazionario.

dard di omologazione sono regole obbligatorie che assicurano un livello minimo⁵⁸ di sicurezza della vettura.

Si può inoltre far riferimento alle norme generali sulla circolazione stradale ed ai doveri comportamentali del conducente di condotta prudente ed attenta.

Va precisato che la NHTSA ha reso noto nel settembre 2014 un documento intitolato «*Human Factor for connected vehicle: effective warning interface research findings*». Anch'esso è strutturato come linee guida e completa le precedenti. Specificatamente tratta della gestione delle informazioni che provengono da infrastrutture esterne alla vettura (ad esempio informazioni sul traffico) o da altre vetture. Nell'Unione europea si può far riferimento, sull'argomento specifico (vetture connesse), alla direttiva n. 2010/40/Ue.

La NHTSA ha inoltre emesso nel dicembre 2016 il documento «*Federal Motor vehicle Safety standard; 2V2 communications*», dedicato alle autovetture connesse. La normativa è destinata ad essere recepita negli *standard* federali ed a diventare pertanto obbligatoria.

La Commissione europea, pienamente consapevole della rilevante incidenza della distrazione nella causazione dei sinistri automobilistici, ha definito una strategia futura sulla sicurezza nella circolazione stradale, facendo un atto di fede nell'utilità delle autovetture dotate di sistemi telematici⁵⁹, ma evidenziando, al contempo, i pericoli di una carenza di regolamentazione della materia. Ha, inoltre, pubblicato documenti tecnici e promosso normative poi adottate dal Parlamento e dal Consiglio sui requisiti di omologazione con attinenza ai sistemi di sicurezza elettronici⁶⁰.

⁵⁸ Cfr. *Quick Reference Guide*, 2010 version, of FMVSS Standard, NHTSA.

⁵⁹ I dati sui sinistri determinati da componente umana sono contenuti nella Relazione della Commissione al Parlamento europeo ed al Consiglio del 12 dicembre 2016, Doc. Com(2016)787 fin. Le azioni della Commissione sono dirette a: *i.* promuovere i sistemi intelligenti di sicurezza dei veicoli; *ii.* adottare le disposizioni normative; *iii.* eliminare gli ostacoli commerciali; *v.* *Comunicazione della Commissione, Tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni per veicoli sicuri ed intelligenti*, (Sec(2003)963).

⁶⁰ V. *supra*, nota 42, le *Raccomandazioni* ivi indicate nonché il Regolamento (Ce) n. 661/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, sui requisiti dell'omologazione per la sicurezza generale dei veicoli a motore, dei loro rimorchi e sistemi, componenti ed entità tecniche ad essi destinati, in *Gu-Ue* n. L 200 del 31 luglio 2009. Il *considerando* n. 24 precisa: «I sistemi elettronici di controllo della stabilità, i dispositivi avanzati di frenata d'emergenza e i sistemi d'avviso di deviazione dalla corsia hanno un elevato potenziale per ridurre considerevolmente gli incidenti stradali. È perciò opportuno che la Commissione fissi, in conformità dei regolamenti UNECE, dei requisiti per tali sistemi per le categorie di veicoli in cui l'applicazione dei requisiti in questione è adeguata e per le quali è stato dimostrato che ne conseguirebbe un miglioramento del livello complessivo di sicurezza. È opportuno accordare tempi sufficienti fino all'attuazione di tali requisiti per consentire che siano adottate misure di attuazione e, conseguentemente, che tali complesse tecnologie siano sviluppate e applicate ai veicoli».

Quanto ai primi: Relazione della Commissione al Parlamento europeo ed al Consiglio, *Salvare vite umane: migliorare la sicurezza dei veicoli nella UE*, Com(2016)787; Una strategia europea per i sistemi di trasporto intelligenti cooperativi, prima tappa verso una mobilità cooperativa, connessa e automatizzata, Com(2016)766; Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo - 20 azioni per rendere i prodotti più sicuri e conformi per l'Europa: un piano d'azione pluriennale per il controllo dei prodotti nell'UE, Com(2013)76; *Towards a European road safety area: policy orientations on road safety 2011-2020*, [Sec(2010)903]; Comunicazione della Commissione - Piano d'azione per la diffusione di sistemi di trasporto intelligenti in Europa, Com(2008)886 fin.; Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni sull'iniziativa «automobile intelligente» - «Sensibilizzazione all'uso delle TIC per dei veicoli più intelligenti, più sicuri e più puliti», Com(2006)59 def.

Nel 2015 la Commissione ha divulgato un articolato studio («*Study on good practices for reducing road safety risks caused by road user distractions*», nota 73) che evidenzia la necessità di creare una definizione comune della nozione di distrazione al fine di realizzare sistemi che coinvolgano tutte le forme di distrazione che la nozione può contenere. Tale studio evidenzia il pericolo che l'implementazione di sempre maggiori sistemi che diffondono dati e operano in sinergia col conducente, in assenza di regolamentazione, contribuisca ad aumentare i rischi di distrazione invece che a diminuirli. Indica alcune soluzioni, tra esse: il miglioramento della consapevolezza del rischio creato e di una migliore educazione del conducente; la certificazione dei sistemi; la promozione della ricerca per nuove tecnologie più sicure; l'utilizzazione di sistemi di *workload managers*; il blocco dell'utilizzo di alcuni sistemi con vetture in movimento; l'introduzione di efficaci sistemi anticollisione; l'introduzione di sistemi che evitano stati di eccessivo affaticamento/sonnolenza *drowsiness warning*⁶¹. La

Cfr., anche, European Commission, Directorate General for Internal market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, 2015, *EU Bookshop, Benefit and feasibility of a range of new technologies and unregulated measures in the field of vehicles occupant safety and protection of vulnerable road users*, per un dettagliato esame degli effetti positivi delle nuove tecnologie.

⁶¹ Il tema è trattato dalla NHTSA nel documento, *Driver distraction Program: an overview on the national highway traffic safety Administration's.*, cit. supra, nota 21. Ivi si rileva che sono allo studio programmi per diminuire il carico di lavoro della mente del guidatore attraverso la limitazione forzata di attività: ad esempio, se la vettura rileva che vi sono avverse condizioni esterne non vengono consentite attività comportanti un alto coefficiente di distrazione con veicolo in movimento. Il documento si sofferma sulla fruibilità di tali sistemi (p. 23), rilevando che appare necessario stabilire una priorità delle manovre e delle attività, razio-

certificazione dei sistemi permetterebbe l'introduzione di *standard* comuni, accessibili a vari costruttori. I sistemi di *workload managers* attingono dati dai sistemi attivi utilizzati dal conducente e dalla situazione ambientale per accertare il grado di lavoro cui è sottoposto il conducente e tendono ad evitare un eventuale sovraccarico, "spegnendo" automaticamente alcune funzioni.

Tale analisi è stata preceduta (2009) dallo *Study on the regulatory situation in the member States regarding brought-in (i.e. nomadic) devices and their use in vehicles*, anch'esso finanziato dalla Commissione europea.

Il 14 aprile 2016 i Ministri dei trasporti dei Paesi membri della Ue, la Commissione europea e l'associazione dei costruttori europei (ACEA) hanno sottoscritto ad Amsterdam la *Dichiarazione sulla cooperazione nel campo della guida connessa e automatizzata*. È un accordo aperto, non vincolante, con funzione meramente programmatica.

Di notevole interesse la pubblicazione del Parlamento europeo, *Draft Report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on robotics*⁶² del 2015. In tale rapporto si rileva che i veicoli intelligenti creano tematiche che toccano aree differenti: dalla responsabilità civile alla *privacy*. Quanto alla responsabilità civile si discute su come possa conciliarsi una responsabilità per colpa, che domina ancora la responsabilità civile del conducente di un automezzo che circola su strada, quando si usano vetture le cui decisioni sono a volte assunte da *software* ed algoritmi predisposti dal costruttore della parte componente o della vettura. Interessanti i rilevati (alla lettera U del documento), ove si evidenzia il problema dell'attribuzione della responsabilità in sinistri determinati da *robot*. Problema non è risolto dalla direttiva n. 85/374/Cee, sulla responsabilità da prodotto, perché il *robot* agisce sia in base alle informazioni ricevute sia in base a quelle autonomamente apprese dai "nodi" elettronici del prodotto (*Machine learning*) con cui colloquia («*they can be equipped with adaptive and learning abilities entailing a certain degree of unpredictability in their behaviour, since these robots would autonomously learn from their own*», punto Z).

Altri temi riguardano la gestione dei dati che la vettura produce e che possono interferire con la *privacy*.

nalizzando i messaggi e tenendo presenti i naturali limiti del carico cognitivo umano. Inoltre, appare di grande importanza predisporre Avvertenze (*Warning*) mirate al singolo rischio (p. 24).

⁶² V. Parlamento europeo, *Draft Report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on robotics* (2015/2103(INL)), del 31 maggio 2016, PR/1095387EN.doc. nonché Parlamento europeo, Risoluzione del 16 febbraio 2017, *Recommendations to the Commission on Civil law rules on robotics*, cit. *supra*, nota 4.

L'ACEA, nel documento denominato *Strategy paper on connectivity* del 2016, dà conto del problema derivante dalla possibilità che i dati creati dalla vettura possano essere estratti da terzi sia per conoscere gli accadimenti delle vetture (si pensi alle scatole nere installate dagli assicuratori) sia da soggetti che svolgono servizi di assistenza alla guida, ma non esistono memorie che li custodiscono nel tempo.

Gli Stati membri hanno normative differenti, generali o specifiche⁶³; la mancata armonizzazione comunitaria della normativa crea un'evidente difficoltà per il conducente di comprendere a quali norme attenersi⁶⁴.

4. Il problema in generale della distrazione

Il tema della distrazione del conducente causata dai sistemi della (o nella) vettura che rilasciano informazioni è risalente e la letteratura di riferimento è imponente. Si inserisce in un più ampio contesto, ove si considera l'effettiva utilità dei dispositivi di sicurezza attiva della vettura: dispositivi che non si limitano ad attenuare il danno, ma a prevenirlo.

Il principale sistema attivo di sicurezza è la «vettura autonoma»: «self-driving cars are not some futuristic auto technology; in fact there are already cars with self-driving features on the road. We define the self-driving car as any car with features that allow it to accelerate, brake, and steer a car's course with limited or no driver interaction⁶⁵».

Rilevava la Commissione europea nel 2001⁶⁶ che si dovrebbero adottare le misure necessarie per garantire un'installazione corretta dei dispositivi collocati a bordo dei veicoli, un loro utilizzo sicuro e un'efficace interazione uomo-macchina. A lungo termine, si dovrebbe provvedere affinché tutti i dispositivi portatili siano installati correttamente a bordo dei veicoli onde garantire che non distraggano il conducente dalla guida o si rivelino potenzialmente pericolosi in caso di incidente. Ne dovrebbero conseguire un aumento della facilità di impiego per gli automobilisti e una diminuzione del rischio di distrazione. Al fine di conseguire una gestione del traf-

⁶³ IGES INSTITUTE, *Study on the regulatory situation in the member States regarding brought-in (i.e. nomadic) devices and their use in vehicles*, Berlino, 2009.

⁶⁴ Alcune normative riguardano l'uso dei telefoni portatili, altre l'uso di navigatori satellitari con vetture in movimento.

⁶⁵ BI INTELLIGENCE - BUSINESS INSIDER, *10 million self-driving cars will be on the road by 2020*, 15 giugno 2016, reperibile sul sito internet <http://www.businessinsider.com>.

⁶⁶ Libro Bianco, *La politica europea dei trasporti fino al 2010: il momento delle scelte*, del 2001, Doc. Com(2001)370 def.

fico migliore e più efficace, occorrono sistemi cooperativi basati sulle comunicazioni da veicolo a veicolo e da veicolo a infrastruttura⁶⁷. L'Unione europea crede nell'automobile intelligente⁶⁸, rilevando che: il progetto *eCall* (che andrà in vigore nel 2018 e che effettua una chiamata automatica di emergenza dalla vettura) porterà maggiore sicurezza sulle strade; di notevole efficacia sembrano essere i sistemi ACC (*Adaptive Cruise Control*) che effettuano il controllo ed il mantenimento della distanza di sicurezza per evitare i tamponamenti nonché quelli di controllo laterale (avviso di uscita di corsia e assistenza al cambiamento di corsia)⁶⁹. Rileva, inoltre, che sono sotto osservazione altri sistemi quali l'allarme di velocità eccessiva, il blocco dell'avviamento del motore in caso di tasso alcolometrico troppo elevato ed il rilevamento dell'ipovigilanza di un conducente.

È comunque dato condiviso che le informazioni rilasciate dalla vettura al conducente, finalizzate a rendere il viaggio meno impegnativo, possono creare una pericolosa disattenzione. Ci si è chiesti quali possano essere gli effetti di una comunicazione complessa che richieda elevata capacità di elaborazione e se essa possa creare al conducente della vettura "confusione" nella gestione delle operazioni di emergenza⁷⁰. Non sempre, infatti, l'informazione è adeguata al soggetto (dotato di medie conoscenze e capacità) che la riceve e la interpreta (sia in termini quantitativi che qualitativi)⁷¹. Si ritiene conseguentemente che debba essere evitata, quando la vettura è in movimento, un'eccessiva attivazione di allarmi o avvisi, se non

⁶⁷ V. anche Commissione Europea, 6 maggio 2006, Relazione sulla Comunicazione della Commissione al Parlamento, al Consiglio, al Comitato economico sociale e al Comitato per le regioni: verso una mobilità più sicura, pulita, efficiente a livello europeo (2007/2259/INI).

⁶⁸ Commissione europea, 15 febbraio 2006, Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni sull'iniziativa "automobile intelligente": sensibilizzazione all'uso delle TIC per dei veicoli più intelligenti, più sicuri e più puliti, Doc. Com(2006)59 def. V. anche, FIA, Federazione Internazionale Automobilistica, reperibile sul sito internet <http://www.fia.com>, sezione *Road safety*, ove si afferma che: «As new technologies are creating greater opportunities for road safety with more intelligent systems being developed for road vehicles, the FIA is fully committed to encouraging the deployment of the most promising active safety solutions to improve road safety».

Non è ben comprensibile perché manchi una regolamentazione di questi sistemi; per un sorprendente panorama della possibilità di tali sistemi di riconoscere lo stato di non concentrazione del conducente di una vettura ed il suo affaticamento, v. M. PERUGINI, *Addio plancia*, in *L'Automobile*, aprile 2017.

⁶⁹ Si è notato che alcuni di questi sistemi correggono i comportamenti del conducente della vettura, ad esempio riportando la vettura in una posizione diversa, ma in tal modo creano innaturali sensazioni di indecisione nella guida.

⁷⁰ Articolate nozioni sulla complessità dei sistemi della vettura gestiti da logiche simili a quelle dei telefoni mobili sono fornite in *MailOnline* del 7 luglio 2015, nel redazionale dal titolo: «*Apple and Google's in car technology raises serious public safety questions*, reperibile sul sito internet <http://www.dailymail.co.uk>.

⁷¹ V. norma ISO 17387: *Intelligent transport systems. Lane change decision aid systems*.

strettamente necessari alla guida. Sotto altro profilo, ci si è chiesti se consentire operazioni con veicolo in movimento con alto coefficiente di distrazione sia in linea con lo stato dell'arte sulla sicurezza del conducente⁷². Nel caso *Bailey*, discusso avanti una Corte americana (nota 52), la difesa del terzo danneggiato da un veicolo condotto da un conducente distratto dall'uso di un sistema che consentiva di inviare messaggi, assimila il costruttore del sistema, consapevole del suo uso in vettura e dei pericoli che crea, al venditore di bevande alcoliche consapevole del fatto che il cliente cui serve una bevanda alcolica si porrà alla guida di un veicolo in uno stato non idoneo.

5. Le definizioni

Per distrazione si intende una perdita del livello ottimale di attenzione dedicato dal conducente alla guida del veicolo (compito primario). Ciò può essere determinato: *a.* dalla scelta volontaria del conducente di dirigere lo sguardo al di fuori della sede stradale; *b.* dall'utilizzo da parte del medesimo di un carico di attenzione (per fattori, interni od esterni al veicolo), tale da rendere insufficiente quello necessario per la guida; *c.* dall'attenuazione involontaria del livello di attenzione (ad esempio per stanchezza/stress).

Si distingue così tra *inattention* e *distraction*⁷³. Nella prima definizione sono considerati casi di dispersione di attenzione per fatti naturali del conducente (mancanza di attenzione), nella seconda di distoglimento dello sguardo dalla sede stradale (ad esempio guardando la mappa di un navigatore). In termini generali l'inattenzione e la distrazione sono relazionate ad attività visive (*visual distraction*), uditive (*audithory distraction*), manuali (*manual distraction*) o cognitive (*mental workload*). Tali attività sono stu-

⁷² Per un esame dei tempi di effettuazione delle varie manovre che il conducente può eseguire con i sistemi di intrattenimento, v. AA.VV., *University of Utah, Measuring Cognitive Distraction in the automobile*, 2013, reperibile sul sito internet www.aaafoundation.org, p. 28. Ivi si evidenzia che: «interacting with the speech-to-text system was the most cognitively distracting. This clearly suggests that the adoption of voice-based systems in the vehicle may have unintended consequences that adversely affect traffic safety».

⁷³ Per «*Distraction*» si intende generalmente una «diversion of attention away from activities required for safe driving due to some event, activity, object or person within or outside the vehicle»; per «*Inattention*» una situazione di scarsa attenzione collegata a fatica, *stress*, stati emozionali, ecc., v. Commissione europea, Direzione mobilità e trasporti, *Study on good practices for reducing road safety risks caused by road user distractions*, 2015, Final Study; nello stesso senso, NHTSA. *Traffic safety facts*, cit. *supra*, nota 53, che considera l'inattenzione come un contenitore nel quale collocare anche la distrazione.

diate in base alla frequenza ed al tempo della distrazione⁷⁴, elementi che caratterizzano la *driver performance*⁷⁵.

6. Il rischio

Va precisato che la circolazione stradale è attività pericolosa per definizione. A tale condizione si aggiunge la frequente sottovalutazione dei rischi derivanti dalla circolazione stradale effettuata dal conducente. Lo scenario che viene considerato è, pertanto, quello di un ambiente con elevato rischio in una condizione di errata percezione dei pericoli da parte del conducente che ivi si possono sviluppare⁷⁶.

Va, ulteriormente, precisato che in base alla normativa internazionale (cfr. Convenzione di Vienna sulla circolazione stradale del 1968) il conducente deve porsi alla guida del veicolo solo se è in idonee condizioni e ha il pieno controllo del mezzo (art. 8). Questa responsabilità, come diremo nell'ultimo capitolo, presuppone un fruibile allestimento dei sistemi del veicolo.

È indubbio che il conducente è responsabile ultimo della guida della vettura, ma ci sembra altrettanto evidente che il messaggio informatico diretto al medesimo non deve eccedere quanto necessario alla guida o essere tale da limitare le attività ad essa dedicate dal conducente⁷⁷.

Molti dei temi riguardano l'ergonomia⁷⁸ e, in particolare, l'ergonomia cognitiva. Questa scienza introduce il concetto di «usabilità» dell'interfaccia e studia i diversi carichi cognitivi (v., *infra*, par. 10, *Fattori di riduzio-*

⁷⁴ A fini della valutazione del rischio un comportamento non pericoloso potrebbe diventare molto pericoloso per la frequenza del suo ripetersi per cui non è semplice definire comportamento pericolosi *ex se*.

⁷⁵ V. NHTSA, *Driver distraction Program: an overview on the national highway traffic safety Administration's.*, cit. *supra*, nota 21.

⁷⁶ Su questi temi, NHTSA, *Driver distraction Program: an overview on the national highway traffic safety Administration's.*, cit. *supra*, nota 21. Ivi si enfatizza la necessità di rendere edotto il conducente, attraverso attività informativa, del corretto utilizzo dei sistemi di bordo e di riconoscerne i rischi (v. sez. 4, *Recognize risks consequences*, p. 27). È dato condiviso che tali rischi non sono esattamente compresi nella gravità delle conseguenze possibili, com'è dimostrato dal fatto che molti giovani scrivono ed inviano, dalle vetture, con molta frequenza, su telefoni o display testi molto lunghi, v., *amplius*, *Car telephone use and road safety*, cit. *infra*, nota 80; D. MAYEW - R. ROBERTSON - S. BROWN - W. Vanlaar, *Driver distraction and hands-free texting while driving*, New York, Traffic Injury Research Foundation, 2013.

⁷⁷ La questione è diversamente intesa da quei costruttori che utilizzano sulle vetture complessi sistemi non solo di gestione delle informazioni, ma anche di comunicazione che appaiono vere e proprie postazioni di lavoro. Si consideri tuttavia che l'art. 141 del Codice della strada prescrive che il conducente deve sempre conservare il controllo del proprio veicolo ed essere in grado di compiere tutte le manovre necessarie in condizioni di sicurezza.

⁷⁸ V. direttiva n. 90/630/Cee, in *Guce* n. L 341 del 6 dicembre 1990, p. 20.

ne dell'efficienza cognitiva) derivanti dalle modalità con cui vengono proposte le informazioni dai *display* delle macchine.

Le nuove tecnologie creano nuove fonti di informazioni per il conducente; spesso tali informazioni sono molto numerose e non coordinate fra loro nella priorità (sicurezza, intrattenimento, ausili per la guida), tanto che ci si è chiesti se il progresso tecnologico in questo settore abbia creato un nuovo problema⁷⁹. Problema difficile da risolvere, lo dimostra il fatto che l'Agenzia americana per il traffico (NHTSA) ed il Governo federale hanno allestito un proprio sito *internet* che raccoglie interventi tesi a diminuire i rischi causati dalla disattenzione alla guida.

Le principali aree di indagine sono sostanzialmente due: quella della distrazione in sé (ad esempio per affaticamento, sonnolenza) e quella della distrazione indotta dai sistemi della vettura. La prima riguarda il fabbricante dell'autovettura in quanto il medesimo è nelle condizioni di creare sistemi che avvertono il conducente della sua inefficienza psico/fisica. Non vi sono obblighi specifici in questo senso e l'adozione di questi sistemi è, allo stato, volontaria.

Quanto alla distrazione indotta dai sistemi "*on board*" va differenziato il caso in cui il sistema fa parte dell'allestimento originario della vettura da quello in cui è applicato successivamente, a seguito di un acquisto sul mercato (telefoni mobili⁸⁰, navigatori satellitari, ecc., definiti «*nomadic devices*»). I due casi sono differenti perché solo nel primo caso può essere imputato al costruttore un errore di progettazione di dette apparecchiature, avendole, esso stesso, predisposte. Inoltre, è diverso l'affidamento riposto dal conducente. Si è constatato che il conducente tende a dare molta fiducia al costruttore del veicolo, specie se è di una marca rinomata. Tale affidamento spesso lo induce a comportamenti non corretti.

L'attenzione del conducente è generalmente misurata nella quantità (di questa) contemporaneamente prestata all'attività primaria (la guida) e alle

⁷⁹ Sulla stampa sono stati numerosi gli interventi per accertare se il grande schema posto sulla vettura Tesla S, dal quale possono essere fatte innumerevoli operazioni, sia anche una fonte potenziale di distrazioni, cfr. J. LAIRD, *The Tesla S has the most insane in-car touch-screen multimedia system ever*, redazionale su *Teachradar*, 3 ottobre 2013. Nel giugno del 2016 l'Autorità governativa di Hong Kong ha imposto a Tesla di eliminare dal *display* delle proprie vetture l'applicazione denominata «*calendar app*» perché consente di inviare messaggi, funzione non consentita dall'art. 37 del Road Traffic Regulation.

⁸⁰ Quanto alle problematiche indotte dall'uso dei telefoni cellulari durante la guida e alla necessità di un approccio ergonomico del problema, v. JEANNE BREEN CONSULTING, *Car telephone use and road safety*, Final report, *An overview prepared for European Commission*, Jeanne Breen Consulting, 2009. Ivi si afferma che: «*specific criteria and methodologies need to be developed at EU level for assessing the safety implications of in-vehicle information system (IVIS), including mobile phones*».

attività secondarie, con conseguente sottrazione di disponibilità di attenzione per le attività primarie. Il grado di attenzione determina il comportamento del conducente che si adatta alle informazioni ricevute; dal dato cognitivo il conducente passa al dato esecutivo, scegliendo le opzioni che ritiene migliori, in base anche alla esperienza passata. Tale adattamento è continuo e cangiante⁸¹, ma le risorse cognitive a disposizione sono limitate. Inoltre, l'attività di selezione delle priorità compiuta dal soggetto (conducente) è complessa perché è influenzata dai dati emozionali che maggiormente catturano l'attenzione del ricettore⁸².

Spesso i segnali diffusi dalla vettura non sono di immediata comprensione, semplici, lineari⁸³, graduati nell'importanza e tali da non rappresentare un effettivo e reale pericolo. Pertanto, il conducente può essere incapace di comprendere, con immediatezza, l'effettivo significato del messaggio.

Come dicevamo, malgrado l'elevata incidenza del fattore umano nei sinistri⁸⁴, i conducenti delle vetture non percepiscono esattamente questo rischio e gli attribuiscono scarsa importanza. Nello specifico, non sono sempre consapevoli del fatto che parlare al cellulare può creare un effetto visivo denominato «*inattention blindness*»⁸⁵ che produce l'alterazione del

⁸¹ Questo adattamento è definito «*pairing*» e riguarda sia il tempo dedicato alla distrazione sia l'eliminazione di quelle attività che vengono ritenute pericolose. Sono stati studiati gli adattamenti comportamentali automatici del conducente a determinate situazioni: ad esempio, in caso di molta attività cognitiva viene ridotta la velocità del veicolo o l'uso di sistemi, ma detti comportamenti sono molto diversi tra guidatori esperti, giovani o anziani.

⁸² Commissione Europea, progetto elaborato da G. ENGSTRÖM - J. MONK - C. A. HANOWSKI - R. J. HORREY - W. J. LEE - J. D. MCGEHEE, *A conceptual framework and taxonomy for understanding and categorizing driver inattention*, US-EU Cooperation, 2013.

⁸³ Non sono lineari messaggi complessi che devono essere scomposti dall'utente per essere resi maggiormente intellegibili.

⁸⁴ ANIA, *La distrazione, un vero rischio per la sicurezza stradale*, Fondazione per la sicurezza stradale, 2010.

⁸⁵ I processi cognitivi inconsci operano secondo logiche, a volte casuali, in quanto tengono conto di componenti irrazionali, quali la visibilità, il colore, la forma del messaggio. Sul fenomeno della perdita di attenzione (*attentiveness*), pur mantenendo lo sguardo verso la strada, v. *Car telephone use and road safety*, cit. supra, nota 80.

Il tema si incrocia con quello della *mind wandering* in relazione cioè a dinamiche di riattivazione dell'attenzione in pause morte. Nel 2016 l'Università del Queensland (Australia) ha pubblicato uno studio diretto dal Professor M. HAQUE intitolato «*A parametric duration model of the reaction times of drivers distracted by mobile phone conversations: Accident Analysis & Prevention*», reperibile sul sito internet CARRS-Q, ove si evidenziano i perniciosi fenomeni visivi che si verificano in un soggetto che, accanto alla funzione primaria della guida, si dedica, contemporaneamente, a funzioni secondarie; nello studio è descritto il singolare fenomeno che si verifica nella mente umana la quale sottoposta a sovraccarico compensa tale situazione, tendendo a "perdere" immagini dal *focus* visivo, immagini che il soggetto «*looks but not sees*».

Tra i maggiori studiosi delle tematiche del carico cognitivo, v. J. SWELLER, *Cognitive load theory*, New York, Springer, 2011.

livello di percezione del compito primario (guida) oppure che l'utilizzo del navigatore satellitare può determinare un effetto dissociativo della vista a seguito del quale il movimento degli occhi si divide in parti pressoché uguali tra «*monitor*» e strada, penalizzando il compito primario oppure ancora che gli spazi di frenata aumentano considerevolmente se sono svolti, contemporaneamente, dal conducente, altri compiti. Si è infatti calcolato che alla velocità oraria di 110 km lo spazio di frenata aumenta di 14 metri se il conducente è impegnato in una conversazione telefonica, e di 39 metri se il telefono è tenuto in mano⁸⁶.

7. La distrazione: il "peso" del carico cognitivo sui compiti primari (la guida)

I processi riguardanti l'impiego dell'attenzione, da parte del soggetto, si possono suddividere in processi *a.* automatici (avvengono senza un nostro sforzo volontario) e *b.* controllati (richiedono un sforzo volontario). Essi determinano il carico di attenzione dello stesso. I dati immagazzinati, che il soggetto estrae dall'ambiente (esterno o interno), sono visivi, fonetici o tattili; essi entrano nella memoria di lavoro del soggetto che li elabora ed, in parte, li conserva (trasformandoli in memoria a lungo termine).

La scienza studia questi processi, creando teorie. Tra le principali, quella del carico cognitivo (CTL, *cognitive load theory*). Essa ritiene, innanzitutto, che non è dimostrato il principio in base al quale maggiori sono gli stimoli offerti al soggetto, maggiore è l'approfondimento effettuato dal medesimo. Tale principio si scontra con l'assunto che la memoria cognitiva ha spazi molto limitati. In conseguenza di ciò il carico cognitivo della memoria di lavoro non sempre può assorbire la quantità di nozioni e l'intensità imposte. La memoria di lavoro, a sua volta, interagisce con l'attenzione e la condiziona: la prima riceve le informazioni provenienti da diverse fonti. È pertanto possibile che si verifichino non solo perdite di dati, ma anche sovraccarichi di lavoro (*overload*) perché il processo d'immagazzinamento non consente di immediatamente discernere il carico di lavoro estraneo, quello intrinseco e quello pertinente⁸⁷. Il carico cognitivo

⁸⁶ ANIA, *La distrazione, un vero rischio per la sicurezza stradale*, cit. supra, nota 84.

⁸⁷ Si consideri un pilota di Formula 1 che si accinge, ad alta velocità, ad effettuare il sorpasso di un concorrente: la sua decisione è condizionata da vari elementi di valutazione contemporaneamente presenti: *i.* assenza sul *display* della vettura (collocato sul volante) di segnali grafici che vietano la manovra provenienti dal direttore di pista; *ii.* assenza di segnali grafici che vietano la manovra provenienti dalla scuderia; *iii.* assenza di segnali di malfunzionamento

pertinente è quello necessario alle operazioni di guida ed è aumentato o diminuito dal carico intrinseco o estraneo. È diminuito quando il soggetto riesce ad effettuare operazioni di *chunking* (scomposizione in parti più semplici di dati complessi) e di *sequency* (riposizionamento in ordine logico di sequenze complesse e ordinate casualmente). L'elaborazione cognitiva di immagini, testi, suoni, o parole avviene in modo separato tra loro. Il testo parlato, ad esempio, è più semplice di quello scritto ed evita di attivare contemporaneamente il canale visivo e quello sonoro occupandone i relativi spazi d'informazioni.

La valutazione del carico cognitivo è la parte più complessa del fenomeno perché deve considerare una serie di elementi variabili. Essa viene rilevata attraverso *test* empirici⁸⁸.

I fattori di distrazione sono, come detto, esterni o interni al veicolo. In tale ultimo caso si manifestano⁸⁹ nell'interazione con i passeggeri o con gli strumenti (ad esempio i navigatori satellitari). L'espansione delle informazioni fornite dalla vettura è incredibile: basti considerare che sono presenti sui veicoli, anche di medio segmento, sistemi dedicati a molteplici attività⁹⁰ e all'acquisizione di dati eterogenei (ad esempio la presenza di appa-

della vettura sul *display*; iv. controllo, attraverso lo specchietto retrovisore, della presenza di vetture in fase di sorpasso, ecc. Se a tali contestuali operazioni se ne aggiungessero altre, ad esempio un messaggio vocale proveniente dalla scuderia, si potrebbe verificare, in una condizione dinamica di elevato pericolo, un sovraccarico di informazioni da elaborare in un brevissimo spazio di tempo, specie se il pilota deve considerare anche elementi esterni (ad esempio pista bagnata) o segnali provenienti dai commissari di pista.

⁸⁸ Approfonditamente, di recente, L. STAYER - J. M. COOPER - J. TURRILL - R. COLEMAN - R. HOPMAN, *Talking to your car can drive you to distraction*, Springer, New York, 2016; S. ZHAO, *An investigation on motor vehicle and its effects at highway rail grade crossing*, University of Nebraska, 2016. Ivi sono investigati i trasgressivi comportamenti dei conducenti di vetture, spesso sottesi da scarsa valutazione dei pericoli circostanti. Sull'utilità di codificare i comportamenti dei conducenti, prendendo a riferimento i casi empirici e creando categorie (metodo tassonomico), M. A. REGAN, *Towards an Understanding of Driver Inattention: Taxonomy and Theory*, in *Transport and Road Safety (TARS) Research*, School of Aviation, University of New South Wales, Sydney, Australia, 2011. Negli USA sono disponibili diverse banche dati che raccolgono i «*crash data*», tra esse la FARS, Fatal Analysis Reporting System, e la NASS, National Automotive Sampling System.

⁸⁹ AA.VV., *University of Utah, Measuring cognitive distraction in the automobile: a comparison of ten in-vehicle information system*, cit. supra, nota 72. Si è notato che non è comprovato che la distrazione indotta dai sistemi di telefonia viva voce sia inferiore a quella indotta dai telefoni cellulari perché il carico cognitivo non misura questo differenziale, v. C. LABERGE-NADEAU, *Linking data from different sources to estimate the risk of a collision when using a cell phone while driving*, Toronto, EWR, 2010.

⁹⁰ Un noto costruttore di vetture precisa che oltre alla chiamata d'emergenza intelligente e l'aggiornamento delle mappe di navigazione ora sarà possibile inviare *e-mail*, leggere le notizie aggiornate in tempo reale, ricevere le previsioni meteo e le informazioni turistiche dei luoghi che si stanno attraversando e molto altro direttamente dal sistema di bordo di ogni vettura. Di notevole interesse il redazionale apparso sul *Corriere della sera* del 24 febbraio 2017, dal titolo «*Auto connesse che ci riconoscono*»; ivi si dà conto dei sorprendenti servizi che può svolgere il veicolo.

recchiature di controllo della velocità o addirittura di postazioni di controllo di polizia).

Si è calcolato che in una scala di valori da 1 a 5, l'ascolto della radio causa un carico cognitivo di 1,2; la conversazione telefonica di 2,5; l'ascolto di un messaggio vocale di 1,7. La distrazione aumenta in corrispondenza di operazioni che devono essere completate e non sono interrompibili e scomponibili in più fasi.

Se il livello di attenzione è assorbito interamente da attività secondarie, la disponibilità residua per i compiti primari è nulla. È infatti evidente che la domanda di attenzione proveniente dalla funzione primaria (guida) è contemporanea alla domanda di attenzione di una funzione secondaria con la conseguenza che devono essere elaborate mentalmente due operazioni che mentalmente non sono riconosciute con diversa importanza/priorità.

Una volta interrotta l'attenzione, il riacquisto del precedente *status* è spesso condizionato da tutti i fattori simultaneamente presenti, i quali possono funzionare da fattore di disturbo. Si è calcolato che il tempo di riacquisto dell'attenzione totale è di circa 27 secondi; tale durata si traduce in una elevata percorrenza della vettura, come in precedenza indicato.

8. Compiti primari e secondari

I compiti primari del conducente sono quelli relativi alla guida del veicolo, che è responsabile di ogni attività da svolgere a bordo, come precisato dalla Convenzione di Vienna del 1968 sulla circolazione stradale.

I compiti secondari sono quelli legati ad attività collaterali alla guida e possono riguardare informazioni di aiuto alla guida o di intrattenimento.

Interferiscono con questi compiti le tecnologie intelligenti applicate alla vettura. Sono noti i vantaggi derivanti dall'uso di tecnologie che operano controlli e azioni a bordo della vettura. Spesso tali tecnologie sono connesse ad infrastrutture esterne (si pensi ad informazioni sul traffico od ai sistemi *e-Call*⁹¹) o ad altre vetture; tutti i sistemi della vettura dovrebbero coordinarsi tra loro (*pairing*), in base a livelli prioritari di comunicazione. Esigenza espressa, come si dirà in proseguo, dalle *Guidelines* della NHTSA del dicembre 2016⁹². La differenza tra compiti primari e secondari

⁹¹ Tra i servizi offerti possono essere indicati i servizi sulla sicurezza stradale (V2I), sistemi anti collisione tra veicoli (V2V) o con pedoni (V2P), servizi di diagnostica remota con collegamenti a centri di assistenza.

⁹² V. *supra*, nota 45.

è fondamentale perché le attività di assistenza alla guida (ad esempio, lettura della mappa di navigazione) sono diverse dalla attività meramente di contorno alla guida (ad esempio, invio di messaggi, ricerca di ristoranti, ecc.). Le seconde vanne considerate come attività di possibile confondimento.

9. La complessità dei cruscotti delle vetture corrisponde ad una esigenza effettiva?

Dal cruscotto della Ford T, ove era presente solo un indicatore delle Ampères, si è passati a cruscotti che forniscono centinaia di informazioni, spesso non necessarie o sovrabbondanti, molte delle quali sicuramente *pericolose*, se acquisite con veicolo in movimento. Ci si è chiesti se questa complessità dei cruscotti, e quindi di produzione e diffusione di informazioni dirette al conducente, evidentemente dettata da esigenze di *marketing*, si traduca poi in una effettiva utilità per il conducente o sia solo un fattore di "*appeal*", pieno di insidie, con alta capacità di confondimento e di richiesta di attenzione eccessiva e non più disponibile per altre operazioni.

Ci si è inoltre chiesti se si possano coniugare informazioni di sicurezza con informazioni di utilità: essendo fornite contestualmente, esse assorbono lo stesso livello di attenzione. È chiaro che non è possibile ritornare indietro alle essenziali semplicità del cruscotto della Ford T, ma è anche chiaro che il costruttore deve tenere distinte le informazioni sulla guida⁹³ della vettura, sulla *safety*, e quelle sull'intrattenimento; inoltre deve evitare che con vettura in movimento vengano rilasciate informazioni non attinenti strettamente alla guida.

In tale prospettiva appare opportuno che alcune informazioni siano visibili solo in sede di avviamento della vettura, ma vengano poi oscurate con veicolo in marcia (ad esempio la spia rossa di mancato tagliando rimane accesa con la vettura in movimento: una tale spia rossa: *a.* crea assuefazione ad un *warning* di pericolo, *b.* rende una informazione superflua con veicolo in movimento, *c.* provoca un assorbimento di attenzione). Lo stesso si può dire per quelle sezioni di cruscotti in cui avviene lo *scorrimento* di dati non inerenti né alla conduzione della vettura né alla *safety*. Si dirà poi che l'immagine in scorrimento non interrompibile è uno dei fat-

⁹³ Tema toccato alla sezione VI, lett. g., delle *Guidelines* della NHTSA del 2013, *cit. supra*, nota 45, che richiede l'utilizzo di alcune informazioni in posizione di stazionamento del veicolo ("*parking brake OFF*").

tori di maggiore attrazione di carico di attenzione ed è sempre più considerata una operazione vietata.

10. Fattori di riduzione dell'efficienza cognitiva

Il guidatore è elemento centrale della conduzione del veicolo. L'ergonomia cognitiva studia come ridurre il più possibile il carico di lavoro intellettuale necessario alle operazioni secondarie, utilizzando interfacce che assicurano informazione sequenziali, distribuite per priorità, volte alla facilitazione del compito primario di guida. La finalità è quella di preservare risorse per i compiti primari ed, in particolare, per quelle situazioni di emergenza che richiedono sforzi cognitivi elevati e grande disponibilità di attenzione. Lo sforzo cognitivo del conducente è fortemente condizionato dall'ambiente e dal suo stato emozionale.

Fattori riconosciuti che diminuiscono l'attenzione sono lo *stress*, la stanchezza, l'eventuale assunzione di sostanze alcoliche o stupefacenti.

11. *Multitasking*

Il tema riguarda la complessità dei compiti richiesti al conducente nell'elaborazione di più operazioni contemporaneamente; tale complessità operativa riduce il livello di attenzione dedicato dal conducente al compito primario di guida e lo induce a posizionare maggiormente lo sguardo sui *display*, determinando condizioni di insicurezza⁹⁴.

La contemporanea presenza di più operazioni da eseguire genera problemi al conducente. Inoltre, la presenza di più intelligenze artificiali⁹⁵ che comunicano con il conducente e gli inviano dati da elaborare avviene in un

⁹⁴ «Today's drivers often deal with an onslaught of information that can divert their attention from their primary task of driving. Although some in-vehicle technologies are intended to improve safety, the use of multiple devices may distract the driver and actually jeopardize safety. When multi-tasking, drivers divert their attention from the road to glance at displays, operate controls, or listen and speak to a voice interface. These reports are the result of a cooperative study with industry to develop techniques to objectively evaluate the attentional demands of operating in-vehicle devices on various aspects of driver performance», AA.VV., *Driver Workload Metrics Project: Final Report*, 2006.

⁹⁵ Per intelligenza artificiale si intende la capacità di autoapprendimento del *software* che alimenta le proprie "conoscenze" attraverso dati autonomamente acquisiti. Rileva la NHTSA nel citato (a p. 18) documento «*Federal Motor vehicle Safety standard; 2V2 communications*», che la moderna tecnologia inserisce nelle vetture strumenti che operano autonomamente dalle decisioni del conducente e tale circostanza non è stata tenuta in considerazione dalla vigente normativa, basata sulla decisione del conducente. Specie nella tecnologia 2V2 (vetture connesse) vengono inviati messaggi e ricevuti in via automatica.

ambiente (la vettura) ove sono presenti concomitanti fattori di disturbo e di confusione.

Si consideri anche che la mente umana non pone, nell'immediatezza, i messaggi ricevuti in sequenze relazionate alla sicurezza della guida, ma è attratta da elementi di natura emozionale. Il modello di elaborazione delle informazioni non è logico/razionale, ma è influenzato da elementi di contorno del messaggio: il colore dell'immagine, la grandezza, la forma, la dimensione ed i caratteri delle lettere della scrittura, la grafica, ecc.

La Raccomandazione della UE del 2008⁹⁶ afferma che «le interazioni con i sistemi e le interfacce destinate ad essere utilizzate contemporaneamente dal conducente durante la guida devono essere coerenti e compatibili». Essa spiega che l'utilizzo combinato di più sistemi può avvenire in parallelo (vale a dire, utilizzo contemporaneo di più di un sistema) e in serie, quando i sistemi sono utilizzati in successione. Nel progettare un sistema destinato ad essere utilizzato in combinazione con un altro (eventualmente preesistente) si deve tenere conto del sistema esistente. Se tali sistemi presentano funzionalità completamente differenti, può essere opportuno disporre di un'interfaccia uomo-macchina differente al fine di evitare ogni possibile confusione.

L'esigenza di coerenza impone, ad esempio, di prendere in considerazione particolari aspetti di progettazione: *i.* l'uso di una terminologia comune tra i vari sistemi: ad esempio, «traffico rallentato», «prossimo incrocio»; *ii.* l'uso di parole e/o icone per rappresentare concetti o funzioni: ad esempio, «Guida», «Invio»; *iii.* l'uso di colori, icone, suoni, etichette (per ottenere un equilibrio ottimale tra somiglianza e differenziazione); *iv.* la scelta del canale di dialogo fisico: ad esempio, clic singolo o doppio, tempi di risposta e di attesa (*time-out*), modalità di *feedback* (visiva, sonora, tattile) che dovrebbe essere differente a seconda della funzionalità per evitare interpretazioni erranee del segnale); *v.* il raggruppamento di concetti e strutture di menu analoghe (per le funzionalità tra loro correlate); *vi.* la progettazione complessiva del dialogo e dell'ordine dei concetti.

In particolare la Commissione europea, nella Raccomandazione in parola, ha individuato, alcuni principi guida che i progettisti devono utilizzare; tra essi, i più importanti sono: «*il sistema deve assistere il conducente e non favorire comportamenti potenzialmente pericolosi da parte del conducente o di altri utenti della strada*» (punto 4.3.1.1.); «*i display e i comandi del sistema non devono distogliere l'attenzione del conducente dal-*

⁹⁶ V. *supra*, nota 42.

la situazione di guida» (punto 4.3.1.2.)⁹⁷; «il sistema non deve distrarre o attirare l'attenzione visiva del conducente» (punto 4.3.1.3.); «il sistema non deve offrire al conducente informazioni che possano provocare un comportamento potenzialmente pericoloso da parte sua o degli altri utenti della strada» (punto 4.3.1.4.); «il sistema non deve offrire al conducente informazioni che possano provocare un comportamento potenzialmente pericoloso da parte sua o degli altri utenti della strada» (punto 4.3.1.5.).

Il principio: «il sistema non deve offrire al conducente informazioni che possano provocare un comportamento potenzialmente pericoloso da parte sua o degli altri utenti della strada», viene spiegato dalla Commissione in questo modo: il contenuto delle informazioni non deve incoraggiare il conducente ad adottare un comportamento che possa aumentare il rischio di incidenti durante la guida. Un comportamento pericoloso può influenzare il comportamento degli altri utenti della strada. Un esempio di questo tipo di informazione è costituito dalla visualizzazione di una strategia di guida per raggiungere la velocità massima possibile in curva. Si pone qui il problema della chiara indicazione della strategia di guida e necessaria utilizzazione di funzioni che assicurino sempre il controllo finale del guidatore. Le strategie di guida devono essere chiaramente precisate nei loro aspetti di possibile creazione di un rischio anomalo.

I principi non si soffermano, pur essendo il problema già noto, sulla durata delle operazioni e sui pericoli connessi ai tempi eccessivi di manipolazione degli strumenti.

12. Una *overview* sul recente panorama normativo

Come detto negli USA sono state emesse dalla NHTSA linee guida sulla distrazione del conducente causata da «*devices*» installate dal costruttore sulla vettura⁹⁸ (2013) e, di recente, altre linee guida per quelle acquistate dal conducente sul mercato⁹⁹ (2016). Le prime sono denominate

⁹⁷ *Ivi* si precisa che le funzioni principali oggetto del presente obiettivo generale di progettazione sono le seguenti: *a.* ottimizzare il contenuto di attenzione necessario per la guida nello specifico contesto; *b.* ottimizzare i tempi di utilizzo dei sistemi di informazione.

Per conseguire questo obiettivo è necessario che le due funzioni siano compatibili; ciò significa che l'attenzione richiesta dal sistema non deve compromettere quella necessaria per la funzione primaria, che consiste nel guidare correttamente il veicolo. Il conducente deve pertanto poter valutare il grado di attenzione richiesto dalla guida e dalle funzioni secondarie.

⁹⁸ *Visual-manual NHTSA driver distraction Guidelines for in-vehicle electronic devices, cit. supra*, nota 45.

⁹⁹ *Visual-manual NHTSA driver distraction Guidelines for portable and aftermarket devices, cit. supra*, nota 46.

«Phase 1», le seconde «Phase 2». Nel secondo documento si ribadisce che, dai dati disponibili in America, la distrazione indotta da strumenti di intrattenimento è la maggior causa dei sinistri automobilistici (circa il 70%); che l'85% della distrazione è dovuta al prolungato distoglimento dello sguardo dalla sede stradale; che sono pericolose distrazioni che comportano un impiego di attenzione, per la singola operazione, superiore a 2 secondi ed a 10 secondi per la complessiva operazione.

Si precisa poi che la distrazione è esaminata nei casi di: *a.* distoglimento dello sguardo dalla sede stradale; *b.* distoglimento dello sguardo dalla sede stradale per la gestione di operazioni manuali; *c.* eccessivo impegno di attenzione nella gestione di segnali provenienti dalla vettura.

Calcolato un livello per operazione complessiva tollerabile di 10/12 secondi, si dimostra in genere "pericolosa" l'operazione di scritturazione (*texting*) su tastiere, tenuto conto che la scrittura e l'invio di un breve messaggio attraverso una tastiera consuma mediamente 23 secondi.

Considerando una velocità di 55 mph, l'impegno dello sguardo avviene per 1/3 di un miglio. Dunque, la quantità di tempo impegnata è elevata e coincide con un lungo tratto di percorrenza stradale. Il rischio introdotto appare, pertanto, di grado elevato.

L'obiettivo della NHTSA è quello di limitare l'utilizzo degli strumenti a quanto è essenziale per la guida e di semplificare le operazioni, rendendole più veloci e facilmente interrompibili.

Nella «Phase II» le *Guidelines* individuano comportamenti scorretti adottati dai sistemi acquistati dal conducente nell'*after-market* e precisano che è necessario separatamente i sistemi originali da quelli acquistati sul mercato perché i secondi sono collocabili in un punto a discrezione della vettura (senza tener conto degli angoli visuali) e possono essere usati in una varietà di contesti, anche non automobilistici; inoltre, possono essere delle più varie dimensioni; non sempre si interconnettono con quelli originali.

Vengono poi individuate alcune operazioni che dovrebbero essere impedito (vietate «*per se*» o «*per se lock outs*»). Tra esse: *a.* la consultazione di video o immagini non relazionati alla guida; *b.* l'esame di immagini che si susseguono (in movimento); *c.* l'invio di comunicazioni di *community*.

Si considera ulteriormente l'opzione di creare interfacce comuni che possano essere utilizzate per interconnettere tali sistemi a quelli originali dell'autovettura. Questo processo di interazione degli strumenti (della vettura e acquistati successivamente) e della loro connessione appare fondamentale.

Viene consigliata l'attivazione di un sistema («*driver mode*») che gestisce queste connessioni e che riconosce se l'attività è gestita dal conducente o

dal passeggero. Tale sistema dovrà essere sviluppato dai costruttori di vetture o di sistemi affinché i dispositivi stessi disattivino le funzionalità vietate. L'impostazione dei dispositivi in «*driver mode*» deve avvenire in base alla tecnologia a disposizione ed in dipendenza del fatto se i dispositivi sono o meno connessi al sistema di intrattenimento della vettura. Inoltre, le prescrizioni sono diverse in funzione dell'eventuale capacità dei sistemi di riconoscere se l'utente attivo è il conducente o il passeggero della vettura. Dunque, occorre fare in modo che tutti i sistemi, sia originali sia successivamente applicati alla vettura, operino in modo coordinato tra loro ed in base a logiche comuni; occorre inoltre ridurre i tempi di utilizzo dei sistemi.

La NHTSA riprende poi i risultati della «*Phase 1*» (sistemi realizzati dal costruttore del veicolo), ricordando i principi generali *ivi* affermati: 1. il guidatore deve sempre tenere lo sguardo in avanti; 2. il guidatore deve sempre avere almeno una mano sul volante; 3. il tempo richiesto da operazioni manuali non deve eccedere quello delle operazioni ritenute sicure (accensione della radio o uso di canali preselezionati); 4. l'operazione deve essere sempre facilmente interrompibile; 5. lo schermo deve essere sempre ben visibile; 6. ogni sistema deve essere correttamente spiegato in lingua locale; 7. occorre tenere distinte le informazioni utili per la guida dalle altre; 8. sono sconsigliate operazioni quali la scritturazione di un testo che comporti l'utilizzo di più di 30 caratteri o comunque richieda un tempo superiore a 12¹⁰⁰.

Le *Guidelines* analizzano anche gli angoli visuali ottimali per il posizionamento degli schermi. Sono richiamati i metodi utilizzati dalla scienza per la misurazione dei tempi corretti di gestione delle operazioni e per il recupero del livello di attenzione ottimale per la guida¹⁰¹.

I temi sopra indicati sono ampiamente trattati nel documento della NHTSA *Human Factors Design Guidance for Driver-Vehicle interfaces*¹⁰² dedicato alle c.d. «vetture connesse». Di particolare interesse le considera-

¹⁰⁰ V. anche JAMA, *Guidelines for In-vehicle display systems*, cit. supra, nota 43. Le *Guidelines* di AAM, *Statement of principles criteria and verification procedures on driver interactions*, cit. supra, nota 44, considerano un dato diverso (20 secondi) e precisano che: «drivers should be able to complete tasks in a series of 1.5 or 2 second glances, for a total of no more than 12 seconds». Esse dedicano attenzione alla durata dello sguardo fuori dalla sede stradale (*total eyes off road time*).

¹⁰¹ V. ISO 16673: 2007: *Occlusion method to assess visual demand due to the use of in-vehicle system*.

¹⁰² V., NHTSA, *Human factors design guidance for driver vehicle interfaces*, Dicembre 2016 (dot. HS 812 360). Cercano di superare il problema della perdita dello sguardo dalla strada i sistemi denominati *Head up display (HUD)*, inclusi come opzione aggiuntiva in alcune delle più recenti vetture, che permettono di proiettare il contenuto del sistema di navigazione di bordo sul parabrezza.

zioni sui messaggi provenienti da vari punti (ad esempio, dal cruscotto o dal parabrezza anteriore) o con varie modalità (visive, acustiche, tattili).

13. Considerazioni finali

Le questioni poste dalla causa *Modisette v. Apple* (v. *supra*, nota n. 52) inducono ad alcune riflessioni sulla sicurezza di un telefono cellulare, alle luce delle considerazioni che precedono. Il profilo d'esame è nuovo per l'Europa perché, sino ad ora, la pericolosità di questo prodotto è stata indagata solo con riguardo al danno subito dall'utilizzatore in relazione alle onde elettromagnetiche emesse/ricevute¹⁰³.

Se il caso *Modisette* fosse discusso avanti un giudice italiano, questi potrebbe, innanzi tutto, rilevare (con riferimento all'art. 2050 c.c.) che la sicurezza di un prodotto è una qualità misurabile sul prodotto in sé, non derivabile dal comportamento del danneggiato, se non nella separata fase dalla valutazione del risarcimento del danno (ai sensi dell'art. 1227 c.c.). La Suprema Corte nella nota decisione n. 26516/2009¹⁰⁴, a proposito dell'uso di sigarette, rileva che: «la pretesa conoscenza del rischio e della pericolosità del prodotto-sigaretta da parte del consumatore-fumatore (pur potendo portare al rigetto della domanda risarcitoria) non è idonea ad escludere la configurabilità della responsabilità del produttore ai sensi dell'art. 2050 c.c. Tale norma prescinde dal comportamento del soggetto danneggiato e la fattispecie si perfeziona sulla base del solo esercizio dell'attività pericolosa senza l'adozione delle misure idonee ad evitare il danno. Si badi che qui non si vuol dire che tale comportamento sia giuridicamente irrilevante, ma solo che ai fini del perfezionamento della fattispecie prevista dall'art. 2050 c.c., non costituisce un elemento necessario la "inscientia" del danneggiato. Il comportamento del danneggiato può essere astrattamente rilevante nell'ambito del nesso eziologico tra lo stesso e l'evento dannoso, allegato nella singola fattispecie (...). Il problema è che il dovere di comportamento diligente del danneggiato (e quindi il mancato rispetto dello stesso), è un elemento esterno al singolo paradigma normativo di responsabilità, per cui il dovere di prevenzione dell'incidente, che grava anche sul danneggiato sempre (se poi in concreto questi potesse fare qualco-

¹⁰³ Sui rischi dell'uso del cellulare sotto il profilo dei danni alla salute per la diffusione delle onde elettromagnetiche E. AL MUREDEN, *Uso del cellulare e danni alla salute: la responsabilità del produttore tra dannosità "tollerabile", principio di precauzione e nuovi obblighi informativi*, in *Corriere Giur.*, 2013, 3, p. 327.

¹⁰⁴ Cass., 19 dicembre 2009, n. 26516, est. Segreto, in banca dati Juris data.

sa o meno, è una questione che attiene alla situazione fattuale), non costituisce elemento del perfezionamento della fattispecie legale. Tale comportamento colposo si inserisce dall'esterno nella serie causale tipizzata dalla specifica norma (...). La qualifica di pericolosità di un'attività dipende, quindi, da una valutazione empirica: la quantità di pericolo che la connota. Un primo indice rilevatore della pericolosità così intesa si ha quando dall'esercizio dell'attività derivi un'elevata probabilità o una notevole potenzialità dannosa, considerate in relazione al criterio della normalità media e rilevate attraverso dati statistici ed elementi tecnici, e di comune esperienza».

Occorre allora chiedersi se il telefono cellulare sia un prodotto pericoloso ai sensi dell'art. 2050 c.c.¹⁰⁵, in quanto uno dei suoi usi più frequenti è quello a bordo di una vettura, anche se, tale uso, risulta vietato dalla legislazione di molti Paesi.

Non essendo rilevante, in base alla giurisprudenza sopra cennata, il comportamento trasgressivo dell'utilizzatore (perché non rientra nella fattispecie), l'indagine deve essere unicamente diretta agli effetti dannosi derivanti dall'uso del cellulare a bordo di una vettura.

Il comportamento dell'utilizzatore può, invece, essere tenuto presente ai fini della caratterizzazione del rischio, valutate le ragionevoli attese dell'utilizzatore (consumatore medio)¹⁰⁶. Le prevedibili, ancorché scorrette, modalità d'uso del prodotto fanno parte del rischio del prodotto¹⁰⁷ e del pericolo dal medesimo espresso (non ovviamente, quelle irragionevoli).

Il prodotto può essere altresì ritenuto pericoloso se il rischio residuo è elevato e sono possibili soluzioni alternative ragionevoli per mitigarlo.

Nel caso *Modisette* la tecnologia del cellulare consentiva l'uso di un programma che permette di dialogare, vicendevolmente osservandosi nel *display* del telefono. Tale tecnologia, se applicata ad un cellulare usato da un pedone, presenta una evidente utilità; se, invece, applicata ad un cellulare che funziona con veicolo in movimento crea un rischio nuovo, molto elevato, non correttamente percepito dall'utilizzatore e non adeguatamente ridotto dal fabbricante del cellulare.

¹⁰⁵ Con la grave conseguenza per il danneggiante che, accertato il danno ed il nesso di causalità, la prova liberatoria sarebbe diabolica, dovendo dimostrare di aver utilizzato tutte le misure preventive/protettive possibili.

¹⁰⁶ La sicurezza ragionevolmente attesa è richiamata sia dalla direttiva n. 85/374/Cee sulla responsabilità da prodotto, *cit. supra*, nota 39, sia dalla direttiva n. 2001/95/Ce sui prodotti pericolosi destinati ai consumatori, *cit. supra*, nota 9.

¹⁰⁷ V. All. 1, direttiva n. 2006/42/Ce, c.d. direttiva macchine, *cit. supra*, nota 9. V., *amplius*, A. ODDO, *Uso scorretto ragionevolmente prevedibile. Trasformazioni e manomissioni delle macchine: obblighi e responsabilità penali nell'esperienza italiana*, *cit. supra*, nota 5.

Ora, per quanto a nessuno verrebbe in mente di imputare al fabbricante di una bevanda alcolica la responsabilità di un sinistro stradale causato da un ubriaco perché il comportamento trasgressivo di quest'ultimo appare determinante¹⁰⁸, tuttavia a molti¹⁰⁹ è venuto in mente di inibire il funzionamento delle vetture in presenza dell'assunzione, da parte del conducente, di una dose di alcol eccessiva. Ciò anche considerando il fatto che il fabbricante deve garantire che «*i veicoli siano progettati, costruiti ed assemblati in modo da ridurre al minimo i rischi di lesioni degli occupanti del veicolo e degli utenti della strada*¹¹⁰». La misura di attenuazione del rischio viene così spostata sul soggetto – il costruttore della vettura – che può meglio ridurre il rischio che incombe al conducente ed agli altri soggetti che sono presenti nel contesto del sinistro. E, nel caso dell'uso scorretto del cellulare (come si evince dalle sentenze citate alla nota 52) il danno è di frequente riversato su un terzo.

La valutazione del difetto del prodotto in base alla possibilità di ridurre il rischio con ragionevoli soluzioni alternative il cui costo non pregiudica la commercializzazione del prodotto è assunto di derivazione nord americana¹¹¹, tuttavia si trova anche negli ordinamenti continentali. Infatti, se è indubbio che il prodotto non deve avere un rischio residuo pari a "zero", è altrettanto indubbio che il rischio residuo accettabile è quello che è ridotto al minimo con misure ragionevoli da parte del soggetto che le può attuare.

Per la valutazione del rischio che il produttore deve effettuare (direttiva n. 2001/95/Ce) su ogni prodotto che commercializza occorre tener conto della ragionevole modalità d'uso del prodotto. Esistono prodotti di elevata pericolosità (si pensi agli acidi usati per la pulizia dei lavandini) che possono provocare effetti gravissimi alla salute, ma la cui pericolosità (probabilità dell'evento) è limitata dalle avvertenze poste sui contenitori e dalla diffusa percezione di pericolosità avvertita dall'utente. Il legislatore, in tali casi, considerato il rapporto costi/benefici, valuta che il rischio di

¹⁰⁸ Negli USA vi è invece una giurisprudenza che ritiene responsabile chi somministra bevande alcoliche in quantità eccessive ad un soggetto che è prevedibile che userà a breve una vettura, v. caso *Cingular*, v. p. 8/9, *cit. supra*, par. 2.

¹⁰⁹ Su questi sistemi denominati ADASS o DADSS, v. NHTSA, *Driver Alcohol Detection System for Safety (DADSS), Using technology to eliminate drunk driving*, Hyundai Research, aprile, 2010, alla pagina, wwwdadss.org.

¹¹⁰ V. art. 5 del Regolamento (Ue) n. 661/2009 del 13 luglio 2009, *cit. supra*, nota 16.

¹¹¹ V. *supra*, nota 47.

lesioni nell'uso del prodotto sia superabile mediante apposizione obbligatoria di etichette¹¹² ed avvertenze¹¹³, giudicando il rischio residuo accettabile e non essendo prospettabili altre misure di attenuazione del rischio¹¹⁴.

La conseguenza del ragionamento è che, se la pericolosità del prodotto è desumibile dalle sue caratteristiche intrinseche, indipendentemente dal comportamento scorretto dell'utente, l'ipotesi che il cellulare possa ritenersi un prodotto pericoloso¹¹⁵ in sé non è per nulla peregrina, in considerazione del fatto che il rischio residuo non è convenientemente "abbattuto" da eventuali avvertenze poste sulla confezione e sono "a portata di mano" migliori, e facilmente accessibili, soluzioni di riduzione del rischio. La soluzione accessibile è indicata dall'attore nella causa *Modisette v. Apple* e consiste nella disattivazione automatica del cellulare allorché questo registra uno spostamento lineare al di sopra di una determinata velocità (con possibilità di riattivarlo se l'operatore è il passeggero o è il conducente in stato di necessità).

Le stesse considerazioni sono utilizzabili per quei sistemi a bordo della vettura che non si pongono come aiuto alla guida, ma agevolano "secondary tasks".

In conclusione, il complesso fenomeno della presenza di sistemi di interazione a bordo della vettura crea problemi giuridici del tutto nuovi che devono essere convenientemente risolti "a monte" del comportamento prevedibilmente scorretto dell'utente, dal soggetto che può meglio attenuare la pericolosità del prodotto. Nell'ipotesi della guida in stato di ebbrezza è prevedibile che sarà il costruttore della vettura a dover, in futuro, adottare soluzioni che inibiscono l'accensione della vettura, per quella dell'uso di cellulari sulla vettura l'inibizione del funzionamento dovrebbe essere effettuata dal co-

¹¹² Circa l'etichettatura dei detersivi e delle sostanze pericolose nell'uso quotidiano, v. *I detersivi*, Ispesel, 2013, alla pagina, www.salute.governo.it; per quanto attiene alla sostanze alimentari, MINISTERO DELLA SALUTE, *Etichettatura degli alimenti*, cit. supra, nota 8, nonché *Regolamento (Ue) n. 1169/2011 del 25 ottobre 2011 relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori*, cit. supra, nota 8.

¹¹³ Tipico è il caso dei prodotti da tabacco. Nel consumo del tabacco la giurisprudenza ha dissociato il comportamento trasgressivo del consumatore dalla pericolosità del prodotto, valutando quest'ultima indipendentemente dalla propensione al consumo di tali prodotti. Nello stesso senso ha operato il legislatore comunitario che ha imposto ai fabbricanti di porre determinate avvertenze sulle confezioni (v., direttiva n. 2014/40/CE).

¹¹⁴ Cfr. Decisione della Commissione del 16 dicembre 2009 recante linee guida per la gestione del sistema comunitario d'informazione rapida (RAPEX) e della procedura di notifica di cui, rispettivamente, all'art. 12 e all'art. 11 della direttiva 2001/95/CE relativa alla sicurezza generale dei prodotti, in *Gu-Ue* n. L 22 del 26 gennaio 2010, p. 1-64.

¹¹⁵ I telefoni cellulari sono sottoposti a normative tecniche che individuano determinati rischi e che consentono al fabbricante l'apposizione del marchio CE; il fabbricante rimane tuttavia responsabile dei rischi complessivi del prodotto non considerati dalla normativa di riferimento.

struttore di questo. Per gli altri sistemi occorrerà stabilire il soggetto che può meglio intervenire. Tale opzione è in linea con la precitata sentenza della Corte di cassazione n. 26516/2009 (citata alla nota 104) che esamina la pericolosità del prodotto in sé, indipendentemente dalle sue modalità di uso.

Gian Franco Simonini*

SINTESI

Viene affrontato il tema della distrazione del conducente di una vettura causata dalle informazioni che provengono dalla vettura o dal prolungato uso di sistemi di intrattenimento. La normativa comunitaria affronta il problema con una Raccomandazione del 2008 contenente alcuni principi sulla sicurezza e con studi che enfatizzano gli aspetti positivi e quelli negativi dei sistemi di intrattenimento. Induce a considerazioni il caso *Modisette Vs. Apple* attualmente pendente avanti una corte americana ove il terzo danneggiato dal conducente di una vettura distratto dall'uso di un cellulare addebita al costruttore di questo di non utilizzare una tecnologia (di cui già dispone) che inibisce il funzionamento del cellulare che rileva il moto di una vettura.

ABSTRACT

This article is about the topic of the lack of attention that may be caused by the use of in-vehicle information and communication systems. The EU Commission addressed the issue in a Recommendation dated 2008, that stated some principles of security and analyzed the positive and negative aspects of said in-vehicle information and communication systems. It is mentioned the case Modisette v. Apple currently pending in US: the lawsuit has been filed by a third-party hurt in a car accident caused by a driver distracted by the use of a mobile phone; the plaintiff claimed the manufacturer of mobile phone for not having implemented a technology (that the manufacturer had already patented) able to prevent the mobile phone to operate when the car motion is detected.

* Avvocato / Foro di Modena

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

AMORE E CORAGGIO. RIFLESSIONI SULL'ENCICLICA «LAUDATO SI'»*

Ho intitolato «amore e coraggio» queste mie brevi riflessioni sull'enciclica *Laudato si'* perché mi sembra che l'enciclica, considerando in modo approfondito questi due sentimenti, cerchi di suscitarli in noi.

Questa lettera enciclica sulla cura della casa comune non è un documento ambientalista: è una lettera religiosa, teologica, filosofica, diretta a tutti gli uomini di buona volontà per riflettere sullo stato dell'uomo nel mondo attuale, e che si inquadra perfettamente nella tradizione della Dottrina sociale della Chiesa. È, per usare le sue parole, una «contemplazione riconoscente del mondo», ma che lancia un grande grido d'allarme, per il male che vede fatto a questa nostra casa comune. È il male che noi stessi le provochiamo, a causa dell'uso irresponsabile e dell'abuso dei beni che Dio ha posto in essa. E se parliamo di uso irresponsabile dei beni, o di abuso degli stessi, è chiaro il collegamento col tema del diritto. Come infatti contrastare l'irresponsabile uso dei beni e il loro abuso? O con la forza e con

* Relazione presentata al Convegno di Salerno del 9 ottobre 2015 su «*Il contributo del diritto internazionale e del diritto europeo all'affermazione di una sensibilità ambientale*» organizzato dall'Università degli Studi di Salerno in occasione della presentazione della nuova serie della *Rivista giuridica dell'ambiente*, edita da Editoriale Scientifica - Napoli.

la violenza, o col diritto. Col diritto, che si basi sulla nostra consapevolezza di esseri responsabili verso gli altri e verso il mondo. Quindi è anche una chiamata alle armi di tutti noi nel nostro agire, quale che sia la nostra attività.

Voglio fare subito un esempio concreto. Non siamo molto lontani da Taranto, dove si sta svolgendo un dramma tremendo, e sembra quasi che questo dramma sia ineluttabile: se volete l'occupazione, dovete accettare il cancro e tutto l'inquinamento che lo determina. Questo è un falso dilemma, frutto di approcci criminaloidi. Non è frutto dell'economia, dell'industria. Ci sono tanti altri centri siderurgici dove questo dilemma è stato superato da tantissimo tempo. Come? Con la responsabilità, investendo e avendo una visione civile e comune del fare impresa. Fare impresa responsabilmente non vuol dire distruggere l'ambiente, non vuol dire distruggere gli uomini.

Conosco bene una acciaieria, tecnologicamente un po' diversa e meno complessa. Però è pur sempre una grande acciaieria che produce milioni di tonnellate di acciaio, vicino alla quale, per dimostrare che si può convivere bene, c'è una bella aiuola di insalatina commestibile. E noi ci stiamo trascinandoci in questo dramma incredibile, la cui regia è affidata a gente che non capisce niente di siderurgia e quindi non capisce niente dei beni che sono loro affidati.

Credo che questo esempio illustri molto bene da un punto di vista economico – non da un punto di vista ecologico – un concetto fondamentale che attraversa l'enciclica: la cultura ecologica non si può ridurre a una serie di risposte affrettate e parziali ai problemi che si presentano relativi al degrado ambientale, all'esaurimento delle riserve naturali e all'inquinamento. Essa deve dotarsi di prerogative diverse, di un pensiero nuovo, di una nuova politica, di un programma educativo, di uno stile di vita e di una spiritualità che diano forma ad una resistenza di fronte all'avanzare del paradigma tecnocratico che io intendo come paradigma tecnocratico-finanziario.

L'indirizzo economico mondiale è dominato invece da un pensiero concentrato sulla finanziarizzazione dell'economia nel mondo, che ci ha portato alla crisi degli anni 2008 e 2009 e che è tragicamente risorto più forte di prima. Questo è il nemico da combattere, se vogliamo fare ecologia seria e la battaglia deve essere condotta con l'aiuto del diritto. Abbiamo oggi ascoltato esempi assai interessanti. Non conoscevo questi esempi dell'acqua illustrati da Maurizio Iaccarino¹. Mi hanno entusiasmato: quat-

¹ M. IACCARINO, *Un mondo assetato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015.

tordici Paesi possono regolare pacificamente un fiume che attraversa tutta l'Europa: zitti zitti, non si sentono mai, ma il sistema funziona.

Quindi l'uomo può risolvere e gestire tutti i problemi anche grandi che ha di fronte, ma può farlo se c'è la determinazione e la volontà di agire.

Allora, tre sono secondo me i concetti chiave di questa grande enciclica, che vi invito a leggere. Primo concetto: tutto è connesso, non possiamo fare ecologia e ambientalismo da una parte, economia e diritto dall'altra, religione, spirito religioso e amore per il mondo, dall'altra ancora. Tutto è connesso. Per questo si parla, giustamente, di ecologia integrale. Non possiamo considerare la natura separata da noi, ci sono tanti ambientalisti che addirittura vedono come male l'uomo nella natura, ma noi siamo nella natura, siamo la natura, e dobbiamo imparare a convivere nel rispetto e nell'utilità reciproca. Quindi, la protezione dell'ambiente, il rispetto dell'ambiente, sia naturale sia umano sia culturale, è base fondamentale di ogni progetto di sviluppo. Diversamente, se non abbiamo un progetto di sviluppo, andiamo avanti alla cieca, affrontando i problemi senza metodo, e quando arriva un potente dell'economia, un potente della finanza, ci inginocchiamo di fronte ad esso e subiamo un disastro dopo l'altro.

Nell'enciclica c'è un passaggio rievocatorio dell'art. 9 della nostra Costituzione che sembra scritto proprio per noi del FAI: lo troviamo laddove il Pontefice precisa che bisogna integrare la storia, la cultura, l'architettura di un determinato luogo, salvaguardandone l'identità originale. Perciò l'ecologia richiede anche la cura delle ricchezze culturali nel loro significato più ampio. In modo più diretto chiede di prestare attenzione alle caratteristiche naturali locali nel momento in cui si analizzano questioni legate all'ambiente, facendo dialogare il linguaggio tecnico-scientifico con il linguaggio popolare. La cultura, quindi, come componente dello spirito popolare e della cultura popolare. (Mi sembra che siamo in pieno art. 9 della Costituzione).

Ho già in parte anticipato il secondo concetto: l'ecologia economica. Noi viviamo in un mondo terribile dal punto di vista economico, perché il pensiero unico dominante, sopra ricordato, che viene da linee misteriose e non democratiche in quanto dettate dal filone tecnocratico-finanziario, condiziona l'intera economia.

Faccio un esempio concreto dei nostri giorni. È in atto oggi, in Italia, un'azione politica guidata dalla Banca d'Italia, di cui Paolo Savona, economista che viene dalla Banca d'Italia, ha scritto «*non si capisce più per chi lavora e come lavora*», per distruggere il credito cooperativo, sia le banche popolari sia le banche di credito cooperativo, che hanno 150 anni

di storia ed hanno sviluppato un rapporto con il territorio di grande importanza specialmente nel Sud dell'Italia. Queste banche danno fastidio perché non sono contendibili. Infatti, proprio a causa del voto capitario – un voto per persona-socio e non in funzione del capitale posseduto – non ci può essere un Paperon de' Paperoni che viene e le compra, perché ogni persona è un voto. Questo è un principio di grande democrazia che si vuole cancellare, perché in quel filone di pensiero, che domina, purtroppo, e che rappresenta la finanziarizzazione dell'economia, tutto deve essere contendibile, tutto deve essere mercato.

L'enciclica *Centesimus annus* di Giovanni Paolo II conteneva una frase importantissima: «*ci sono cose che non si possono e non si devono né vendere né comprare*». Non si possono e non si devono comprare e vendere i voti, non si può e non si deve vendere la giustizia, non si possono comprare e vendere tante altre cose, come l'ambiente e l'acqua, beni comuni assoluti. Se queste cose vanno sul mercato, come vuole il pensiero tecnocratico-finanziario dominante, sorge un grande pericolo che io chiamo la "peste nera" del nostro tempo.

Vi faccio un altro esempio. È in corso da noi un progetto che rasenta la follia: è il progetto governativo che vuol quotare in borsa l'Enac. Voi sapete cosa è l'Enac? L'Enac è un servizio pubblico che regola la sicurezza dei voli sul territorio nazionale disciplinando i decolli e gli atterraggi per evitare che gli aerei si scontrino. Se va in porto questo progetto, l'Enac dovrà preoccuparsi del profitto, della borsa, di quale sarà l'effetto delle sue decisioni sulla borsa: siamo alla demenza e alla incitazione a delinquere.

La novità di questa enciclica, è che finalmente uno spirito alto, e un'autorità alta, prende una posizione forte contro questa filosofia. Questa è la novità.

Stefano Zamagni, un eccellente economista italiano e cattolico, ha sottolineato la continuità tra questa enciclica e l'enciclica precedente, la *Caritas in veritate* di Benedetto XVI. È vero, nella prima parte di questa enciclica, la *Caritas in veritate* è citata almeno una ventina di volte. Però la *Caritas in veritate*, alla fine, non diceva: e allora, cosa facciamo? Qual è l'origine profonda dei mali che ci affliggono? Ricordo che, personalmente, rimasi molto deluso da quell'enciclica, perché era un'enciclica che usciva nel periodo della grande crisi finanziaria del 2008, ma sembrava che la crisi finanziaria venisse dal cielo, e fosse provocata da qualcuno che non si sapeva chi fosse. Nella *Laudato si'*, il colpevole è stato identificato: è un modo di pensare, una filosofia, un'organizzazione del potere economico che il Papa identifica con grande chiarezza e che contesta con grande de-

terminazione precisando che la finanza soffoca l'economia reale e che non si è imparato nulla dalla lezione della crisi del 2007-2008. Il principio della massimizzazione del profitto ad ogni costo come unica guida dell'economia, si è isolato da qualsiasi altra considerazione diventando una vera e propria distorsione concettuale dell'economia. Non ci dice «è un peccato», ci dice «è una distorsione concettuale dell'economia». Anche autorevoli economisti l'avevano sostenuto nel passato.

La grande novità e la grande forza dell'enciclica è dunque questa, che pochi commentatori, sia laici sia cattolici, hanno riconosciuto. Perché? Forse perché la maggior parte non l'ha letta bene, ma soprattutto perché è comodo dire: il Papa adesso fa l'ambientalista, ottima cosa, mettiamolo su un piedistallo, rispettiamo, ma lasciamolo perdere, insomma lasciamolo solo.

Appena dopo la diffusione dell'enciclica, un giornale equilibrato, come «*La Stampa*» di Torino, pubblicò l'opinione del suo Direttore secondo cui: «*questa enciclica rappresenta l'unica voce diversa del mondo*», facendo così risultare quello di Papa Francesco un pensiero isolato. Ma questa è una grande falsità, perché contro questa filosofia, pur se oggi dominante, si sono levate voci importanti nel passato e anche in tempi recenti che sono schierate sulla stessa linea di Papa Francesco. Posso citare: Einaudi, Caffè, Giorgio Foà, Roepke, Keynes, Sturzo, Sylos Labini, Krugman, Stiglitz, Zamagni, vale a dire studiosi di valore pronti a seguire questa via. Ma non sono casi individuali, dietro a questi nomi ci sono filoni di pensiero importantissimi che hanno elaborato un diverso modo di intendere l'economia, e tra questi filoni di pensiero al primo posto vi è la Dottrina Sociale della Chiesa. Quindi non è vero che il Papa è isolato, non è isolato nel suo inquadramento teorico che è quello della dottrina sociale della chiesa; non è isolato rispetto al grande filone dell'economia civile di tradizione italiana; non è isolato rispetto alla grande elaborazione della economia sociale di mercato, non è isolato rispetto al liberalismo sociale. Non è, insomma, un cavaliere solitario come vogliono farci credere. È vero che queste voci erano modeste, modeste non per valore intrinseco, ma perché di impatto limitato, e che i filoni di pensiero relativi erano stati e sono stati quasi ignorati, nella maggior parte delle grandi università. Di questi filoni di pensiero grandissimi, presso l'Università Bocconi, c'è stato un solo corso sulla dottrina sociale della Chiesa, perché tenuto da me negli anni Ottanta del secolo scorso. Era un'aula di 400 studenti sempre interessatissimi, ma è rimasto un fatto isolato.

È quindi auspicabile che questi indirizzi minoritari e, in gran parte,

dimenticati, trovino in questa grande voce e in questa grande autorità, uno stimolo efficace e un valido sostegno per affrontare con maggior vigore gli ostacoli che incontrano, procedendo verso traguardi nuovi e finora mai raggiunti.

Dice l'enciclica, rivolgendosi soprattutto ai giovani, «*possa la nostra epoca essere ricordata per il risveglio di una nuova riverenza per la vita, per la risolutezza nel raggiungere la sostenibilità*», (non farne un oggetto di apparenza), «*per l'accelerazione della giustizia e la pace, per la gioiosa celebrazione della vita*».

E arrivo quindi al terzo concetto che mi ha fatto riflettere. Nella parte finale dell'enciclica, citando la *Evangelii gaudium*, un altro documento importantissimo dal punto di vista economico, oltre che dal punto di vista teologico e religioso, Papa Francesco afferma il principio secondo cui l'unità è superiore al conflitto. E questo passaggio mi ha turbato, perché in verità, se vogliamo affrontare quella che io chiamo la "peste nera" del nostro secolo, il pensiero unico della finanziarizzazione del mondo, dobbiamo lottare, e tutta l'enciclica è anche una chiamata alle armi su questi temi.

Allora non possiamo non riflettere sul valore della lotta. Basterebbe citare Gesù quando, secondo Luca, dice: «credete voi che sia venuto a portare pace sulla terra? No, vi dico, ma piuttosto divisione».

L'economista Einaudi ha scritto articoli stupendi sulla lotta come fattore di evoluzione sociale. Teresio Olivelli, uno dei grandi eroi della resistenza ha scritto il più bel pezzo di letteratura sulla resistenza, intitolandolo «Ribelli per amore». Forse Teresio Olivelli ci dà la chiave giusta: bisogna essere ribelli ma per amore, con amore al fine di lottare contro il male che è la finanziarizzazione dell'economia, il non rispetto del diritto, gli schemi criminali di tante grandi strutture finanziarie. Questa definizione non è mia, è dell'FBI americano.

Nella stessa enciclica c'è una domanda centrale su questo tema. Si domanda il Pontefice: è realistico aspettarsi che chi è ossessionato dalla massimizzazione del profitto si fermi a pensare agli effetti ambientali che lascerà alle prossime generazioni? È una domanda retorica, e in questa domanda retorica c'è tutta una incitazione alla lotta. È inevitabile. Non posso essere d'accordo con chi (imprenditoria pubblica e privata) ha fatto dell'ILVA ciò che oggi è; non posso accettarlo. E soprattutto non posso accettarlo se sento una chiamata a proteggere il pianeta che ci ospita, compreso l'uomo, compresa la civiltà dell'uomo, compresa la speranza dell'uomo.

Allora, come superiamo questa dicotomia tra questa necessità di lotta e l'appello all'unità, «l'unità è superiore al conflitto» – dice il Papa –. È vero, ma l'unità va conquistata. L'unità a che livello? L'unità su che cosa?

E qui abbiamo l'altro grande legame con il diritto: che cosa ci aiuta a fare in modo che la lotta resti inquadrata come lotta civile, ordinata, costruttiva? La soluzione è che, questo contrasto, da lotta si trasformi in competizione democratica.

Non a caso, tutto il pensiero dominante sta minacciando le strutture democratiche e il controllo della informazione, non solo in Italia ma in tante parti del mondo.

Quindi questa non è una enciclica ambientalista, è una grande enciclica che chiama tutti ad impegnarsi per un mondo migliore, per la salvezza della democrazia e per rafforzare la speranza dell'uomo.

Marco Vitale**

SINTESI

L'Autore analizza in questo articolo il significato e la portata dell'Enciclica *Laudato si'* di Papa Francesco.

Secondo l'A., l'Enciclica ha una portata che va molto al di là dei confini che diversi commentatori hanno preteso assegnarle.

Tre sono i concetti chiave desumibili dall'Enciclica, che, secondo l'A. devono essere attentamente presi in considerazione. Il primo concetto si riferisce alla necessità di tutelare l'ambiente e la natura in modo globale prendendo in considerazione ogni attività dell'uomo sia economica sia politica sia sociale. Il secondo concetto riguarda l'ecologia economica e l'A. fornisce validi esempi che ne chiariscono il significato. Il terzo concetto riguarda la necessità di disciplinare i rapporti tra esseri umani e tra gli Stati sulla base di regole giuridiche condivise: occorre in particolare che il diritto possa governare il dissenso e risolvere i conflitti.

ABSTRACT

The Author analyzes in this article the significance and scope of the Encyclical letter Laudato si' of Pope Francis.

According to A., the Encyclical has a scope that goes far beyond the boundaries that several commentators have demanded to assign them.

** Economista d'impresa; editorialista del *Corriere della Sera* e de *Il Sole 24 Ore*

Three are the key-concepts in the Encyclical, which, according to A. they must be carefully taken into account. The first concept refers to the need to protect the environment and nature in a global way, taking into account all economic, political and social activity. The second concept concerns economic ecology and the A. provides valid examples that clarify the meaning. The third concept reflects the need to regulate relations between human beings and States on the basis of shared legal rules: in particular, it is necessary for the law to govern dissent and to resolve conflicts.

RECENSIONI

Susanna Cafaro, *L'Unione Economica e Monetaria dopo la crisi. Cosa abbiamo imparato?*, Napoli, Edizioni Scientifiche italiane, 2017, € 27,00

È da poco uscito in libreria (febbraio 2017) il volume della Prof. Susanna Cafaro, pubblicato per i tipi delle Edizioni Scientifiche Italiane, dal titolo «L'Unione economica e monetaria dopo la crisi. Cosa abbiamo imparato?». È un libro che merita di essere segnalato per l'attualità del tema trattato e per l'originalità dell'approccio nonché per essere gradevole, informativo e ricco di spunti critici. L'A., infatti, senza appesantire il testo con troppi dettagli tecnico-giuridici riguardanti la complessa normativa in tema di *governance* economica dell'Unione, sceglie di offrire al lettore una rassegna delle norme rilevanti spiegandone la *ratio* alla luce del contesto storico che le ha prodotte, degli obiettivi che le hanno condizionate e delle difficoltà affrontate. Ne emerge un quadro articolato ma indubbiamente chiaro. Molte delle contestate scelte di Maastricht trovano una spiegazione al di là delle facili critiche oggi in voga. Nel libro si affrontano, inoltre, con lucidità e spirito critico le evoluzioni intervenute nella normativa in occasione della crisi finanziaria globale e della crisi dei debiti sovrani in Europa.

I trattati noti come *Fiscal compact* e Trattato che istituisce il *Meccanismo europeo di stabilità* appaiono così nelle loro luci ed ombre e si intuisce che l'A. avrebbe preferito assistere ad un'evoluzione normativa di tipo diverso. Ma anche queste scelte trovano la loro ragion d'essere nei fatti e nella storia. Il volume esplora poi il progressivo rafforzamento del ruolo della Banca centrale europea che, nella gestione della crisi, è emersa come vera protagonista.

Volendo delineare una conclusione, dal libro si ricava che tutte le opzioni sono aperte sul futuro dell'Europa: tanto le velocità differenziate (recentemente "riscoperte"), quanto la proiezione esterna della zona euro nel Fondo monetario, quanto – soprattutto – la possibilità di istituire un vero governo dell'economia in Europa. Tutti temi su cui *Susanna Cafaro* ha già scritto in passato e che ora trovano una sistemazione coerente ed organica.

Il volume, pur nella sua densità, è breve e maneggevole. Si presta, dunque, come versatile supporto didattico – a cavallo tra Diritto dell'Unione, Storia dell'integrazione europea e Storia economica – anche perché vi sono allegati i due trattati summenzionati e due importanti sentenze della Corte di giustizia: *Pringle* e *Gauweiler*. Tuttavia, è anche un libro di approfondimento per chiunque voglia leggere con più attenzione i fatti dell'Europa contemporanea al di là di facili condizionamenti.

Che l'Unione economica e monetaria sia nata incompleta è un fatto ormai generalmente noto e accettato; ma prenderne atto e lavorare al suo completamento è oggi – come efficacemente sottolinea l'A. – «un imperativo categorico per chiunque ritenga che il ritorno alla dimensione nazionale sia in ogni caso una sconfitta, non solo per i suoi costi diretti e indiretti (...), ma soprattutto perché anacronistico in una realtà globale sempre più integrata in cui i piccoli stati europei sarebbero necessariamente perdenti».

Giuseppe Gioffredi*

* Professore aggregato di Diritto Internazionale / Università del Salento

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*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista*

MICHELA CAPOZZOLO, *Dottoranda di ricerca in Scienze Giuridiche - Curriculum: Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia e cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale / Università degli Studi di Salerno*

FEDERICO FERRI, *Assegnista di ricerca in Diritto europeo e docente a contratto di Diritto Ue / Università di Bologna*

FEDERICO FORNI, *Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Bologna; Giurista / Commissione europea - Bruxelles*

GIUSEPPE GIOFFREDI, *Professore aggregato di Diritto Internazionale / Università del Salento*

ANTONIO ODDO, *Avvocato / Foro di Milano*

VALENTINA PETRALIA, *Ricercatore in Diritto dell'Unione europea - Dipartimento di Giurisprudenza / Università degli Studi di Catania*

GIAN FRANCO SIMONINI, *Avvocato / Foro di Modena*

MARCO VITALE, *Economista d'impresa; editorialista del Corriere della Sera e de Il Sole 24 Ore*